

Rechtersregelingen

Uniformiteit = legitimiteit?

Masterscriptie Nederlands recht: Privaatrecht

Monique Hennevelt
Studentnummer: 0432679

Scriptiebegeleiders: Prof. mr. A.W. Jongbloed
Mw. mr. M. Meijsen-Tierates

Voorwoord

õ(í)Onbegrijpelijk is en blijft voor mij dat in onze rechtstaat wij deze wijze van handelen accepteren.(í)õ¹

Deze reactie van prof. mr. P.F van der Heijden op het bestaan en op de aanpassing van de kantonrechttersformule staat niet op zichzelf. õDeze wijze van handelenõ, oftewel het vaststellen van een rechttersregeling, is namelijk niet beperkt tot de kantonrechttersformule. Zo zal menig jurist bekend zijn met bijvoorbeeld: de Procesreglementen, de Beslagsyllabus, het Liquidatietarief, het rapport Voor-werk II en het zogenaamde Rapport alimentatienormen.

Voor degenen die het proefschrift van Teuben over dit onderwerp niet in detail kennen; een rechttersregeling is te definiëren als õeen op schrift gestelde *algemene regel* (dan wel een complex van zulke regels), die is *vastgesteld door een of meer rechtters, anders dan in de vorm van een beslissing in een concrete zaak* en die betrekking heeft op de invulling van een bepaalde vorm van beslissingsruimte die de rechter heeft ten aanzien van de behandeling of beslissing van zakenõ² (cursief MCH).

Een rechttersregeling is dus geen wetgeving omdat de regeling wordt vastgesteld door rechtters, maar is ook geen jurisprudentie; deze algemene regel wordt immers vastgesteld voorafgaand aan en los van de beslechting van een concreet geschil. Uit het onderzoek van Teuben ónaar de juridische status c.q. bindende werking van rechttersregelingenó en uit de praktijk binnen de bestuurssectoren³ blijkt evenwel dat rechtters doorgaans formeel, dan wel *de facto* gebonden zijn aan de vastgestelde rechttersregelingen en deze zodoende in beginsel zouden moeten toepassen. We hebben dus te maken met een praktijk waarin rechtters recht vormen c.q algemene regels formuleren voorafgaande aan het eigenlijke rechtspreken, en dus niet in de met waarborgen omklede procedure van een concreet geschil,⁴ terwijl deze algemene regels evenmin tot stand komen via een met het democratisch besluitvormingsproces van de formele wetgever te vergelijken totstandkomingsproces. Rechtters worden immers niet gekozen, maar worden benoemd.

Mag en kan dit zomaar? Is het concipiëren van een dergelijke regeling bijvoorbeeld niet in strijd met de Trias Politica en hoe verhoudt het collectief vastleggen van de wijze waarop een bepaalde beslissingsruimte wordt ingevuld zich met de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechtters?

Aan de andere kant formuleert de wetgever vaak open en vage normen, zoals õredelijkheid en billijkheidõ of õde rechter *kan*õ, waardoor de kans bestaat dat de lagere rechtters uiteenlopend of zelfs op een tegenstrijdige manier invulling en uitvoering geven aan deze normen, terwijl de Hoge Raad vaak niet als voldoende rechtseenheidsvoorziening kan functioneren. Het is immers mogelijk dat er een rechtsmiddelenverbod van toepassing is, maar bovendien mengt de Hoge Raad zich óin verband met de taak van cassatierechteró in beginsel niet in de toepassing van open normen, zoals de Commissie Hammerstein recent heeft benadrukt.⁵ Door middel van rechttersregelingen beogen de feitenrechtters in een behoefte aan rechtseenheid en rechtszekerheid te voorzien.

¹ Van der Heijden 2008, p. 2696. Dit artikel en de context van het gebruikte citaat komen uitgebreider aan de orde in §3.5.3.

² Teuben 2004, p. 7.

³ Bovendøert 2008, p. 99.

⁴ Wanneer de rechtters in een document een bepaalde vaste lijn in de jurisprudentie neerleggen, is er m.i. geen sprake van een rechttersregeling; het õrechtõ is dan immers al eerder gevormd, namelijk wel in de met waarborgen omklede procedure van een concreet geschil.

⁵ De Commissie Hammerstein heeft nogmaals benadrukt dat klachten over zaken die berusten op aan de lagere rechter voorbehouden waarderingen van feitelijke aard dan wel berusten op procesbeleid van de rechter (vooral feitelijke en gemengde beslissingen n.a.v. open normen) in beginsel niet worden geacht in cassatie thuis te horen. Thans onderwerpt de Hoge Raad onder bijzondere omstandigheden (bijv. rechtseenheid) gemengde beslissingen aan een ruimere cassatiecontrole, zie: HR 16 mei 1986, *NJ* 1987, 251 en HR 24 april 1992, *NJ* 1993, 643. Misschien dat deze zaken in de toekomst via een selectiemechanisme wegens een gebrek aan belang in cassatie niet-ontvankelijk worden verklaard. Hammerstein heeft tijdens een debat voor het Montaigne instituut over het Rapport (Commissie Hammerstein 2008) in Utrecht d.d. 17 juni 2009 aangegeven dat naar aanleiding van de aanbevelingen alleen die klachten van feitelijke of gemengde aard door de selectie komen als aan de beslissing van de lagere rechter(s) een fundamenteel gebrek kleeft of de rechtseenheid in gevaar is. G.J. Corstens (president Hoge Raad) acht bovendien kwesties als alimentatienormen en vergoedingen bij kennelijk onredelijk ontslag bij

Deze tegenstrijdigheid maakt òde rechtersregelingö een gecompliceerd en veelzijdig en tegelijkertijd uitdagend scriptieonderwerp. Er zijn thans al meer dan zeventig⁶ lokale en landelijke rechtersregelingen over de gehele breedte van het privaatrecht vastgesteld en het aantal rechtersregelingen zal naar verwachting alleen maar toenemen. Hoewel aan de bindende werking van rechtersregelingen door Teuben reeds een proefschrift is gewijd, ontbrak tot nu toe een verkenning naar de grenzen van het gebruik van rechtersregelingen, in combinatie met een inventarisatie van en empirisch of theoretisch onderzoek naar het bestaan en tot stand komen van deze regelingen.⁷

Met deze scriptie hoop ik een bijdrage te kunnen leveren aan, althans een aanzet te geven tot, een (verdere) discussie over de wenselijkheid en aanvaardbaarheid van het concipiëren van rechtersregelingen in het privaatrecht.

Maarssen, 7 september 2009.

uitstek tot de taak van de feitenrechters behoren. Deze zaken zien niet op rechtsvragen en zijn volgens hem dan ook niet geschikt om via een (eventueel toekomstig mogelijke) prejudiciële vraag aan het oordeel van de Hoge Raad te worden onderworpen. Zie: Lindo 2009, p. 1076-1077. Rapport Commissie Hammerstein 2008, p. 24-25 en 41-47. Zie voor een bespreking van dit Rapport o.a. Barendrecht 2008, p. 1332-1335, Giesen & Coenraad 2008, p. 989-997, Groen 2008, p. 340-347, Hartlief 2008, p. 869, Hartlief 2009, p. 1073 en Vranken 2009, p. 1082

⁶ Dit aantal is gebaseerd op de in hoofdstuk 3 te bespreken rechtersregelingen en is dus een gedeelte van het totaal aan (privaatrechtelijke) rechtersregelingen. Bovendien heb ik de aparte bijlagen en modellen niet meegeteld en heb ik ook de meest veelomvattende rechtersregelingen, zoals de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters als één regeling beschouwd (en heb ik dus niet alle aanbevelingen, waaronder bijv. de kantonrechtersformule, apart als rechtersregeling geregistreerd). Het is tot slot ook mogelijk dat de gerechten daarbovenop *intern* nog andere (lokale) rechtersregelingen hanteren, zie: Rammeloo & Knapen 2006, p. 540-542.

⁷ Opgemerkt moet worden dat Dijksterhuis (2008) wel empirisch onderzoek heeft gedaan naar de rechterlijke samenwerking in de Werkgroep alimentatienormen. Hieruit kunnen echter geen conclusies worden getrokken met betrekking tot de wenselijkheid en aanvaardbaarheid van privaatrechtelijke rechtersregelingen in het algemeen.

Inhoudsopgave

Voorwoord	II
Inhoudsopgave	IV
1 Inleiding	1
2 Het theoretisch kader; rechtersregelingen, tot waar en niet verder?	2
2.1 Juridische status van rechtersregelingen	2
2.2 De Trias Politica	6
2.3 De grenzen aan rechterlijke rechtsvorming in een democratische rechtsstaat	7
2.4 Politiek en eigenbelangen	14
2.5 Behoefte aan rechtseenheid, rechtsgelijkheid en rechtszekerheid	17
2.6 Conclusie en vooruitblik	21
3 Rechtersregelingen in de praktijk: een theoretisch onderzoek	22
3.1 Inleiding	22
3.2 De Procesreglementen	22
3.3 De Beslagsyllabus	31
3.4 De kostenveroordeling: het Liquidatietarief, de Indicatie tarieven en rapport Voor-werk II	36
3.5 De Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters	41
3.6 Het Rapport alimentatienormen	50
3.7 Conclusie	52
4 Conclusie: alternatieven en aanbevelingen	55
4.1 Inleiding	55
4.2 Kleine aanpassingen; grote verbetering?	55
4.3 Een derde òrechtsvormende machtö?	57
4.4 De rechtersregeling met procedurele waarborgen	58
Lijst van verkort aangehaalde publicaties en geraadpleegde literatuur	61

1 Inleiding

Hoewel momenteel al meer dan zeventig lokale en landelijke rechtersregelingen over de gehele breedte van het privaatrecht zijn vastgesteld óen het aantal rechtersregelingen naar verwachting alleen maar zal toenemenó ontbreekt vreemd genoeg een wettelijke regeling omtrent het vaststellen van rechtersregelingen. Hoewel rechtersregelingen in de doctrine enerzijds lof krijgen, maar anderzijds onderworpen zijn aan hevige kritiek, zijn ook door deze auteurs en in de jurisprudentie tot op heden geen duidelijke (eenduidige) toetsingscriteria, oftewel totstandkomingsvereisten voor (privaatrechtelijke) rechtersregelingen ontwikkeld en geformuleerd. De vraag die in deze scriptie centraal staat is zodoende: *óin hoeverre en onder welke voorwaarden is een rechtersregeling in het privaatrecht een acceptabele aanvulling op rechtsvorming door de formele wetgever en rechterlijke rechtsvorming in de met waarborgen omklede procedure van een concreet geschil?ö.*

Teneinde voorgaande vraag te kunnen beantwoorden, wordt in hoofdstuk twee eerst nader ingegaan op de juridische status, oftewel: de bindende werking van rechtersregelingen. Bovendien worden enkele óvoorvragenó beantwoord, namelijk: is het recht dat door een rechtersregeling wordt gevormd wel democratisch gelegitimeerd?; is het vaststellen van een rechtersregeling in strijd met de taak van de rechter volgens de Trias Politica?; is het bij de afwezigheid van een concreet geschil wel mogelijk voor de rechter om recht te vormen?; en hoe verhoudt het collectief vastleggen van de wijze waarop een bepaalde beslissingsruimte wordt ingevuld zich met de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechters? Bij het beantwoorden van deze en andere vragen zijn gaandeweg drie vereisten voor het vaststellen van een aanvaardbare rechtersregeling ontstaan, kort gezegd te weten: de rechtersregeling dient te worden vastgesteld conform de eisen van de rechterlijke onafhankelijkheid, de in te vullen beslissingsruimte mag niet zien op een politiek gevoelig of maatschappelijk omstreden onderwerp en de rechtersregeling dient in een behoefte aan rechtseenheid, rechtsgelijkheid en rechtszekerheid te voorzien.

In deze verhandeling wordt veelvuldig ingegaan op de geschriften van Teuben, Snijders, Vranken, Giesen & Schelhaas, Bellekom, Den Tonkelaar e.a.. Al deze schrijvers hebben in relatie tot het onderwerp rechtersregeling, of breder: rechterlijke samenwerking en zelfregulering, over kenmerkende aspecten geschreven; geen van hen heeft echter een duidelijk standpunt ingenomen of visie geëxpliceerd over de aanvaardbare wijze van totstandkoming van een rechtersregeling. De door hen aangedragen bouwstenen zijn in deze scriptie gebruikt om wel tot een dergelijke visie te komen.

Na dit theoretisch kader te hebben geformuleerd, zal ik in het derde hoofdstuk enkele bekende (veel gebruikte) landelijke, privaatrechtelijke rechtersregelingen toetsen aan de in hoofdstuk twee geformuleerde criteria. Ten behoeve van dit onderdeel is uitgebreid *research* verricht om de bestaande privaatrechtelijke rechtersregelingen te inventariseren. Deze zijn vervolgens gerubriceerd op grond van onderwerp en worden per categorie behandeld. Zijn de thans bestaande rechtersregelingen aanvaardbaar, of bestaat een steeds groter wordend gedeelte van ons privaatrecht uit regels die eigenlijk niet acceptabel zijn in een democratische rechtsstaat? Snijders maakte reeds de opmerking dat rechtersregelingen als paddenstoelen uit de grond groeien en stelde dat er vroeg of laat een giftige bij zit. In het onderhavige hoofdstuk stel ik in andere woorden dan ook de vraag of de huidige rechtersregelingen zijn te beschouwen als gedoogde geestverruimende of verboden giftige paddenstoelen op het terrein van de privaatrechtelijke beslissingsruimte.¹

In hoofdstuk vier maak ik aan de hand van hoofdstuk twee en drie de balans op en aan de hand daarvan formuleer ik enkele aanbevelingen, gericht tot zowel de wetgever als de rechters. Hoe kunnen de wetgever en de rechters het best (op een acceptabele manier) voorzien in de behoefte aan rechtseenheid en rechtszekerheid?

¹ óIntussen groeien de CRRs als paddestoelen uit de grond en zit er vroeg of laat een giftige bijö: Snijders 2001, p. 22.

2 Het theoretisch kader; rechtersregelingen, tot waar en niet verder?

2.1 Juridische status van rechtersregelingen

2.1.1 Inleiding

Zoals in het voorgaande hoofdstuk is vermeld, geeft de juridische status, anders gezegd: de bindende werking van rechtersregelingen aanleiding tot een veelheid aan vragen, variërend van constitutionele aard tot vragen met betrekking tot de beginselen van burgerlijk procesrecht. We hebben door deze binding immers te maken met rechtsvorming door rechters voorafgaand aan (oftewel: *õex anteõ*) en los van een concreet geschil.

Alvorens de dientengevolge ontstane vragen te behandelen, bespreek ik in deze paragraaf de bindende werking van rechtersregelingen. Omdat over dit leerstuk reeds tamelijk recent een proefschrift is geschreven,² zal ik dat als vertrekpunt nemen en niet opnieuw het wiel uitvinden. In deze paragraaf start het onderhavige hoofdstuk zodoende met een bespreking van enkele hoofdlijnen uit dit proefschrift, waarna ik mijn visie geef en in discussie ga naar aanleiding van recente(re) c.q. andere literatuur en rechtspraak.

2.1.2 Parlementaire geschiedenis

Omdat een wettelijke regeling omtrent de mogelijkheid tot het vaststellen van rechtersregelingen ontbreekt, kan niet meteen uitsluitstel worden gegeven omtrent de juridische status van deze regelingen. De wetgever heeft bovendien tot op heden twee tegengestelde geluiden laten horen. Enerzijds volgt uit de parlementaire geschiedenis namelijk dat rechtersregelingen niet mogen binden,³ maar overheersend lijkt het standpunt dat een rechtersregeling in beginsel wel kan binden of bindt.⁴ Dit laatste standpunt is in overeenstemming met de jurisprudentie van de Hoge Raad.

2.1.3 Strikt gezien twee mogelijkheden voor binding

Allereerst heeft de Hoge Raad in een aantal arresten óvoor het eerst in het bekende òrolrichtlijnen-arrestõ overwogen dat een rechtersregeling de rechters kan binden op grond van algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging, onder de voorwaarde dat deze behoorlijk bekend is gemaakt.⁵ Uit verschillende bronnen is af te leiden dat het tevens noodzakelijk is dat de rechtersregeling wordt vastgesteld door een daartoe õbevoegd orgaanõ binnen de rechtspraak.⁶ Op grond van de algemene beginse-

² Teuben 2004.

³ Zie het antwoord van de Minister van Vreemdelingenzaken (aanhangsel handelingen II 2003/04, nr. 173, zie hierover Teuben 2004B, p. 737) ómede namens de Minister van Justitie gegevenõ op de vraag naar de toelaatbaarheid van samenwerking en afspraken tussen rechters: òDeze onderlinge afspraken zijn toelaatbaar, mits het niet gaat om afspraken waar de individuele rechter in zijn afweging in een concreet geval gebonden isõ.

⁴ Nota naar aanleiding van het verslag bij wetsvoorstel 27 182, zie ook over òrechterlijke beleidsvormingõ: Van Mierlo & Bart, *Parlementaire Geschiedenis Herziening van het Wet op de Rechterlijke Organisatie*, Deventer: Kluwer 2002, p. 463-466 en uitgebreid: Teuben 2004, p. 94-96 139-142.

⁵ HR 28 juni 1996, *NJ* 1997, 495, r.o. 3.2 (rolrichtlijnen-arrest). Later is ook aan het rolreglement van de Rechtbank Maastricht, het rekestreglement personen- en familiezaken van het Gerechtshof te òs-Gravenhage en het Uniform reglement gerechtshoven voor rekestprocedures in familiezaken (impliciet, want verband houdende met de kwalificatie als òrechtõ in de zin van art 79 Wet RO) bindende werking toegekend: HR 4 april 1997, *NJ* 1998, 220, HR 14 januari 2005, *NJ* 2005, 481, HR 23 april 2004, *NJ* 2004, 350 en HR 7 december 2007, *NJ* 2008, 554. Deze arresten hebben dus allen betrekking op procesreglementen. Het lijkt er echter niet op dat de Hoge Raad deze vorm van binding beoogd te beperken tot deze rechtersregelingen., zie ook Teuben 2004, p. 59-62 en p. 114-127 over de reikwijdte van het rolrichtlijnen-arrest.

⁶ Aan de alimentatienormen: HR 4 oktober 1985, *NJ* 1986, 51, HR 1 november 1991, *NJ* 1992, 30 en HR 23 januari 1998, *NJ* 1998, 365 en zie hierover ook de Conclusie van A-G Biegman-Hartogh voor HR 17 juni 1983, *NJ* 1984, 35; aan het Liquidatietarief: HR 3 april 1998, *NJ* 1998, 571 en HR 15 februari 2002, *NJ* 2002, 197 over het Liquidatietarief van het Gemeenschappelijk Hof Nederlandse Antillen en Aruba; en aan Rapport Voorwerk II: HR 19 november 2004, *NJ* 2005, 553 heeft de Hoge Raad immers deze vorm van binding ontbinding onthouden; deze rechtersregelingen zijn vastgesteld door private verenigingen en zodoende niet door een õbevoegd orgaanõ. Voor een nadere afbakening van het begrip õbevoegd orgaanõ verwijs ik naar de bespreking van de rechterlijke onafhankelijkheid in §2.3.5. Zie ook Teuben 2004, p. 147-149.

len van behoorlijke rechtspleging ózoals het vertrouwensbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginseló komt deze òrolrichtlijnen-jurisprudentie-bindingó dus tot stand op het moment van publicatie van de bevoegd vastgestelde rechtersregeling. De grondslag voor deze òzelfbindingó is dus dat justitiabelen er in een concreet geval vanuit moeten kunnen gaan dat een rechter zich aan zijn eigen (naar buiten gebrachte) regels houdt c.q. zich daaraan gebonden acht.⁷

Als behoorlijke bekendmaking gelden de plaatsing van de rechtersregeling in de Staatscourant, in een ander van overheidswege algemeen verkrijgbaar gesteld publicatieblad, en òeen andere door of met goedvinden dan wel medeweten van de overheid gedane bekendmaking op zodanige wijze dat verzekerd is dat de regels voor de betrokkenen kenbaar en toegankelijk zijnó.⁸ Mijn voorkeur gaat uit naar publicatie via een medium waardoor betrokkenen (zoals justitiabelen en advocaten) òbij wijze van sprekenó in één oogopslag de vastgestelde rechtersregelingen kunnen overzien. Publicatie op de website www.rechtspraak.nl is in dit opzicht een goede optie.⁹ Wanneer aan de twee voorwaarden zoals geformuleerd in de rolrichtlijnen-jurisprudentie is voldaan, kan de rechtersregeling tevens als òrechtó in de zin van art. 79 Wet RO worden gekwalificeerd, zodat het in beginsel mogelijk is in cassatie de beslissing van de lagere rechter aan diens rechtersregeling te toetsen.¹⁰

Wanneer de rechters deze vorm van binding (nog) niet wensen, bijvoorbeeld omdat de inhoud van de rechtersregeling nog niet is òuitgekristalliseerdó en niet voldoende wordt geacht om als òrechtó te worden toegepast, is het mogelijk dat de regeling òonder voorbehoudó van binding wordt gepubliceerd. De binding komt dan immers niet tot stand, omdat justitiabelen dan in principe geen reden hebben te vertrouwen op de toepassing van de regeling.¹¹ De algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging zorgen er in dit geval dus juist voor dat binding in beginsel wordt onthouden aan de regeling. òIn beginseló; als een rechtersregeling in feite toch (regelmatig) ten grondslag ligt aan rechterlijke uitspraken, kan alsnog een bepaalde mate van binding aan deze rechtersregeling ontstaan, namelijk: precedentbinding. De rechtersregeling ontleent dan haar precedentwaarde aan de rechterlijke uitspraak waarin deze regeling is toegepast.¹²

Allereerst kan een rechtersregeling precedentwaarde krijgen, wanneer de Hoge Raad respectievelijk de appèlrechters deze regeling, die afkomstig is van een lagere rechter, in zijn of hun jurisprudentie overneemt of overnemen.¹³ Dit houdt in dat een hoger rechtscollege in overeenstemming met (de inhoud van) de door de lagere rechters vastgestelde rechtersregeling beslist. De lagere rechters zijn vervolgens in dezelfde mate gebonden aan de rechtersregeling als aan het precedent c.q. deze uitspraak van de hogere rechters. Er ontstaat dan óop grond van de hiërarchische relatie tussen de genoemde gerechten en de algemene beginselen van behoorlijke rechtsplegingó een vrij sterke binding van de lagere rechters aan de (in eerste instantie al dan niet bevoegd vastgestelde en gepubliceerde) rechtersregeling. Gezien de vaak feitelijke of gemengde aard van de beslissingen van de lagere rechters ten aanzien van aangelegenheden waaromtrent een rechtersregeling is geconcipeerd, en het bestaan van rechtsmidde-

⁷ Conclusie van A-G mr. Asser voor HR 10 september 1993, *NJ* 1994, 507, welke conclusie redelijkerwijs mede ten grondslag lijkt te liggen aan de daarop volgende rolrichtlijnen-jurisprudentie.

⁸ HR 28 maart 1990, *NJ* 1991, 118, r.o. 4.7., ten aanzien van bekendmaking van beleidsregels van het bestuur.

⁹ In het arrest HR 14 januari 2005, *NJ* 2005, 481, *JBPR* 2005/20, r.o.3.2. heeft de Hoge Raad reeds beslist dat publicatie op de website www.rechtspraak.nl geldt als behoorlijke bekendmaking. Bovendien is de Staatscourant per 1 juli 2009 overgaan op elektronisch bekendmaken van officiële bekendmakingen op www.officiëlebekendmakingen.nl (bron: overheid.nl), zodat publicatie op de website van de rechtspraak m.i. niet (meer) onder doet voor bekendmaking via de Staatscourant.

¹⁰ Teuben 2004, p. 59-62. Er bestaat overigens volgens de rolrichtlijnen-jurisprudentie nog een derde voorwaarde waaraan een rechtersregeling dient te voldoen teneinde te kunnen worden gekwalificeerd als òrechtó. De rechtersregeling dient zich ònaar inhoud en strekking te lenen voor toepassing als rechtsregeló. Deze voorwaarde blijkt echter zelfstandige betekenis te missen, zodat ik ter zake volsta met een verwijzing naar de bespreking van Teuben (2004, p. 168-176). In §2.5.2 zal ik nader ingaan op de toegevoegde waarde van de kwalificatie als òrechtó in de zin van art. 79 Wet RO.

¹¹ Teuben 2004, p. 159-162, Teuben 2004B, p. 737-738, zie ook: Snijders 2001, p. 27.

¹² De rechtersregeling kan evenwel alleen precedentwerking verkrijgen als deze een ònormatief oordeeló bevat, bijvoorbeeld wanneer daarin bepaalde ògezichtspuntenó zijn geformuleerd die niet alleen in het onderhavige concrete geval een rol speelden, maar tevens in meer (soortgelijke) gevallen geacht kunnen worden een rol te spelen. Zie Teuben 2004, p. 286-291 en p. 298-302.

¹³ Teuben 2004, p. 303-314. Zie ook het arrest *Ajax/Reule*: HR 26 februari 1999, *NJ* 1999, 717: een bepaling uit de Beslagsyllabus kreeg dezelfde precedentwerking als een gewone uitspraak van de Hoge Raad.

lenverboden, is de kans op deze (verticale) precedentbinding klein. Er bestaat echter ook de mogelijkheid van horizontale precedentbinding; binding aan het toepassen van rechtersregelingen door rechters van gelijk niveau. Hoewel naar huidige rechtsopvatting lagere rechters in het algemeen niet gebonden worden geacht aan elkaars uitspraken, ben ik met Snijders en Teuben van mening dat rechters van gelijke rang, ook al staan zij niet in een hiërarchische relatie tot elkaar, in elk geval tot op zekere hoogte betekenis dienen te hechten aan elkaars eerdere uitspraken.¹⁴ Dit valt ook af te leiden uit het arrest *Druiff/Bouw*.¹⁵ De onderbouwing van de binding van lagere rechters onderling kan (wederom) worden gevonden in de algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging. Het rechtszekerheids-, vertrouwens- en gelijkheidsbeginsel vormen immers een normatief kader voor het handelen van rechters.¹⁶ Wanneer één rechter een rechtersregeling, althans een bepaling daaruit, toepast in zijn uitspraak zal een zwakke vorm van binding ontstaan. Men mag er wel enigszins op vertrouwen dat de rechter in een soortgelijk geval de regeling weer toepast, maar dit vertrouwen is beperkt in verband met het belang van de rechtsontwikkeling. Een volgende uitspraak waarin wordt afgeweken van de rechtersregeling is daarmee niet meteen ongerechtvaardigd. Wanneer rechters evenwel in meer (vergelijkbare) gevallen de rechtersregeling toepassen óer ontstaat óvaste rechtspraakó dan wint het beroep op de algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging aan kracht.¹⁷ Zodoende kan alsnog een sterke mate van gerechtvaardigd vertrouwen, en dus een sterke mate van binding ontstaan ten aanzien van de toepassing van de rechtersregeling.

In de grondslag van órolrichtlijnen-jurisprudentie-bindingó en (horizontale) precedentbinding, te weten: de algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging, ligt ook de beperking van deze binding besloten. Teuben wijst erop dat bij de vaststelling van een rechtersregeling de gemiddelde, ódoorsneeócasus tot uitgangspunt wordt genomen. Wanneer het voorliggende geschil zodanig afwijkt van dit gemiddelde, met als gevolg dat onverkorte toepassing van de desbetreffende rechtersregeling tot een onjuist of onrechtvaardig resultaat zal leiden, kan en moet de rechter de rechtersregeling terzijde stellen.¹⁸ Het gelijkheidsbeginsel zorgt er immers voor dat alleen gelijke gevallen gelijk behandeld dienen te worden. Wanneer de rechter heeft besloten om af te wijken van een bindende rechtersregeling, dan dient hij evenwel aan te geven welke bijzondere omstandigheden of andere redenen zijns inziens afwijking rechtvaardigen.¹⁹ Dit is ook in overeenstemming met het afwijken van andere (bindende) rechtsregels.

Mijns inziens kan op grond van voorgaande worden gesteld dat er doorgaans een bepaalde mate van binding aan een rechtersregeling bestaat. Enerzijds kan deze binding al bestaan na de (zonder voorbehouden) verrichte publicatie van de bevoegd vastgestelde regeling, anderzijds kan binding formeel ontstaan wanneer een (niet of onder voorbehoud gepubliceerde, al dan niet bevoegd vastgestelde)

¹⁴ Snijders 1997B, p. 1796 en Teuben 2004, p. 316.

¹⁵ HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 215.

¹⁶ Köhne 1997, p. 183-184, Stroink 2001, p. 53 en Teuben 2004, p. 318.

¹⁷ Snijders 1997B, p. 1796-1797 en Teuben 2004, p. 318-322. Problematisch hierbij is evenwel het gebrek aan toegankelijkheid en inzichtelijkheid van de lagere jurisprudentie. De uitspraken van de lagere rechters plegen relatief weinig te worden gepubliceerd en worden evenmin al te inzichtelijk gemotiveerd. Een tweede mogelijke belemmering is dat niet altijd met zoveel woorden naar de rechtersregeling wordt verwezen als deze wordt gevolgd. Voor partijen (en hun procesvertegenwoordigers) zijn de precedenten dus niet altijd kenbaar, terwijl de kans op ambtshalve toepassing van een rechtersregeling met precedentwaarde klein is. Ambtshalve toepassing kan slechts in zekere mate worden aangenomen voor de lagere rechters die de rechtersregeling (mede) hebben vastgesteld. Zie: Snijders 1997A, p. 49 en Teuben 2004, p. 327-330 en 333-335. Publicatie van een rechtersregeling zorgt ervoor dat partijen weten van het bestaan van de rechtersregeling en zodoende samen met wel bekende precedenten een sterkere mate van binding kan ontstaan, zie: Stroink 2001, p. 53. Bovendien is in verband met de redelijke uitleg van art. 6 EVRM publicatie gewenst.

¹⁸ Teuben 2004, p. 181-184. Met soortgelijke redenering is van de kantonrechtersformule en van het liquidatietaarif afgeweken; ktr. Nijmegen 9 februari 2001, *NJ* 2001, 244 en Rb. Rotterdam 7 maart 2003, *Prg.* 2004, 6222. Ten aanzien van afwijking van precedenten worden als redenen onder meer genoemd: maatschappelijke ontwikkelingen, bijzondere casusposities, niet vermoede of verdisconteerde consequenties en ontwikkelingen elders in het recht ówaaronder met name een andere uitleg van verdragsbepalingen dan tot dan toe was gedachtó, en kritiek in de literatuur en de lagere rechtspraak kunnen redenen zijn om op een eerdere uitspraak terug te komen. De algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging verzetten zich evenwel tegen lichtvaardige afwijking van de rechtersregeling (precedent). Zie ook Teuben 2004, p. 280-286.

¹⁹ Teuben 2004, p. 184-185.

rechtersregeling in feite in rechterlijke uitspraken wordt toegepast. In het eerste geval is dus duidelijk sprake van rechtsvorming *ex ante*: het vaststellen door rechters van een algemene regel los van de beslechting van een concreet geschil. Maar ook in het tweede geval kan men betogen dat de rechtsvorming wel degelijk al heeft plaatsgevonden voordat de regeling wordt toegepast in een concreet geval.²⁰ De rechtersregeling is dan op het eerste gezicht pas bindend als rechters ervoor kiezen deze toe te passen in hun uitspraken. Mijns inziens is dit standpunt niet (helemaal) correct, daar deze keuze helemaal niet vrij hoeft te zijn en niet altijd is ingegeven door de concrete kenmerken van het voorliggende geschil. Met betrekking tot de bestuurssectoren is reeds geconstateerd dat de productiedruk een grote conformerende werking heeft, in die zin dat rechters ónder tijdsdrukó zelden of nooit afwijken van inhoudelijke- en procedureafspraken. Het komt voor dat rechters elkaar aanspreken op gemaakte afspraken, zodat groepsdruk ontstaat.²¹ Daar komt nog bij dat rechters die bij de afspraak betrokken zijn zich veelal reeds vanwege die betrokkenheid gebonden zullen voelen.²² Men kan er zodoende met enige zekerheid van uit gaan dat ook bij precedentbinding (in de civiele sectoren) *de facto* al gebondenheid bestaat bij de totstandkoming van de rechtersregeling en dus ook hier (*de facto*) sprake is van rechtsvorming *ex ante*. Van feitelijke rechtsvorming *ex ante* is ook sprake wanneer een rechtersregeling is gebaseerd op voor haar totstandkoming gedane rechterlijke uitspraken, maar de rechtspraak ter zake nog in ontwikkeling was en dus één van de lijnen (en dus niet een vaste lijn) in de rechtspraak, tot algemene regel is verheven. Op het eerste gezicht is er dus weer sprake van rechtsvorming op basis op van een concreet geschil, omdat de regeling daarop is gebaseerd. Wanneer echter via een rechtersregeling gekozen wordt voor één van bestaande mogelijkheden in de rechtspraak, wordt via een rechtersregeling natuurlijk wel degelijk (*ex ante*) recht gevormd.²³ Meer algemeen is uit de rechtspraak van de Hoge Raad dus af te leiden dat de mogelijkheid tot het vaststellen van een rechtersregeling steeds moet worden afgeleid uit een bepaalde rechtsprekende bevoegdheid; namelijk het omgaan met de beslissingsruimte (invullen van open normen).²⁴ De algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging zorgen ervoor dat de rechters gebonden kunnen zijn deze beslissingsruimte in de vullen conform een vastgestelde rechtersregeling. Hiermee is overigens nog niets gezegd over de grenzen van de mogelijkheid tot het vaststellen van een rechtersregeling;²⁵ is het altijd aanvaardbaar om de gegeven beslissingsruimte via een algemene rechterlijke regel *ex ante* in te vullen?

2.1.4 De vraag naar de grenzen van rechterlijke rechtsvorming

Dat rechters recht vormen naar aanleiding van een concreet geschil is reeds lange tijd bekend.²⁶ Als het aan de Commissie Hammerstein ligt, wordt de normstellende c.q. rechtsvormende rol van de Hoge Raad in de toekomst zelfs versterkt.²⁷ De minister staat positief tegenover de aanbevelingen van de

²⁰ Dat aan beide vormen van binding een afwijkingsbevoegdheid inherent is, is mede gezien het feit dat in de (gepubliceerde) rechtspraak afwijking van bindende rechtersregeling niet snel plaatsvindt, m.i. geen reden om niet te spreken van rechtsvorming. Zie: Hof Amsterdam 7 juni 2001, *JBPR* 2003, 45, Hof -s- Gravenhage 25 september 2002, *NJ* 2003, 128 en Rb. Breda 15 november 2002, *NJ* 2003, 57.

²¹ Bovend-Æert 2008, p. 99. Men zou tevens kunnen denken aan normconform of corpsconform gedrag om daarmee bijvoorbeeld promotiekansen te vergroten, dan wel dat rechters met het oog daarop angstvallig binnen de beleidslijn van zijn gerecht blijven, zie: Smits 2008, p. 302-303.

²² Köhne 1997, p. 183-184.

²³ Zie voor deze mogelijkheid van precedentbinding ook: Snijders 2001, p. 25 en Teuben 2004, p. 299. Wanneer de rechters daarentegen slechts een vaste lijn in de rechtspraak vastleggen in een document, is er geen sprake van rechtsvorming voorafgaand aan en los van een concreet geval. Een dergelijke regeling valt zodoende mijns inziens ook niet onder de definitie rechtersregeling.

²⁴ Een rechtersregeling moet dan ook inhoudelijk binnen de kaders van de gegeven beslissingsruimte blijven, anders komt de regeling in strijd met óhoger rechtó (wet, jurisprudentie) en is dan onverbindend. Binding aan een rechtersregeling wordt zodoende in meer opzichten beperkt van aard geacht: Smit 2005, nr. 215, Snijders 2001, p. 29 en Teuben 2004, p. 179-201.

²⁵ Volgens de Hoge Raad binden de alimentatienormen, het Liquidatietarief en Rapport Voor-werk II niet op grond van de rolrichtlijnen-jurisprudentie, maar daarmee lijkt de precedentbinding (ook al is de rechtersregeling niet vastgesteld door een óbevoegd orgaanó) niet uitgesloten, zie namelijk: HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 215.

²⁶ Asser-Vranken Algemeen deel** nr. 184 en Giesen & Schelhaas 2008, p. 131.

²⁷ Rapport Commissie Hammerstein 2008, p. 6, 40-58, Asser-Groen-Vranken, Eindrapport 2006, p. 151 e.v. en Vranken 2009, p. 1082. Volgens Giesen 2007, p. 114 is rechtsvorming de belangrijkste taak die de Hoge Raad

Commissie en is bezig deze in wetgeving om te zetten.²⁸ Bovendien duidt het door de wetgever op diverse plaatsen in het Burgerlijk Wetboek opnemen van vage c.q. open normen op een door de wetgever wenselijk geachte rechtsvormende bevoegdheid van (ook) de lagere rechters.²⁹ Over de gewenste reikwijdte van rechterlijke rechtsvorming bestaat echter onenigheid.³⁰ In de doctrine wordt enerzijds gewezen op een tot het concrete, voorliggende geval beperkte mogelijkheid van rechterlijke rechtsvorming;³¹ de rechter volgens Austin ter zake *õlegislates as properly judging, and not as properly legislatingõ*.³² Anderzijds wordt de vraag gesteld of de rechter ook verder mag gaan of zou moeten gaan, en uitspraken zou moeten doen die bewust de grenzen van het geschil overstijgen.³³

Rechtersregelingen hebben dus juist betrekking op deze laatste, complexe vraag: de vraag naar de grenzen van de rechterlijke rechtsvorming. De grenzen die moeten worden afgetast teneinde te kunnen bepalen of en wanneer rechtersregelingen een aanvaardbare aanvulling op õnormaleõ rechterlijke rechtsvorming of rechtsvorming door de formele wetgever is, komen neer op het beantwoorden van enkele vragen, te weten: is het vaststellen van een rechtersregeling in strijd met de taak van de rechter volgens de Trias Politica?; is het recht dat door een rechtersregeling wordt gevormd wel democratisch gelegitimeerd?; is het bij de afwezigheid van een concreet geschil wel mogelijk voor de rechter om recht te vormen?; en hoe verhoudt het collectief vastleggen van de wijze waarop een bepaalde beslissingsruimte wordt ingevuld zich met de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechters?

2.2 De Trias Politica

Een veel gehoord argument tegen de vaststelling van rechtersregelingen is dat de rechter hierdoor op de stoel van de wetgever gaat zitten, zich schuldig maakt aan ongeoorloofde daden van wetgeving, of zich gedraagt als õwetgever-plaatsvervangerõ. Traditioneel wordt omtrent de staatsrechtelijke verhouding tussen rechter en wetgever veelal de aan Montesquieu toegeschreven Trias Politica, de leer van de scheiding der machten, tot uitgangspunt genomen.³⁴ De taak van de wetgever is volgens deze scheiding der machten het stellen van algemene regels of wetten. Deze taak komt niet toe aan de rechter: de rechter dient slechts conform deze regels te oordelen in het voorliggende geval, zie in dit verband ook art. 112 Gw.³⁵

Allereerst rijst echter de vraag of Montesquieu wel een dergelijke strikte scheiding der machten heeft beoogd,³⁶ en daarnaast wordt een dergelijke strikte scheiding, zo deze al werd beoogd, als 18^e-eeuwse leer in de huidige maatschappelijke opvattingen nog van betrekkelijk weinig waarde geacht.³⁷ Artikel

uitoefent. Hartlief 2009, p. 1073, Hartlief 2008, p. 869 vraagt zich af hoe ver deze rechtsvormende taak moet gaan, met verwijzing naar de afscheidsrede van Kortmann, zie ook Lindo 2009 p. 1079 mede voor een korte reactie van Corstens op de rede van Kortmann. Bovend-Eert 2008, p. 293 geeft aan dat de Hoge Raad zich zelf deze rechtsvormende taak heeft aangemeten, door in arresten te spreken over de rechtsvormende taak; deze taak staat niet in de Grondwet of enige andere wet. Zie in dit verband evenwel art. 81 Wet RO: aan de Hoge Raad is een rechtsontwikkelingsfunctie toegekend, waarmee een rechtsvormingsfunctie samenhangt. Over rechtsvorming door de Hoge Raad ook: Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering, Korthals Altes, Boek 1, titel 11, Aanteekening 2: De doeleinden van de cassatierechtspraak, en Snijders 2001, p. 21.

²⁸ Vranken 2009, p. 1082.

²⁹ Brenninkmeijer 1998, p. 44 e.v. en Giesen & Schelhaas 2008, p. 136.

³⁰ Giesen & Schelhaas 2008, p. 131, Rijpkema 2000, p. 719-721 en Snijders 2001, p. 18. Zie Loth, Den Hollander, Schild, Wiegerink en Schuten 2007, p. 317-325 voor het verschil tussen rechterlijk minimalisme en maximalisme en wanneer de Hoge Raad zou dienen te kiezen voor een van beide vormen.

³¹ Asser-Scholten 1974, p. 122, Kapteyn 1989, p. 1649, Rijpkema 2000, p. 719-721 en Den Tonkelaar 2002, p. 542.

³² Rijpkema 2000, p. 719-721.

³³ Giesen & Schelhaas 2008, p. 131.

³⁴ Bellekom e.a. 2007, p. 19-20, Bovend-Eert 2008, p. 7 en Teuben 2004, p. 32.

³⁵ Bellekom e.a. 2007, p. 29-32, Bovend-Eert 2008, p. 2, p. 138, Giesen & Schelhaas 2008, p. 132, Teuben 2004, p. 33 en Den Tonkelaar 2002, p. 542.

³⁶ Verslag van de conferentie over de trias politica op 27 januari 2006, *õStoelendansen met de machtõ*, Den Haag: Tweede Kamer der Staten-Generaal., p. 1-27.

³⁷ Bovend-Eert 2008, p. 7-16. Zoals we in §1.1.4 hebben gezien hebben de rechters immers een eigen rechtsvormende taak; de rechters passen niet meer slechts de wet toe op een concreet geval. Niet alleen de wetgevende en de rechtsprekende macht groeien naar elkaar toe, Brenninkmeijer constateert daarnaast tussen de traditionele

12 Wet AB 1829 (de rechter mag niet bij wege van algemene verordening, dispositie of reglement uitspraak doen in zaken die aan zijn beslissing zijn onderworpen) wordt in dit verband dan ook als achterhaald beschouwd, gelijk de strikte leer waarop het artikel is gebaseerd.³⁸

Om machtsconcentratie, -misbruik en willekeur te voorkomen, waartegen ook de scheiding der machten tracht te waken,³⁹ wordt thans veeleer verwezen naar een machtsevenwicht: de taken worden verdeeld volgens een principe van *checks and balances*, tegenkrachten en tegenwichten.⁴⁰ Ook bij de Europese Unie lijkt niet zozeer de scheiding van machten de constitutionele structuur te bepalen, maar de gedachte dat machtsmisbruik kan worden tegengegaan door organen en instellingen met elkaar te laten samenwerken.⁴¹

Rijkema betoogt dat het systeem van tegenkrachten en tegenwichten optimaal functioneert als de verschillende overheidstaken worden uitgeoefend door het orgaan dat daartoe het best is toegerust. De ontwikkeling van de rechtsorde dient te geschieden in goede onderlinge afstemming van de rechtsvormende activiteiten van wetgever en rechter.⁴² Ook Snijders geeft aan dat rechtsvorming optimaal voldoet aan de eisen van democratische legitimiteit als het recht wordt gevormd door het orgaan dat daartoe het best in staat is.⁴³ Ik ben het met voorgaande schrijvers eens. Via deze uitwerking van het systeem van tegenkrachten en tegenwichten wordt toch recht gedaan aan de ratio van de Trias Politica: het tegengaan van machtsconcentratie. De ogen worden echter niet gesloten voor de hedendaagse praktijk van rechtsvorming. Maar kan een rechtersregeling worden gezien als beste instrument om beslissingsruimte in te vullen; zijn rechters op deze manier het best toegerust om recht te vormen? Om te beginnen; voldoet een rechtersregeling óals species van het genus rechterlijke rechtsvormingó aan de eisen van democratische legitimiteit?

2.3 De grenzen aan rechterlijke rechtsvorming in een democratische rechtsstaat

2.3.1 Democratische legitimatie

De uitdrukking *equal concern and respect*, zoals geformuleerd door Dworkin, wordt als normatief uitgangspunt van een democratische rechtsstaat gezien. Dit betekent dat de overheid aan zijn burgers, en burgers wederzijds aan elkaar, op grond van hun fundamentele menselijke gelijkwaardigheid gelijke zorg en respect verschuldigd zijn.⁴⁴

Rechtsvorming door de overheidsorganen is als gevolg van voorgaand uitgangspunt in een democratische rechtsstaat altijd aan grenzen gebonden. De algemene eis ter zake is dat rechtsvorming democratisch gelegitimeerd dient te zijn.⁴⁵ Democratische legitimatie houdt in dat de rechtsvorming moet aansluiten bij de binnen de samenleving levende normen en waarden. Daarbij moeten de belangen van alle burgers gelijkelijk serieus worden genomen, zodat iedereen in staat zou moeten zijn om te leven

wetgevende en uitvoerende macht een totale verdwijning van de scheiding en is zodoende van oordeel dat er hedendaags nog slechts twee staatsmachten bestaan, namelijk het democratisch bestuur en de rechtsprekende macht, tezamen de *„Duas Politica“*: Brenninkmeijer 1998, p. 51-57. Overigens zou men aan de Trias Politica zelfs een argument kunnen ontleen voor het vaststellen van rechtersregelingen: deze beleidsregels zouden kunnen beschermen tegen een al te vrijpostige rechter, zie: De Werd 1998, p. 660.

³⁸ Snijders 2001, p. 21 en Teuben 2004, p.36.

³⁹ Bellekom e.a. 2007, p. 19-20, Bovend-Eert 2008, p. 12-16 en Brenninkmeijer 1989, p. 1623.

⁴⁰ Bellekom e.a. 2007, p. 19-20, Rijkema 2001, p. 39-40 en Teuben 2004, p. 36.

⁴¹ Bellekom e.a. 2007, p. 19-20.

⁴² Rijkema 2001, p. 179.

⁴³ Rijkema 2001, p. 78 en Snijders 1997, p. 1793.

⁴⁴ Rijkema 2001, p. 15.

⁴⁵ Democratische legitimatie is overigens niet hetzelfde als het staatsrechtelijk legaliteitsbeginsel, waarbij overheidsbevoegdheden hun grondslag in de wet moeten hebben en conform die wettelijke grondslag worden uitgevoerd. De rechterlijke macht vindt regeling in hoofdstuk 6 Gw, waarin onder meer in art. 112 lid 1 Gw is bepaald dat aan de rechterlijke macht de berechting van geschillen over burgerlijke rechten en schuldvorderingen is toegekend. Aan de Hoge Raad is via art. 81 RO daarnaast een rechtsontwikkelingsfunctie toegekend, welke functie samenhangt met rechtsvorming. Zodoende is de vraag interessant waar de grenzen liggen van deze rechtsvormende functie van de rechter. Een begin kan hierbij worden gemaakt met de democratische legitimatie. Zie omtrent het staatsrechtelijk legaliteitsbeginsel en de rechterlijke macht: Bellekom 2007, p. 17-19 en p. 29-35 en Hoge Raad der Nederland, Verslag 2007 en 2008, p. 19-27.

naar hun persoonlijke levensideaal.⁴⁶ Deze eis wordt gesteld aan rechtsvorming door de wetgever en er lijkt ook naar mijn oordeel geen reden te zijn waarom deze eis niet tevens zou moeten worden gesteld aan rechterlijke rechtsvorming.⁴⁷ Voor zover het recht óen dus ook rechtersrechtó aansluit bij de in de samenleving levende normen en waarden en de belangen van de burgers, kan het dus in principe democratisch gelegitimeerd worden geacht.⁴⁸

2.3.2 Periodieke verkiezingen

De wetgever legitimeert zijn rechtsvorming doordat hij periodiek wordt verkozen en kan zodoende het te vormen recht laten aansluiten op de binnen de samenleving levende normen en waarden en de belangen van alle burgers. Rechters worden evenwel niet periodiek verkozen. Heeft dit gebrek aan periodieke verkiezingen tot gevolg dat rechters niet in staat kunnen worden geacht democratisch gelegitimeerd recht te vormen?

Een ongeclausuleerd bevestigend antwoord zou door het gebrek aan nuance onjuist zijn. Periodieke verkiezingen kunnen op zichzelf genomen immers niet verzekeren dat het recht afkomstig van vertegenwoordigende organen democratisch gelegitimeerd is.⁴⁹ Het kiezersoordeel kan enerzijds worden opgevat als een prospectief oordeel over het in de komende zittingstermijn te volgen beleid, ofwel als een retrospectief oordeel over het in de voorgaande periode uitgevoerde beleid. Rijkema komt na een uitgebreide beschouwing tot de conclusie dat ten aanzien van beide mogelijke uitgangspunten blijkt dat burgers slechts zeer beperkte invloed kunnen uitoefenen op de inhoud van specifieke besluiten. Als prospectief oordeel kan de kiezersuitspraak namelijk worden opgevat als een vrij mandaat dat slechts zeer algemene beperkingen voor vertegenwoordigers impliceert; als retrospectief oordeel kan een verkiezingsuitslag slechts vooral worden gezien als onderschrijving of afkeuring van de algemene richting waarin de samenleving zich als gevolg van het gevoerde beleid heeft ontwikkeld.⁵⁰

Zoals reeds is uitgelegd, is het voor de democratische legitimititeit van het recht vereist dat het overeenstemt met of althans aansluit bij de meningen en overtuigingen die leven binnen de samenleving. Deze overtuigingen kunnen evenwel niet of nauwelijks worden afgeleid uit het kiezersoordeel. De wetgever heeft zodoende de mogelijkheid, en volgens sommige auteurs zelfs de plicht, om zelfstandig tot een oordeel te komen welke rechtsregels het best het algemeen belang dienen, maar we (de burgers) verwachten dat hij zich bij zijn oordeelsvorming laat leiden door de binnen de samenleving levende rechtsovertuigingen. Er zijn dus gelijkenissen te herkennen tussen rechtsvorming door de wetgever en rechtsvorming door de rechter; ook van de rechter wordt immers een onafhankelijk oordeel gevraagd, waarbij hij aansluiting zoekt bij de in Nederland levende rechtsovertuigingen, zie bijvoorbeeld art. 3:12 BW (redelijkheid en billijkheid).⁵¹

Bedacht moet evenwel worden dat de formele wetgever de steun heeft van een omvangrijk ambtenarenapparaat en externe deskundigen kunnen worden ingeschakeld, bijvoorbeeld in de vorm van een staatscommissie of een ad hoc commissie van deskundigen. Om te peilen wat politiek en maatschappelijk leeft ten aanzien van een bij wet te regelen onderwerp, wordt vervolgens in beginsel gebruik gemaakt van zogenaamd voorontwerp van wet. De bedoeling daarvan is om reacties in te winnen van adviesgroepen, belangenorganisaties en wetenschappelijke instellingen.⁵² De rechter heeft deze mogelijkheden niet.

⁴⁶ Dit zijn de formele eisen die aan democratisch gelegitimeerde rechtsvorming worden gesteld. Inhoudelijk wordt aan rechtsvorming de eis gesteld dat zij gericht is op het realiseren van een samenleving waarin burgers de mogelijkheid hebben om te leven naar hun persoonlijke levensideaal, en met name dat zij voldoende vrijheid hebben om naar hun persoonlijke idealen te leven. Zie: Rijkema 2001, p. 15.

⁴⁷ Rijkema 2001, p. 13.

⁴⁸ IJzermans 2001, p. 104.

⁴⁹ Rijkema 2001, p. 16.

⁵⁰ Rijkema 2001, p. 30.

⁵¹ Rijkema 2001, p. 45 met een verwijzing naar Burke.

⁵² Bellekom 2007, p. 243 e.v., Snijders 1997, p. 1794 en Stolker 1993, p. 72. M.i. kan bovendien worden gezegd dat de gekozen volksvertegenwoordigers in enige mate een afspiegeling van de bevolking vormen en dat zodoende de besluiten/compromissen over het algemeen aansluiten bij de binnen de samenleving geldende opvattingen. Omdat de rechters worden benoemd kan niet met zoveel zekerheid worden gezegd dat zij in enige mate een afspiegeling van de bevolking vormen.

Maar net als Rijkema ben ik gezien de geplaatste relativeringen van oordeel dat de mogelijke invloed van enkel het kiezersoordeel op de vaststelling van specifieke rechtsregels dermate gering is gebleken, zodat het van onvoldoende gewicht kan worden geacht om de wetgever ongelimiteerde rechtsvormende bevoegdheid toe te kennen en de rechter deze bevoegdheid *volledig* te onthouden.⁵³

2.3.3 Afwezigheid van een concreet geschil

Wanneer de rechter recht spreekt in een aan hem voorgelegde zaak, is het gevolg hiervan dat de rechter aldus op basis van de *feiten* in de desbetreffende *procedure* recht kan vormen. De eerste vraag is nu of de afwezigheid van feiten rechtsvorming door de rechter óen dus (ook) een rechtersregelingó onmogelijk maakt.⁵⁴

Een instemmend antwoord op deze vraag wordt in de literatuur ten eerste gegeven op grond van het argument dat de rechter slechts tot rechtsvorming kan komen in het kader van de berechting van een concreet rechtsgeschil,⁵⁵ omdat hij anders een deel van de wetgeverstaak over neemt.⁵⁶ Het tweede argument wordt gevonden in de rechtsontwikkeling. Rechtsontwikkeling is immers voor een belangrijk deel een dynamisch proces, gebaseerd op tegenstellingen; juist de feiten van het concrete geval kunnen aanknopingspunten verschaffen voor de (her)formulering van een bepaalde rechtsregel.⁵⁷ Doordat de rechter geconfronteerd wordt met de concrete belangentegenstellingen heeft hij een beter beeld van de binnen de samenleving bestaande rechtsbehoefte. Ter illustratie: de jurisprudentie ontwikkelt zich van geval tot geval, het maken van rechtersregelingen staat daar haaks op.⁵⁸ Tot slot wordt in de literatuur betoogd dat wanneer de rechter zich losmaakt van de concrete zaak, hem de belangrijkste rechtvaardiging voor de rechtsvorming ontvalt.⁵⁹ Een van de belangrijkste bronnen ter legitimering van rechterlijke rechtsvorming bestaat volgens Köhne in de beperking ervan tot die rechtsvorming die noodzakelijk is voor de beslechting van het aan de rechter voorgelegde geschil.⁶⁰

Teuben en Giesen zijn echter van oordeel dat het soms (juist) heel goed *mogelijk* is om recht te vormen los van de specifieke casuspositie van het voorliggende geschil.⁶¹ Teuben geeft onder meer als voorbeeld de zogenoemde 50%-regel, die de Hoge Raad heeft geformuleerd in het arrest IZA/Vrelink, inzake de invulling van de 50% (art. 6:101 BW) van voetgangers en fietsers bij aansprakelijkheid van een automobilist.⁶² De regel werd geheel ten overvloede, als *obiter dictum*, geformuleerd. Daarnaast kan een regel door de rechter worden geformuleerd aan de hand van het concrete geval, maar een reikwijdte tot (ver) buiten dat concrete geval hebben. De feiten van een concreet geval zijn dus niet altijd onmisbaar bij rechtsvorming; het zal uiteindelijk afhangen van de rechtsvraag die aan de orde is, in hoeverre de rechter deze ook zonder concrete feiten zal kunnen beantwoorden. Hoe algemener de rechtsvraag die aan de orde is, hoe minder bij de beantwoording daarvan de aanwezigheid van een concreet geval werkelijk noodzakelijk is.⁶³ In dit verband wordt in de literatuur wel verdedigd dat bij kwesties van formeel recht de rechter in grotere onafhankelijkheid kan komen van de feiten dan bij kwesties van het materiële recht.⁶⁴

⁵³ Rijkema 2001, p. 14.

⁵⁴ Teuben 2004, p. 40.

⁵⁵ Brenninkmeijer 1989, p. 1623, Kapteyn 1989, p. 1649 en Rijkema 2001, p. 17.

⁵⁶ Den Tonkelaar 2002, p. 542.

⁵⁷ Kapteyn 1989, p. 1649 en Teuben 2004, p. 40.

⁵⁸ Kapteyn 1989, p. 1651.

⁵⁹ Rijkema 2000, p. 719-721.

⁶⁰ Köhne 1997, p. 184. Zie ook Kwak 2003, p. 70 over situaties waarin ter legitimatie door de rechter 50%-concretisering dan wel 50%-abstractisering dient te worden door de rechter.

⁶¹ Giesen 2007, p. 86 en Teuben 2004, p. 41-42.

⁶² HR 28 februari 1992, *NJ* 1993, 566.

⁶³ Teuben 2004, p. 41-42. Vranken 2009, p. 1085-1086 geeft aan dat de Hoge Raad de vrijheid neemt middelen ruim op te vatten en uitspraken te doen over niet in de middelen opgenomen klachten. Daarmee grijpt de Hoge Raad een casus aan om rechtsvormend op te treden. Rechtsvorming wordt bovendien meer dan eens uitdrukkelijk aangekondigd, bijvoorbeeld wanneer hij overweegt dat bij de beoordeling van de middelen het volgende moet worden vooropgesteld. Een vergelijking met 1988, 1998 en 2008 laat zien dat het gebruik van deze techniek toegenomen is: van 15% via 22,5% naar 32%. Daarnaast zijn er nog de overwegingen ten overvloede. Zie ook Vranken 2009, p. 1088-1089 over de behoefte aan feitelijke grondslag: de driedeling van Monahan en Walker.

⁶⁴ Rijkema 2000, p. 719-721.

Eveneens wordt ten aanzien van de *ö*processuele context *ö* van een concreet geschil betoogd dat deze onmisbaar is bij de rechtsvorming door de rechter. Hierbij wordt ten eerste gewezen op waarborgen waarin de gerechtelijke procedure voorziet en daarnaast wordt het standpunt onderbouwd met een verwijzing naar het debat tussen partijen dat normaal gesproken in een procedure plaatsvindt. Partijen dragen immers over en weer de relevante feitelijke stellingen en juridische argumenten aan, waardoor is verzekerd dat de zaak van beide zijden wordt belicht. Bij het vaststellen van een rechtersregeling zijn juist ook deze procedurele waarborgen niet aanwezig.⁶⁵ Teuben geeft daarentegen aan dat ook geen debat tussen partijen plaatsvindt in de cassatieprocedure bij de Hoge Raad en dat juist daar rechtsvorming plaatsvindt. Daarnaast is ook lang niet altijd sprake van een debat tussen partijen in feitelijke aanleg: bij verstek of wanneer de standpunten (en aangevoerde feiten) van een partij door de wederpartij niet worden betwist.⁶⁶

Aan de hand van het voorgaande kan worden geconcludeerd dat het soms *mogelijk* is om recht te vormen los van het concrete geschil, bijvoorbeeld door middel van een rechtersregeling. Maar ook wanneer beslissingsruimte mogelijkerwijze wel zou kunnen worden ingevuld los van het concrete geschil, dient nog de vraag te worden beantwoord of het *aanvaardbaar* is om totaal los van het concrete geschil recht te vormen. In de deze subparagraaf bleek reeds dat veel schrijvers juist met dit laatste moeite hebben; is er nog wel sprake van rechtspraak wanneer *ex ante* door rechters tot rechtsvorming wordt overgegaan?

In de volgende subparagrafen worden zodoende de volgende twee elementen die mede karakteristiek zijn voor rechtspraak besproken, te weten: de met waarborgen omklede procedure en de (van partijen) onafhankelijke rechter.⁶⁷

2.3.4 Procedurele waarborgen

Wanneer de rechter een concreet geval voorgelegd krijgt, bieden de procedurele waarborgen zoals de openbaarheid, de motiveringsplicht en de daarmee gepaard gaande controleerbaarheid, en vooral de argumenten en contra-argumenten in het geding het tegenwicht bij het ontbreken van periodieke verkiezingen van rechters.⁶⁸ De rechter als beslechter van een geschil in een met waarborgen omklede procedure vormt een belangrijke rechtvaardiging of legitimatie voor het feit dat de rechter aldus ook een bepaalde vorm van overheidsmacht uitoefent.⁶⁹ Snijders geeft aan dat bij de wetgever en het bestuur juist weer deze waarborgen van het procesrecht ontbreken die een kans op ongelukken bij beslissingen minimaliseren.⁷⁰ Er kan zodoende worden gesteld dat een met bijzondere waarborgen omgeven rechtsgang en het rechtmatigheidsoordeel kenmerken zijn voor de functie rechtspraak.⁷¹

In de literatuur wordt betoogd dat het bij de rechtsvormende taak van de rechter noodzakelijk is dat de rechter zo nauwsluitend mogelijk verbinding weet te leggen met de groeiende maatschappelijke consensus op een bepaald punt.⁷² Via het vereiste van hoor en wederhoor *ex art. 19 Rv* en *art. 6 EVRM*, zou de rechter deze verbinding kunnen leggen. Betoogd is dat het beginsel van *fair trial* niet alleen gelijke, maar ook goede en voldoende proceskansen voor de partijen in het geschil vereist. Het *agadum audiat et altera pars*, dat een elementair beginsel van procesrecht tot uitdrukking brengt,⁷³ wordt dan ook geacht het recht van beide partijen te omvatten om hun mening kenbaar te maken over alle stukken die aan de rechter ter beschikking zullen staan bij het vormen van een oordeel over het geschil. De regel dat de rechter zijn uitspraak grondt op hetgeen ter zitting naar voren is gekomen en op de stukken in het procesdossier vormt hierbij het sluitstuk.⁷⁴ Zodoende kan worden gezegd dat rechtspraak niet alleen gericht is op de juiste beslissingen, maar ook (primair) op een juiste behandeling van

⁶⁵ De vraag naar de toepasselijkheid van de rechtersregeling op het concrete geval kan in een procedure natuurlijk wel onderworpen zijn aan de processuele waarborgen.

⁶⁶ Teuben 2004, p. 46-47.

⁶⁷ Teuben 2004, p. 50.

⁶⁸ Kapteyn 1989, p. 1649-1650.

⁶⁹ Teuben 2004, p. 51.

⁷⁰ Snijders 1997, p. 1793.

⁷¹ Bovend-Eert 2008, p. 3.

⁷² Brenninkmeijer 1989, p. 1622.

⁷³ Van Mierlo Tekst & Commentaar 2008, aantekening 1 bij art. 19 Rv.

⁷⁴ Kapteyn 1989, p. 1649-1650.

de partijen in het geding. Veel beginselen van behoorlijke rechtspleging houden hierop toegespitste waarborgen in.⁷⁵

Het vaststellen van een rechtersregeling geschiedt voorafgaand aan de geschillen waarop deze van toepassing is. Bij het tot stand komen van een rechtersregeling ontbreken deze procedurele waarborgen dan ook voor justitiabelen. Rechtersregelingen kunnen dan ook niet gelegitimeerd worden door een parallel met de rechtsvorming via jurisprudentie.⁷⁶

Men zou daarentegen de inbreng van partijen kunnen relativeren door te betogen dat het beginsel van hoor en wederhoor enkel ziet op de feiten en dat de rechter ook in een concreet geschil de rechtsgronden kan aanvullen op grond van art. 25 Rv.⁷⁷ Daar staat echter tegenover dat óhoewel uit art. 19 Rv niet een algemene verplichting voor de rechter is af te leiden om een eventuele aanvulling van rechtsgronden op basis van art 25 Rv eerst met partijen te besprekenó de rechter er verstandig aan doet de niet aangevoerde rechtsgronden eerst te bespreken met partijen. Zij kunnen dan hun visie geven en indien nodig hun stellingen aanpassen zodat een óverrassingsbeslissingó wordt voorkomen.⁷⁸

Een tegenwicht tegen het ontbreken van processuele waarborgen (en het ontbreken van de mogelijkheden die de formele wetgever heeft, zie §1.3.2) zou men overigens kunnen vinden in het argument dat de rechter meer mogelijkheden zou hebben tot informatievergaring buiten de berechting van het concrete geschil om, en zo nodig tot overleg met een ruimere kring van óbelanghebbendenó zou kunnen overgaan.⁷⁹ Wanneer een rechtersregeling tot stand is gekomen na overleg met belanghebbenden en op grond van gedegen informatievergaring, bestaat een grotere waarborg voor democratische legitimatie van deze regeling dan bij afwezigheid van dit overleg en deze informatievergaring. De dienovereenkomstig tot stand gebrachte rechtersregeling zal bij voldoening aan de drie nog te bespreken voorwaarden zodoende ózeker qua democratische legitimatieó als een acceptabele (goede) aanvulling op rechtsvorming door de formele wetgever en rechterlijke rechtsvorming in de met waarborgen omklede procedure van een concreet geschil kunnen worden beschouwd.

2.3.5 Rechterlijke onafhankelijkheid

De onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter kunnen als essentiële kenmerken van rechtspraak worden beschouwd;⁸⁰ het zijn staatsrechtelijke groundbeginselen.⁸¹ Wanneer echter een rechtersregeling tot stand wordt gebracht waarbij deze resulteert in gebondenheid daaraan van (bepaalde) rechters, impliceert dit in zekere zin dat rechters aan andere rechters voorschrijven hoe te beslissen.⁸² De vraag naar de verhouding tussen het collectief vastleggen van de wijze waarop een bepaalde beslissingsruimte wordt ingevuld en de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter dient zodoende te worden beantwoord.

Volgens Mak kan onafhankelijkheid in algemene zin worden omschreven als óde mogelijkheid voor de rechter om tot en beslissing in een concreet geval of een categorie van gevallen te komen zonder te zijn beïnvloed door druk van buitenaf of door aanwijzingen hoe te handelen en te beslissenó. De onafhankelijkheid wordt op verschillende niveaus in de rechterlijke organisatie gewaarborgd: op het niveau van het gerecht als orgaan: de rechterlijke macht ten opzichte van de politieke staatsmachten (de constitutionele onafhankelijkheid); ten aanzien van de functie rechtspraak (de functionele onafhankelijkheid); de functionaris rechterlijke ambtenaar (de rechtspositionele onafhankelijkheid) en de persoon van de individuele rechter (de feitelijke onafhankelijkheid). Het concipiëren van een rechtersregeling roept in beginsel voornamelijk vragen op in verband met de functionele en de feitelijke onafhankelijkheid.

De functionele onafhankelijkheid houdt namelijk in dat de rechter bij zijn oordeelsvorming in een concreet geval slechts gebonden is aan de bronnen die de wet of het recht aanwijst. Deze bronnen beper-

⁷⁵ Brenninkmeijer 1989, p. 1622.

⁷⁶ Köhne 1997, p. 184 -185

⁷⁷ Rijpkema 2000, p. 719-721.

⁷⁸ Van Mierlo Tekst & Commentaar 2008, aantekening 7 bij art. 19 Rv, waar verwezen wordt naar HR 30 september 1994, *NJ* 1995, 45.

⁷⁹ Teuben 2004, p. 44-45.

⁸⁰ Teuben 2004, p. 49.

⁸¹ Bellekom 2007, p. 298.

⁸² Teuben 2004, p. 27-28.

ken op een legitieme manier de beslissingsvrijheid van de rechter.⁸³ De vraag is of een rechtersregeling ook op een dergelijke legitieme manier de beslissingsvrijheid van de rechters beperkt. Mijns inziens kan deze vraag in het kader van de functionele onafhankelijkheid positief worden beantwoord. Uit de literatuur kan immers worden afgeleid dat de (functionele) onafhankelijkheid geen doel op zichzelf is, maar een middel om eerlijke rechtspraak te bewerkstelligen;⁸⁴ de onafhankelijkheid van de rechter staat in het teken van de gerechtigheid. Voor zover de onafhankelijkheid gerechtigheid niet in stand houdt of bevordert, heeft zij geen andere dan formele waarde.⁸⁵ Kortom, de rechter is gebonden aan het recht,⁸⁶ maar omdat de rechter ook een rechtsvormende taak heeft, is die grensbepaling dynamisch.⁸⁷ Teuben is van oordeel dat de rechterlijke vrijheid zodoende geen belemmering vormt voor het aanvaarden van rechtersregelingen. De individuele, oftewel: de feitelijke onafhankelijkheid stelt wel bepaalde grenzen aan de wijze van de vaststelling van rechtersregelingen: deze dienen namelijk in beginsel door alle rechters tezamen te worden vastgesteld.⁸⁸ De onafhankelijkheid komt volgens Teuben ònormaalö immers tot uiting in die zin dat de individuele rechter deel uitmaakt van de ontwikkeling van een gemeenschappelijke visie en deze door middel van zijn beslissingen in een bepaalde richting kan sturen. In vergelijking met de besluitvorming in een meervoudige kamer en precedentwerking,⁸⁹ kan men betogen dat wanneer eenmaal een bepaalde gemeenschappelijke rechtsopvatting is uitgekristalliseerd, de individuele rechter zich, behoudens goede redenen voor afwijking of verandering, hierbij dient aan te sluiten, ook al zou hij er persoonlijk een andere opvatting op na houden.⁹⁰ Met Teuben ben ik van mening dat deze redenering ook kan worden toegepast op het concipiëren van een rechtersregeling.

Eenzijds vereist de onafhankelijkheid dus dat de individuele rechters een bijdrage moeten kunnen leveren aan de totstandkoming van de gemeenschappelijke rechtsopvatting die wordt neergelegd in een rechtersregeling. Dat alle betrokken rechters dienen te participeren in het totstandkomingsproces (althans dat daartoe de mogelijkheid dient te worden geboden) zal doorgaans bovendien in een debat resulteren, hetgeen de kwaliteit van de regeling en ook de gerechtigheid ten goede zal komen. Anderzijds reikt de onafhankelijkheid niet verder dan noodzakelijk is om eerlijke rechtspraak te bewerkstelligen: wanneer eenmaal een rechtersregeling conform voorgaande is vastgesteld, zou een (geclausuleerde) gebondenheid van de betrokken rechters niet in strijd zijn met hun onafhankelijkheid. Anders dan Teuben ben ik evenwel van mening dat het constateren van een uitgekristalliseerde lijn, het vaststellen van het resultaat van het (inhoudelijke) debat, kortom: de uitsluitend òformele vaststellingshandelingö dan niet behoeft te geschieden door alle rechters gezamenlijk. De vertegenwoordigers van een gerecht öte denken valt aan de sectorvoorzitters of de gerechtshovenö zouden deze conclusie in beginsel kunnen uitdragen. Ik acht het in verband met de kwaliteit van de rechtersregeling be-

⁸³ Mak 2006, p. 373-381 zie ook Mak 2008, p. 29-30.

⁸⁴ Smits 2008, p. 265-268 en Teuben 2004, p. 27-28.

⁸⁵ Leijten 1989, p. 1661-1662.

⁸⁶ Teuben 2004, p. 27-28, Snijders 2001, p. 23-24 en Stroink 2001, p. 53.

⁸⁷ Brenninkmeijer 1989, p. 1621.

⁸⁸ Teuben 2004, p. 53. De feitelijke onafhankelijkheid houdt ook in dat de rechter in concrete gevallen op een onbevangen manier en tevens zonder schijn van vooringenomenheid oordeelt; hij moet onpartijdig zijn, zie Mak 2008, p. 16. De grenzen die de feitelijke onafhankelijkheid nog meer stelt aan het concipiëren van rechtersregelingen komen aan de orde in §2.3.6, §2.4.1 en §2.4.2. Hammerstein 2006, p. 14 vindt overtuigender en logischer om de rechterlijke onafhankelijkheid niet te zien als een persoonlijke onafhankelijkheid, doch deze te verbinden aan het gerecht waarvan de rechter deel uitmaakt. Dit heeft tot gevolg dat niet alle rechters in verband met hun onafhankelijkheid betrokken hoeven te zijn bij het vaststellen van een rechtersregeling, maar het betreffende gerecht özijnö rechters zou kunnen binden. Uit de rechtspraak van het EHRM en literatuur volgt m.i. echter dat individuele onafhankelijkheid wordt vereist: zie overzicht Snijders 2001, p. 23-24, en bijvoorbeeld EHRM 30 november 1987, Series A, vol 127-B, paragraaf 51.

⁸⁹ Mak 2008, p. 16.

⁹⁰ Teuben 2004, p. 29. Wanneer een rechtersregeling door het participeren van alle rechters op soortgelijke wijze kan worden beschouwd als gemeenschappelijke rechtsopvatting kan mijns inziens niet zonder meer worden gezegd dat de rechters door hun samenwerking het recht op toegang tot een wettelijke rechter ex art. 17 Gw overschrijden. De rechter blijft bovendien beslissen in een concreet geval, en dient ook te beoordelen of de regeling buiten toepassing dient te worden gelaten, naar aanleiding van de feiten van het voorliggende geschil. Overigens dient de rechterregeling dan wel te voldoen aan de drie nog te bespreken voorwaarden voor het vaststellen van een rechtersregeling.

langrijk dat alle betrokken rechters een bijdrage leveren aan het inhoudelijke debat over de regeling. Dit biedt zelfs een grotere waarborg voor een rechtvaardige regeling en daarop gebaseerde rechtspraak dan wanneer al deze rechters de regeling uiteindelijk formeel vaststellen (eventueel d.m.v. stemmen), maar inhoudelijk niets hebben in te brengen. Het is echter niet zeker of mijn opvatting in overeenstemming is met het geldende recht. De gerechtsbesturen kunnen conform art. 23 lid 3 Wet RO immers slechts overleg voeren met de sector- en gerechtshoven: zij beschikken niet over beslissende bevoegdheden ter zake. De vraag is of de laatste zinsnede in de weg staat aan de bevoegdheid om een uitsluitend formele vaststellingshandeling te verrichten, namelijk het formuleren van de conclusie van het inhoudelijke debat.⁹¹

Wanneer de rechters echter niet de mogelijkheid hebben gekregen om te participeren in de totstandkoming of vaststelling van een gemeenschappelijke visie, maar hen alleen de conclusie dat een rechtersregeling is vastgesteld wordt medegedeeld (bijvoorbeeld door de sectorvoorzitter of het gerechtshof), kan gebondenheid van de rechters aan deze rechtersregeling in strijd zijn met de rechterlijke onafhankelijkheid.

Bovendien wordt dan voorbij gegaan aan de grondslag voor de bindende werking van deze regelingen, namelijk *zelfbinding*; het *ex ante* invullen van beslissingsruimte op grond van de beginselen van behoorlijke rechtspleging. Omdat de mogelijkheid tot het vaststellen van een rechtersregeling steeds moet worden afgeleid uit een bepaalde rechtsprekende bevoegdheid óit de gegeven beslissingsruimte is het logisch om een orgaan met rechtsprekende bevoegdheid exclusief bevoegd te achten tot het vaststellen van rechtersregelingen.⁹² Rechtsprekende bevoegdheid komt volgens art. 112 Gw j° 2 Wet RO toe aan de rechtbanken, de gerechtshoven en de Hoge Raad. Omdat de beslissing van concrete geschillen is opgedragen aan de rechters persoonlijk (en de individuele onafhankelijkheid van de rechters eist dat alle rechters die gebonden worden aan een rechtersregeling bij de totstandkoming daarvan betrokken zijn) is de sectorvergadering dan wel de gerechtshofvergadering óafhankelijk van de reikwijdte van het onderwerp van de vast te stellen rechtersregelingó te beschouwen als bevoegd orgaan.⁹³ Alle bij een rechtersregeling betrokken rechters maken namelijk deel uit van deze gremia.⁹⁴ Zelfbinding en rechterlijke onafhankelijkheid liggen zodoende in elkaars verlengde.

Zowel rechterlijke onafhankelijkheid als zelfbinding verzetten zich er overigens niet tegen dat een rechtersregelingó die niet bevoegd is vastgesteld, door de rechters wordt overgenomen, en dus als óeigen regelingó wordt vastgesteld.⁹⁵ De óvoorbereidingó kan bijvoorbeeld geschieden door een privaatrechtelijke instelling of de Raad voor de rechtspraak; de gerechtshof- of de sectorvergaderingen dienen de regeling dan echter nog over te nemen teneinde binding daaraan (en eventueel kwalificatie als órechtó) te bewerkstelligen.

Gezien het voorgaande dient te worden geconcludeerd dat de wijze van tot stand komen van een rechtersregeling conform rechterlijke onafhankelijkheid (en in overeenstemming met de vorm van binding:

⁹¹ De besturen van de gerechtshoven hebben in het verleden wel een rechtersregeling gewijzigd vastgesteld: zie Staatscourant 2 juni 2006, nr. 106 / p. 17.

⁹² De Raad voor de rechtspraak bijvoorbeeld is dus niet bevoegd om op deze grond recht te vormen. Om de rechters wel te kunnen binden zou de Raad een regelgevende bevoegdheid moeten hebben, hetgeen neerkomt op een wettelijke bevoegdheid om regels te stellen. De Raad heeft deze bevoegdheid echter niet. De Raad voor de rechtspraak heeft op grond van art. 94 Wet RO op het terrein van de uniforme rechtstoepassing slechts een ondersteunende en faciliterende rol. Tijdens de parlementaire behandeling is er herhaaldelijk op gewezen dat de Raad hieromtrent geen beslissende bevoegdheden krijgt. Hooguit leiden de inspanningen van de Raad tot gezaghebbende publicaties die de gerechten praktische handleidingen bieden bij de toepassing van bepaalde regels. De vaststelling van bindende regelingen naar aanleiding van deze publicaties dient te geschieden door de gerechten zelf: Van Mierlo & Bart, *Parlementaire Geschiedenis Herziening van het Wet op de Rechterlijke Organisatie*, Deventer: Kluwer 2002, p. 165, 190, 203, zie ook: Agenda van de rechtspraak 2005-2008, p. 22 en 27, Mak 2008, p. 26-30 met een verwijzing naar de conclusies van de commissie-Leemhuis, en Teuben 2004, p. 148-149.

⁹³ Van Mierlo & Bart, *Parlementaire Geschiedenis Herziening van het Wet op de Rechterlijke Organisatie*, Deventer: Kluwer 2002, p. 73, 80, 95-96 en Teuben 2004, p. 100-103 en p. 133.

⁹⁴ Binnen de sectorvergadering wordt gestreefd naar besluitvorming op basis van consensus. Wanneer consensus echter niet kan worden bereikt dan dient er gestemd te worden. Hoe de stemverhoudingen liggen wordt door de wetgever niet geregeld. Uit art. 19 lid 1 Wet RO kan worden afgeleid dat het bestuur van een gerecht hiervoor nadere regels dient te stellen: Van Mierlo & Bart, *Parlementaire Geschiedenis Herziening van het Wet op de Rechterlijke Organisatie*, Deventer: Kluwer 2002, p. 339, zie ook Teuben 2004, p. 143-146.

⁹⁵ Zie ook Teuben 2004, p. 130-154.

zelfbinding) de *eerste voorwaarde* vormt teneinde een rechtersregeling uiteindelijk als acceptabele aanvulling op rechtsvorming door de wetgever of rechtsvorming door de rechter op grond van een concreet geschil te beschouwen.

2.3.6 Rechterlijke onpartijdigheid

Daarnaast dient een rechter neutraal te zijn ten opzichte van het concrete geschil, oftewel: onpartijdig.⁹⁶ De situatie kan zich voordoen dat een rechter die persoonlijk betrokken is geweest bij de totstandkoming van een bepaalde rechtersregeling, vervolgens moet beslissen in een zaak waarin de toepassing van diezelfde rechtersregeling aan de orde is. Komt dit in strijd met de rechterlijke onpartijdigheid?

Deze situatie is in de jurisprudentie niet expliciet aan de orde geweest, maar ter bepaling van strijd met het onpartijdigheidvereiste ex art. 6 EVRM zijn twee elementen van belang: het moet gaan om dezelfde vraag waarover de rechter zich bovendien in twee verschillende hoedanigheden uitspreekt.⁹⁷ Net als Teuben ben ik van oordeel dat van een beslissing over dezelfde vraag in het algemeen geen sprake zal zijn als het enkel gaat om het feit dat dezelfde rechter eerst betrokken is geweest bij de vaststelling van een bepaalde rechtersregeling en hij die regeling vervolgens in een concrete zaak moet toepassen.⁹⁸ Moeilijker zou het kunnen zijn als een partij de regeling inhoudelijk als onjuist buiten toepassing zou willen laten. Maar wil sprake zijn van strijd met onpartijdigheidvereiste dan moet het in het algemeen nog gaan om het geval dat de rechter zich in twee hoedanigheden, die naar hun aard verschillen, over de regeling uitspreekt.⁹⁹ Volgens Teuben is het vaststellen van een rechtersregeling niet te zien als wetgeven, maar net als het toepassen op het concrete geval te kwalificeren als handelen binnen de rechterlijke hoedanigheid. Dit kan anders zijn wanneer de inhoud van de rechtersregeling niet alleen berust op juridische overwegingen, maar mede wordt beïnvloed door bestuurlijke afwegingen, zoals de productienormen of de financiële middelen die het gerecht ter beschikking staan.¹⁰⁰ Mijns inziens moet daarnaast gedacht worden aan een veelvoud aan mogelijke bijkomende omstandigheden die (in verband met mogelijk handelen buiten de rechterlijke hoedanigheid) het vaststellen van een rechtersregeling eventueel toch in strijd met de rechterlijke onpartijdigheid kunnen doen zijn, zoals de situatie dat de (beoogde) rechtersregeling betrekking heeft op een politiek gevoelig onderwerp of wanneer er eventueel ongewenste neveneffecten aan de rechtersregeling verbonden zijn.

2.4 Politiek en eigenbelangen

2.4.1 Politiek gevoelige en maatschappelijk omstreden onderwerpen

De rechterlijke onpartijdigheid kan dus in het gedrang komen wanneer de rechters beslissen over zogenaamde politieke kwesties.¹⁰¹ Hiermee bedoel ik in dit verband onderwerpen die binnen de samenleving omstreden zijn, bijvoorbeeld doordat grote belangentegenstellingen zijn waar te nemen.¹⁰²

⁹⁶ Bovend-Eert 2008, p. 17 en 33. Zie ook Smits 2008, p. 301: 'Het recht moet voor een ieder gelijk zijn en niet afhangen van de individuele inzichten van elke afzonderlijke rechter. In zoverre kan men zeggen dat de onafhankelijkheid van de rechter en de gelijkheid van justitiabelen twee kanten van één medaille zijn.' De rechter is dus in beginsel gebonden aan de gemeenschappelijke rechtsopvatting: de 'conclusie' van het debat.

⁹⁷ EHRM 28 september 1995, NJ 1995, 667.

⁹⁸ 'Het formuleren van een in min of meer algemene bewoordingen gestelde regeling is immers nog niet hetzelfde als het toepassen van die regeling op de feiten van een concreet geval': Teuben 2004, p. 198, ter onderbouwing verwijzende naar de noot van Verhey in AB 2000, 269 bij EHRM 8 februari 2000, NJ 2001, 611.

⁹⁹ EHRM 8 februari 2000, NJ 2001, 611.

¹⁰⁰ Teuben 2004, p. 197-200.

¹⁰¹ Rijkema 2001, p. 17-18. Zie bijvoorbeeld ook HR 12 mei 1999, NJ 2000, 170 en HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 over politieke kwesties en het Rapport Commissie Hammerstein 2008, p. 48 vermeldt met betrekking tot de bespreking van het middel cassatie in belang der wet dat een omstreden rechtsvraag die een afweging van politieke standpunten vergt, behoort te worden opgelost door de wetgever.

¹⁰² 'Een onomstreden definitie van wat politiek is, valt niet te geven, eerder is er sprake van een 'wezenlijk betwist begrip' en daarover valt ook nog te twisten' zie: Brenninkmeijer 1998, p. 61-66. Zie bijvoorbeeld ook Stalker 1993, p. 54-58 en ook de Van Dale geeft geen definitie van politiek dat beperkt genoeg is om onderscheidend vermogen te bezitten.

Veel schrijvers zijn het er over eens dat het niet goed is als de rechter zich in een politieke rol laat drukken, het gezag, de imago van een instantie tot welke ieder zich in vertrouwen moet kunnen wenden, wordt dan ondermijnd.¹⁰³ Daartegenover staat dat de wetgever op grote schaal gebruik maakt van open en vage normen, wat meebrengt dat de rechter eerder ook met politieke kwesties te maken zal krijgen.¹⁰⁴ Zodoende is op deze plaats niet de vraag van belang of de rechter zich met politieke kwesties bezighoudt,¹⁰⁵ maar juist de vraag waar de grenzen van dat bezighouden zouden moeten liggen.¹⁰⁶ In de literatuur wordt ten aanzien van rechtersregelingen in dit kader wel betoogd dat deze alleen kunnen betreffen het niet wezenlijke van de rechtspraak,¹⁰⁷ de beleidsneutrale onderwerpen,¹⁰⁸ bijvoorbeeld reglementen die aangeven wanneer zittingen plaatsvinden en welke zaken dan worden behandeld, of reglementen met betrekking tot de openingstijden van de griffies of de wijze van indienen van de stukken.¹⁰⁹ Daarnaast wordt gepleit voor een onderscheid tussen rechtersregelingen met betrekking tot het procesrecht enerzijds en rechtersregelingen met betrekking tot het materiële recht anderzijds. Alleen op het eerstgenoemde gebied zouden rechtersregelingen aanvaardbaar zijn.¹¹⁰ Mijns inziens dienen de grenzen niet gevonden te worden in een dergelijk onderscheid. Hoewel kan worden betoogd dat procesrechtelijke regels wellicht naar hun aard beter dan materieelrechtelijke onderwerpen zijn toegerust bij de rechter, kunnen immers procesrechtelijke onderwerpen ook politiek gevoelig zijn en zal niet ieder materieelrechtelijk onderwerp maatschappelijk omstreden zijn.¹¹¹ Stolker heeft in verband met het bepalen van de grenzen van rechterlijke rechtsvorming aan de hand van een concreet geschil een *ögezichtspuntencatalogus* ontwikkeld, welke gedeeltelijk analoog kan worden toegepast op de rechtersregeling. Aan de hand daarvan zouden de rechters kunnen beoordelen of een bepaald onderwerp door hen kan worden geregeld, dan wel dat de wetgever dit onderwerp dient te regelen. Wanneer de volgende gezichtspunten aan de orde zijn, kunnen de rechters beter geen (abstracte, algemene) regel formuleren: de regel zou in strijd komen met het stelsel van de wet, de regel komt in strijd met een duidelijke regel in de wet, er bestaat geen of nog geen consensus in de publieke opinie of het concipiëren van een regeling doorkruist wetgeving in de maak.¹¹² De laatste twee elementen zijn interessant om in dit verband nader te bespreken.

Teneinde te kunnen bepalen of rechters dienen terug te treden wanneer er geen consensus bestaat in de publieke opinie zijn drie situatietypes te onderscheiden. Het eerste type wordt gekenmerkt door een grote behoefte aan orde en door afwezigheid van belangrijke onderliggende waardeoordelen, bijvoorbeeld bij verkeersregels. De (te vormen) regels op dit terrein zijn het best toegerust bij de formele wetgever. Het tweede type kenmerkt zich door de aanwezigheid van belangrijke, voor het ogenblik niet of nauwelijks betwiste waardeoordelen, die overigens wel een verdere uitwerking en ontwikkeling vergen. Wanneer de wetgever dan open normen formuleert, is het voor de rechterlijke macht mogelijk aan de wettelijk vastgestelde waardeprioriteiten een soepele uitvoering te geven. Rechtersregelingen zijn dan minder bezwaarlijk. Het derde situatietype wordt gekenmerkt door de aanwezigheid van belangrijke waardeconflicten. Als zich deze situatie voordoet, moet het formuleren van algemene regels, waarbij de ene fundamentele waarde boven een andere wordt verkozen, zoveel mogelijk worden uitgesteld. De rechter zal in afwachting van een algemeen geldende wettelijke regel in beginsel een oplossing moeten vinden die zo dicht mogelijk bij het concrete geval blijft; een rechtersregeling is op deze plaats dus niet gewenst.

¹⁰³ Rijpkema 2001, p. 218, Stolker 1993, p. 54-58 en Taekema 2001, p. 140.

¹⁰⁴ Het is ook niet onwaarschijnlijk dat dergelijk kwesties bewust aan de rechter worden overgelaten door de wetgever, bijvoorbeeld om een beschuldiging van kiezersbedrog te voorkomen.

¹⁰⁵ Bijvoorbeeld Brenninkmeijer 1998, p. 61-66: *öIn die zin naderen recht en politiek alsmede de taak van de rechter en van de politiek elkaar.*

¹⁰⁶ Rood 1993, p. 6-7.

¹⁰⁷ Petri 1989, p. 1666.

¹⁰⁸ Köhne 1997, p. 183-191.

¹⁰⁹ Petri 1989, p. 1666.

¹¹⁰ Stroink 2001, p. 53-54 en Teuben 2004, p. 115-116.

¹¹¹ Ook van mening dat niet alleen procesrechtelijke rechtersregelingen mogelijk zijn: Giesen 2007, p. 50, Snijders 2001, p. 19, Stroink 2001, p. 53-54 en Teuben 2004, p. 115-116. In hoofdstuk 3 zal duidelijk worden of procesrechtelijke onderwerpen daadwerkelijk minder politiek gevoelig zijn.

¹¹² Stolker 1993, p. 69-70.

Ten aanzien van alle drie de situatietypen (niet enkel het tweede type) zou men echter kunnen betogen dat het stilzitten van de wetgever, de rechter(s) toch de bevoegdheid kan geven om een algemene regel te formuleren met een hogere graad van abstractie. Hetzelfde geldt bij het gebruik door de wetgever van vage en open normen; wanneer de wetgever bewust de nadere invulling van de wettelijke regeling aan het billijkheidsoordeel van de rechter heeft overgelaten.¹¹³ Deze bevoegdheid zou dan ook aanwezig zijn bij politiek omstreden kwesties. In de literatuur wordt betoogd dat de vast te stellen regel c.q. de gekozen oplossing dan slechts dient te vallen binnen de marges van de billijkheid, binnen het systeem van het wetboek.¹¹⁴

Naar mijn oordeel kunnen rechtersregelingen in het tweede situatietype geoorloofd zijn. Bij de politiek gevoelige situatietypen 1 en 3 óók al heeft de wetgever dit onderwerp aan het billijkheidsoordeel van de rechters overgelaten ó dient gewaakt te worden tegen het formuleren van een abstracte regel, ondanks dat een algemene regel op dat moment meer rechtszekerheid biedt.¹¹⁵ De rechterlijke onpartijdigheid komt dan immers in het gedrang. Het ligt in principe op de weg van de wetgever om de leemte op te vullen.¹¹⁶ Wanneer de wetgever stil blijft zitten, dient de rechter naar mijn oordeel in beginsel tot een oplossing te komen in de met waarborgen omklede procedure van het concrete voorliggende geval.

Dezelfde terughoudendheid dienen de rechters in alle drie de situatietypen in acht te nemen indien zij het risico lopen met de rechtersregeling het wetgevingsproces te doorkruisen.¹¹⁷ Wettelijke regels stellen immers grenzen aan de beslissingsbevoegdheid van de rechters, zodat deze wettelijke regels in rang boven de lagere rechtersregelingen staan. Van de rechters kan dan ook een gepaste ówachttijd worden gevergd voordat zij, bij het dreigende vastlopen van het wetgevingsproces, toch overgaan tot het vaststellen van een rechtersregeling.

2.4.2 Neveneffecten van een regeling en het eigen belang van de betrokken rechters

Het is een feit dat rechters zich niet zo breed kunnen oriënteren als voor veel regelgeving noodzakelijk en wenselijk is. Om te peilen wat politiek en maatschappelijk leeft ten aanzien van een bij wet te regelen onderwerp maakt de formele wetgever doorgaans gebruik van een zogenaamd voorontwerp van wet. De bedoeling daarvan is om reacties in te winnen van adviesgroepen, belangenorganisaties en wetenschappelijke instellingen.¹¹⁸ Hoewel de raadpleging van instanties vaak veel tijd vergt, kan men zeggen dat de regelgeving niet zonder die raadpleging kan.¹¹⁹ Deze procedure zorgt er ook voor dat de (lange termijn) consequenties c.q. neveneffecten van een bepaalde beoogde regeling aan het licht komen, als gevolg waarvan de regeling zo nodig aangepast kan worden. Men zou zodoende kunnen betogen dat rechters bij gebreke van een zodanige procedure niet geoutilleerd en ingesteld zijn om algemene rechtsregels te vormen. Zij hebben immers minder oog voor de (lange termijn) consequenties c.q. neveneffecten van hun handelen.¹²⁰

Het zou echter in strijd zijn met de taak van de rechters in een democratische rechtsstaat als zij zich blind zouden houden voor maatschappelijke consequenties van hun rechtsvorming.¹²¹ De rechters dienen zich derhalve af te vragen of vaststelling van de in hun ogen juridisch juiste interpretatie van de regel niet zodanige neveneffecten heeft dat zij zich van een rechtsvormend oordeel dienen te onthouden. Een neveneffect kan ook gekoppeld zijn aan een (duidelijk) eigen belang van de rechters of het gerecht waartoe zij behoren, bijvoorbeeld wanneer de regeling naar verwachting tot een toestroom van zaken zal leiden als gevolg waarvan een uitbreiding van de formatie en budgetten zal plaatsvinden. Een dergelijk eigen belang van de rechters vormt naar mijn oordeel des te meer reden om niet tot het concipiëren van een rechtersregeling over te gaan; slechts een zeer overtuigende grondslag voor de

¹¹³ Stolker 1993, p. 69-70 en Teuben 2004, p. 51.

¹¹⁴ Lindahl 2001, p. 173-174, Rijpkema 2008, p. 2754-2758 en Stolker 1993, p. 54-58.

¹¹⁵ Stolker 1993, p. 69-70.

¹¹⁶ Teuben 2004, p. 110.

¹¹⁷ Stolker 1993, p. 75.

¹¹⁸ Bellekom 2007, p. 243 e.v., Snijders 1997, p. 1794 en Stolker 1993, p. 72.

¹¹⁹ Stolker 1993, p. 72.

¹²⁰ Giesen & Schelhaas 2008, p. 134.

¹²¹ Rijpkema 2008, p. 2757-2758.

gemaakte keuze(s) kan dergelijke rechtsvorming nog aanvaardbaar maken.¹²² Machtsconcentratie en/of onjuiste overwegingen liggen immers op de loer.

Uit §2.3.6, §2.4.1 en §2.4.2 volgt dat de *tweede voorwaarde* voor het vaststellen van een rechtersregeling inhoudt dat een rechtersregeling niet betrekking mag hebben op een politiek gevoelig c.q. maatschappelijk omstreden onderwerp en dat de rechters geen eigen belang mogen hebben bij de te concipiëren regeling. De rechterlijke onpartijdigheid komt anders in het gedrang, respectievelijk: machtsconcentratie ligt in het verschiet.

2.5 Behoeftte aan rechtseenheid, rechtsgelijkheid en rechtszekerheid

2.5.1 Betekenis en gevolgen van de open normen

Zoals we hebben gezien is een rechtersregeling een instrument om de wettelijk gegeven beslissingsruimte, de open normen, in te vullen. De ene open norm is de andere natuurlijk niet. De vraag die zodoende beantwoording behoeft, is: kan in het algemeen worden geconstateerd dat ten aanzien van een bepaalde vorm van beslissingsruimte meer behoefte bestaat aan een rechtersregeling en dat deze open normen beter geschikt zijn voor *ex ante* invulling? Er zijn grofweg twee categorieën beslissingsruimte te onderscheiden, te weten: beleidsruimte en interpretatieruimte.

Ten eerste kan een wetsartikel de rechter binnen zekere grenzen de ruimte bieden om een keuze te maken uit enkele alternatieven, die elk als rechtens juist kunnen worden beschouwd. Deze keuzeruimte vinden wij terug bij een discretionaire bevoegdheid en bij de bevoegdheid tot het bepalen van de hoogte van vergoedingen. Een discretionaire bevoegdheid ówaarvan de ökan-bevoegdheidö deel uit maaktó biedt de rechter in sommige gevallen een zekere ruimte om toepassing daarvan achterwege te laten of brengt in die zin beslissingsruimte mee dat de rechter de inhoud van een te nemen beslissing in meerdere of mindere mate zelf kan bepalen. Zie bijvoorbeeld art. 22 Rv: öDe rechter *kan* in alle gevallen en in elke stand van de procedure partijen of een van hen bevelen bepaalde stellingen toe te lichten, of op de zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen (í)ö.

De bevoegdheid tot het bepalen van de hoogte van vergoedingen is verwant aan deze discretionaire bevoegdheid, maar de bevoegdheid ter bepaling van de hoogte van vergoedingen gaat minder ver. Afhankelijk van de strekking van een regel of grond waarop de rechter een vergoeding toekent, bestaat er altijd een bepaalde marge waarbinnen meer bedragen als rechtens juist kunnen worden beschouwd, terwijl aan de wet zelf geen verdere aanknopingspunten zijn te ontleen voor de bepaling van de hoogte daarvan. Denk bijvoorbeeld aan de berekening van de ontslagvergoedingen op grond van art. 7:685 lid 8 BW: öIndien de rechter het verzoek inwilligt wegens veranderingen in de omstandigheden kan hij, zo hem dat met het oog op de omstandigheden van het geval *billijk* voorkomt, aan een van de partijen ten laste van de wederpartij *een vergoeding* toekennen (í)ö.

Deze twee vormen van beslissingsruimte óde discretionaire bevoegdheid en het bepalen van de hoogte van vergoedingenó worden ook wel *beleidsruimte* genoemd.¹²³ Hoewel deze beleidsruimte de rechter ruime mogelijkheden laat, moet benadrukt worden dat de rechter gebonden is aan grenzen, namelijk aan de grenzen die de wettelijke bepaling zelf stelt, bijvoorbeeld de voorwaarden voor toepassing van de bevoegdheid of regel. De rechter heeft in beginsel het oordeel van de wetgever ter zake te respecteren.¹²⁴ Daarnaast kan de beleidsruimte van de rechter worden beperkt doordat deze wordt ingevuld door vaste jurisprudentie (van hogere rechters) of door andere geschreven of ongeschreven rechtsregels.

Ten tweede kan een wettelijke bepaling de rechter een beperktere beslissingsruimte bieden, waarbij uiteindelijk slechts één oplossing als rechtens juist kan worden aanvaard, maar wel redelijkerwijs verschil van mening mogelijk is over de vraag welke oplossing de rechtens juiste is. Dit is onder meer het geval wanneer de rechter dient te bepalen of aan bepaalde voorwaarden voor toepassing van de betreffende wettelijke regel is voldaan, waarbij hij zo nodig de betekenis van de regel nader vaststelt, dat wil zeggen: de regel interpreteert. Is een kort geding bijvoorbeeld een öhoofdzaakö conform art. 700 lid 3 Rv? Deze vorm van beslissingsruimte wordt *interpretatieruimte* genoemd.

¹²² Rijpkema 2008, p. 2758, Loth 2001, p. 116 en De Wild 2001, p. 121.

¹²³ Teuben 2004, p. 80-82.

¹²⁴ Rijpkema 2001, p. 179 en Snijders 2001, p. 22.

Naast deze vormen van beslissingruimte, bestaan mengvormen en combinaties van beleidsruimte en interpretatieruimte. Een wettelijke regel dient bijvoorbeeld eerst op toepasbaarheid op het concrete geval te worden beoordeeld, waarna door de rechter dient te worden besloten of de in de wettelijke regel opgenomen bevoegdheid gebruikt gaat worden. De ötypischeö gevallen van beide vormen van beslissingsruimte vormen hierbij de uiterste markeringspunten op een glijdende schaal.

Net als Teuben ben ik van mening dat het onderscheid in beleidsruimte en interpretatieruimte van belang is bij de beoordeling van de geschiktheid van en de behoefte aan invulling van de beslissingsruimte door middel van een rechtersregeling. Wanneer de lagere rechter een uitspraak doet in een geval waar hij beleidsruimte heeft, zal (uiteindelijk) de Hoge Raad óals al rechtsmiddelen openstaanó deze uitspraak hoogstens slechts marginaal kunnen toetsen, namelijk of de rechter de grenzen van de hem toekomende beleidsruimte (niet) heeft overschreden.¹²⁵ Met deze beperkte toetsingsmogelijkheid kan de Hoge Raad in beginsel niet (door een normstellende/richtinggevende uitspraak) handhaven en dus bewerkstellingen dat in gelijke gevallen (ongeveer) gelijk wordt beslist door de lagere rechters. Wanneer de rechter echter interpretatieruimte heeft, is zijn uitspraak in beginsel te beschouwen als örechtsbeslissingö die in cassatie volledig op juistheid kan worden getoetst, zodat de Hoge Raad in beginsel wel als rechtseenheidsvoorziening kan functioneren (door als hoogste rechter de rechtsvraag zelf duidelijk te beantwoorden).¹²⁶

In principe zal de rechter de beslissingsruimte moeten invullen op grond van de specifieke omstandigheden van het concrete voorliggende geval. Naarmate de rechters echter meer beslissingsruimte hebben en er geen of een beperkte rechtseenheidsvoorziening is óomdat zoals bij beleidsruimte toetsing in cassatie hoogstens slechts marginaal geschiedtó kunnen rechtersregelingen in beginsel gewenst zijn om verscheidenheid en tegenstellingen te vermijden.¹²⁷ Ten aanzien van beleidsruimte zal dan ook normaliter meer behoefte bestaan aan invulling daarvan via een rechtersregeling (die als recht kan worden gekwalificeerd) dan bij interpretatieruimte. Wanneer bij interpretatieruimte echter geen rechtsmiddelen openstaan, hebben we *de facto* te maken met beleidsruimte; bij gebrek aan een voldoende önormaleö rechtseenheidsvoorziening kan behoefte ontstaan aan een rechtersregeling.¹²⁸

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat het voorzien in een behoefte aan rechtseenheid en rechtszekerheid óals argumenten voor en het doel van het vaststellen van een rechtersregelingó als **derde voorwaarde** voor het vaststellen van een rechtersregeling dient te worden beschouwd.

Maar in hoeverre kan een rechtersregeling in het algemeen in de bedoelde behoefte aan eenheid en rechtszekerheid voorzien?

¹²⁵ Teuben 2004, p. 203-215. Thans onderwerpt de Hoge Raad onder bijzondere omstandigheden (bijv. rechtseenheid) gemengde beslissingen aan een ruimere cassatiecontrole, zie: HR 16 mei 1986, NJ 1987, 251 en HR 24 april 1992, NJ 1993, 643. De Commissie Hammerstein heeft nogmaals benadrukt dat klachten over zaken die berusten op aan de lagere rechter voorbehouden waarderingen van feitelijke aard dan wel berusten op procesbeleid van de rechter (vooral feitelijke en gemengde beslissingen) in beginsel niet worden geacht in cassatie thuis te horen. Misschien dat deze zaken in de toekomst via een selectiemechanisme wegens een gebrek aan belang in cassatie niet-ontvankelijk worden verklaard: Rapport Commissie Hammerstein 2008, p. 24-25 en 41-47.

¹²⁶ Teuben 2004, p. 80-86 en p. 118: Van binding aan een rechtersregeling omtrent vragen van wetsinterpretatie zou dus eigenlijk pas echt sprake kunnen zijn wanneer de Hoge Raad de vraag overeenkomstig de rechtersregeling heeft beantwoord.

¹²⁷ Bovend-Eert 2008, p. 91. Wanneer in een veelheid van gevallen naar het oordeel van de rechter een algemene factor is te ontwaren die bepalend moet worden geacht voor dit oordeel, kan het vanuit het oogpunt van rechtszekerheid en rechtseenheid gerechtvaardigd zijn om daar toch een algemene keuze in te maken via een rechtersregeling: Brenninkmeijer 1989, p. 1627 en Rijkema 2008, p. 2754-2758. Het ontbreken van rechtsmiddelen kan overigens ook een argument tegen het vaststellen van een rechtersregeling opleveren. Er bestaat in dat geval immers voor justitiabelen noch de mogelijkheid om vooraf invloed uit te oefenen op het besluitvormingsproces van de rechters door het gebrek aan verkiezingen, noch hebben zij de mogelijkheid om achteraf invloed uit te oefenen op een eventuele onjuiste beslissing (gegrond op en rechtersregeling) door het instellen van een rechtsmiddel. Zie ook: Rijkema 2008, p. 2757 en Stolker 1993, p. 83. Deze situatie illustreert m.i. het belang van het tot stand komen van een rechtersregeling conform de eisen van de rechterlijke onafhankelijkheid en het vereiste dat de regeling geen politiek gevoelig onderwerp betreft waarbij de rechters een eigen belang bij hebben.

¹²⁸ Teuben 2004, p. 114-126. Zie ook Jongbloed 2001, p. 14-22: het bevorderen van de rechtseenheid is een belangrijke functie van rechtsmiddelen. Met een rechtsmiddelenverbod kan zodoende al snel worden gesproken van een gebrek aan een normale rechtseenheidsvoorziening.

2.5.2 *Rechtseenheid, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid*

Rechtseenheid wordt gezien als een onderdeel van het kwaliteitssysteem van de rechterlijke macht.¹²⁹ De rechtszekerheid is een voorwaarde voor een redelijk functionerende rechtseenheid.¹³⁰ Volsterkte eenheid, gelijkheid en voorspelbaarheid van rechtspraak is echter een utopie, maar is daarnaast ook geen begerenswaardig goed door de daarmee gepaarde concentratie van macht bij de rechters¹³¹ en mogelijke verstarring van de rechtsontwikkeling.¹³² Bovendien biedt juist het gelijkheidsbeginsel een rechtvaardiging voor een gebrek aan eenheid: de rechter dient te letten op verschillen, ongelijke gevallen dienen dan ook ongelijk te worden behandeld.¹³³ Een grote rechtseenheid, zo wordt betoogd, ondervindt derhalve weerstand van het beginsel der onafhankelijkheid en onpartijdigheid.¹³⁴ Anderzijds wordt betoogd dat het streven naar rechtseenheid wel terecht is in de gevallen waarin het uiteenlopend gebruik van beslissingsruimte niet wordt gerechtvaardigd door een relevante maatstaf.¹³⁵ Het oordelen zonder maatstaven, of op grond van steeds wisselende maatstaven, is niets anders dan rechterlijke willekeur. Naar oordeel van Loth wordt in de rechtspraak dan ook gestreefd naar een bepaald soort rechtseenheid, namelijk de eenheid van gronden, niet van resultaten. Die gronden berusten op maatstaven om te beoordelen of de onderscheiden gevallen in relevante opzichten verschillen en daarom een ongelijke behandeling verdienen. Het cruciale verschil tussen legitieme rechtspraak en rechterlijke willekeur is dan ook niet de instemming met de uitspraak, maar de mogelijkheid om redengevende gronden aan te wijzen.¹³⁶ De Wild is van mening dat ter zake gestreefd moet worden naar volledigheid en explicitering van gronden, waarvoor ter onderbouwing wordt verwezen naar het empirisch onderzoek van de Amerikaanse rechtspsycholoog Tyler, waaruit blijkt dat procedurele rechtvaardigheid, het open en inzichtelijk motiveren van een uitspraak voor justitiabelen het belangrijkste is bij de aanvaarding van de uitkomst daarvan.¹³⁷

Stel dat een bindende rechtersregeling beschikbaar is, die gronden inhoudt waarop de rechters zouden moeten beslissen, maar de rechter nou net in het geval dat u in rechte wordt betrokken de regeling niet toepast, zonder dat er een grond voor afwijking bestaat. De rechtszekerheid zal dan juist afnemen en de rechtseenheid wordt niet bewerkstelligd.¹³⁸ Kunt u de binding afdwingen, of het verschillend uitleggen en toepassen van de regeling doen sanctioneren c.q. terugdraaien?

¹²⁹ Hammerstein 2006, p. 15, Rapport Visitatie Gerechten 2006, p. 30-33, Agenda van de Rechtspraak 2005-2008, p. 21-22 en p. 27, Rapport Commissie Deetman 2006, p. 26-27, Agenda van de Rechtspraak 2008-2011, p. 24, Hoge Raad der Nederlanden, Verslag 2007 en 2008, p. 27-28.

¹³⁰ Leijten 1989, p. 1662.

¹³¹ Kapteyn 1989, p. 1649.

¹³² Hierbij dient bedacht te worden dat de wetgever de rechter dikwijls bewust de vrijheid laat om hem in de gelegenheid te stellen recht te doen aan de bijzondere omstandigheden van de voorliggende zaak: Bovend-Eert 2008, p. 91 en Teuben 2004, p. 74. Deze strategie draagt bij aan de rechtsontwikkeling en daarom moet gewaakt worden tegen rechtersregelingen die slechts een limitatieve opsomming van de relevante gezichtspunten inhouden: Kapteyn 1989, p. 1648-1649, Loth 2001, p. 116 en De Werd 1998, p. 661.

¹³³ Brenninkmeijer 1989, p. 1624 en Kapteyn 1989, p. 1649.

¹³⁴ Leijten 1989, p. 1662.

¹³⁵ De Wild kan zich in dit verband niet aan de indruk onttrekken dat het vermeende gebrek aan eenheid in rechtspraak niet altijd voorkomt uit gedegen dossieranalyses, waarbij de omstandigheden van de betreffende casusposities onderzocht zijn. De Wild baseert zijn standpunt onder andere op de uitkomsten van een rechtspsychologisch onderzoek van Ten Kate en Van Koppen naar de totstandkoming en inhoud van privaatrechtelijke beslissingen. Daaruit zou blijken dat verschillen in oplossingen meestentijds samenhangen met een verschil in wijze van presenteren van de betreffende casuspositie. De Wild 2001, p. 122-123, Ten Kate en Van Koppen 1984, p. 83-89. De Rechtspraak, Jaarverslag 2008, p. 19 maakt melding van 52% tevredenheid van de professionele partners (2006-2008) over het rechterlijk functioneren op het punt van de rechtseenheid van de beslissingen.

¹³⁶ Loth 2001, p. 113. Volgens Loth zou het onjuist zijn te menen dat met de introductie van open normen altijd de rechtszekerheid in het geding is, zie p. 118-119.

¹³⁷ De Wild 2001, p. 123-124. Bruinsma geeft aan dat procedurele zorgvuldigheid als belangrijke indicator voor tevredenheid onder justitiabelen slechts in experimenten bevestigd is. Empirisch onderzoek lijkt er volgens hem op te wijzen dat de uitkomst van de procedure bij velen zwaarder weegt. Hij kiest daarom voor een (niet onbestreden) theorie die vooral de aanvaardbaarheid van de uitkomst beslissend acht, zie verwijzing in Asser-Groen-Vranken, Eindrapport 2006, p. 22.

¹³⁸ Snijders 2001, p. 25.

In §2.1.3 hebben we gezien dat wanneer een bevoegd vastgestelde rechtersregeling is gepubliceerd, deze op grond van de rolrichtlijnen-jurisprudentie kan binden, maar tevens als *õrechtõ* in de zin van art. 79 Wet RO kan worden gekwalificeerd, zodat het in beginsel mogelijk is in cassatie de beslissing van de lagere rechter aan diens rechtersregeling te toetsen.¹³⁹ Theoretisch gezien zou de Hoge Raad dan dus toezicht kunnen houden op de (uniforme) toepassing van de rechtersregeling, in beginsel ook wanneer het gaat om een rechtersregeling die ziet op beleidsruimte. Mede op grond van het proefschrift van Teuben kan echter vastgesteld worden dat deze controlefunctie van de Hoge Raad feitelijk weinig toegevoegde waarde heeft.

Allereerst dient men zich namelijk te bedenken dat de Hoge Raad slechts daadwerkelijk toezicht kan uitoefenen op de (onjuiste) uitleg van een rechtersregeling wanneer deze rechtersregeling zelf geen vage normen bevat en de rechter zijn beslissing op grond van de rechtersregeling heeft vormgegeven als een rechtsbeslissing. Feitelijke beslissingen en gemengde beslissingen blijven immers *õmet* of zonder rechtersregeling *õ* slechts beperkt toetsbaar in cassatie. Daarnaast kan een grote beperking aan de controlefunctie van de Hoge Raad *õnog* afgezien van de cassatietechnische beperkingen¹⁴⁰ worden gevonden in de rechtsmiddelenverboden en de positie van de *appõl*rechters.

Omdat cassatie wordt ingesteld tegen de beslissing van de laatste feitelijke rechter(s) en dit doorgaans de *appõl*rechters zijn, kan slechts in een klein aantal situaties met succes in cassatie worden geklaagd over het door de (laagste) rechter(s) niet (correct) toepassen van een hem of hen bindende rechtersregeling. De raadsheren bij de hoven zijn namelijk in beginsel niet gehouden een rechtersregeling van de lagere rechters als toetsingsmaatstaf te hanteren. Hoger beroep heeft immers devolutieve werking en heeft tot gevolg dat *õbinnen* de grenzen van de aangevoerde grieven *õ* tot een volledige nieuwe behandeling en beslissing van de zaak wordt overgegaan. Dit betekent dat de *appõl*rechters niet beperkt zijn tot een beoordeling van de vraag of de lagere rechter tot zijn beslissing *õhad* kunnen komen *õ*; zij kunnen hun eigen oordeel voor dat van de lagere rechter in de plaats stellen (onafhankelijk van het bestaan van een rechtersregeling). De raadsheren zijn slechts gehouden de rechtersregeling van de rechters in eerste aanleg toe te passen in de gevallen waarin zij moeten oordelen *õals* waren zij rechter in eerste aanleg *õ*. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de beslissing van de lagere rechter louter op de procedure in eerste aanleg betrekking heeft, zoals een beslissing van een rolrechter ter zake het niet toelaten van partijen tot pleidooi.¹⁴¹ De conclusie die uit het voorgaande moet worden getrokken, is dat toezicht door de Hoge Raad slechts mogelijk is in die gevallen waarin de *appõl*rechters moesten oordelen *õals* waren zij rechters in eerste aanleg *õ*. Het gaat dus slechts om beslissingen op grond van procesreglementen, waarbij rechtsmiddelen openstaan.¹⁴²

Cassatie in belang der wet, op grond van art. 78 lid 1 j^õ lid 6 Wet RO, is een mogelijkheid voor de Hoge Raad om toch de rechtseenheid c.q. de uniforme toepassing van rechtersregelingen te bevorderen in die gevallen waarbij geen rechtsmiddelen (meer) openstaan.¹⁴³ Misschien dat op grond van de aanbevelingen van de Commissie Hammerstein in de toekomst in meer situaties cassatie in belang der wet mogelijk is.¹⁴⁴ Niet duidelijk is echter of deze ruimere mogelijkheden ook zien op de situaties waarin

¹³⁹ Teuben 2004, p. 59-62.

¹⁴⁰ De Hoge Raad is bij de beoordeling van de bestreden uitspraak gebonden aan de door de cassatiemiddelen aangevoerde klachten (art 419 lid 1 Rv), de feitelijke grondslag voor de middelen kan slechts in de gedingstukken worden gevonden en voor nieuwe stellingen is in cassatie geen plaats. Zie ook Teuben 2004, p. 215.

¹⁴¹ Teuben 2004, p. 188-192. Over de devolutieve werking *appõl* Stein/Rueb 2007, p.227-229.

¹⁴² Of het moet gaan om een rechtersregeling van de Hoven zelf: Teuben 2004, p. 215-221. Opgemerkt moet nog worden dat uitspraken o.g.v. procesreglementen vaak tussenuitspraken zijn, waartegen in beginsel pas hoger beroep kan worden ingesteld *õals* dat al mogelijk is *õ* tegelijk met de einduitspraak. Tegen de tijd dat tegen de einduitspraak een rechtsmiddel kan worden ingesteld, zullen de gevolgen van de beslissing op grond van (de onjuiste uitleg/toepassing van) het procesreglement meestal moeilijk ongedaan kunnen worden gemaakt, zodat het rechtsmiddel *õals* *mosterd* na de maaltijd komt *õ*. Met betrekking tot de andere vorm van binding: precedentbinding, zijn de mogelijkheden om (correcte) toepassing af te dwingen even beperkt (zo niet beperkter). Zie ook Teuben 2004, p. 327-336.

¹⁴³ Groene Serie Burgerlijk Procesrecht, Korthals Altes, Boek 1, titel 11, Aantekening 2 (art. 78 RO).

¹⁴⁴ Rapport Commissie Hammerstein 2008, p. 48-50. Een andere mogelijkheid zou in de toekomst kunnen zijn het stellen van een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad (in het belang van de rechtseenheid). En misschien worden de rechtsmiddelenverboden wel ingeperkt (of uitgebreid), zie p. 50-53 en p. 56. Volgens Vranken 2009, p. 1085 is er al een commissie ingesteld die de P-G adviseert over de onderwerpen die zich lenen voor cassatie in

rechtersregelingen gelden, en zo ja, of van deze mogelijkheid gebruik zal worden gemaakt. Omdat dit rechtsmiddel geen nadeel toebrengt aan de door partijen verkregen rechten, heeft de partij die belang heeft bij vernietiging van de uitspraak echter niets aan het verkregen resultaat.

Waar het thans doorgaans op neerkomt is dat de lagere rechters zelf moeten zorg dragen voor strikte naleving en uniforme toepassing van de vastgestelde rechtersregeling om de derde voorwaarde te vervullen: het voorzien in een behoefte aan rechtseenheid en rechtszekerheid.¹⁴⁵

2.6 Conclusie en vooruitblik

Het geheel overziend kan geconcludeerd worden dat een rechtersregeling een aanvaardbare aanvulling kan zijn op (nadere invulling van de beslissingsruimte via) rechtsvorming door de formele wetgever of door de rechter op grond van een concreet geschil; mits is voldaan aan drie voorwaarden.

De *eerste voorwaarde* is dat de rechtersregeling wordt vastgesteld conform de eisen van de rechterlijke onafhankelijkheid. Dit houdt in dat de individuele rechters de mogelijkheid moeten hebben te participeren in het totstandkomingsproces van de rechtersregeling. Deze voorwaarde sluit tevens aan bij de aard van de binding van de rechters aan een dergelijke regeling; zelfbinding.

De *tweede voorwaarde* houdt in dat de in te vullen beslissingsruimte niet ziet op een politiek gevoelig of maatschappelijk omstreden onderwerp en dat er geen oneveneffecten aan de te concipiëren rechtersregeling verbonden zijn, zoals een eigen belang van de betrokken rechters. Wanneer dat wel het geval is, dient rechtsvorming in principe te worden overgelaten aan het politiek besluitvormingsproces van de formele wetgever. Een rechtersregeling is dan in beginsel niet acceptabel; de rechterlijke onpartijdigheid kan in het gedrang komen en ongewenste machtsconcentratie is niet uit te sluiten.

De *derde voorwaarde* is dat de rechtersregeling in een behoefte aan rechtseenheid, rechtsgelijkheid en rechtszekerheid dient te voorzien. Het vormen van recht ózeker als dat geschiedt via een redelijk omstreden instrument als de rechtersregeling ó is immers alleen aanvaardbaar als zij een bepaald doel dient.

Wanneer aan (één of meer van) deze voorwaarden niet is voldaan, dan is het concipiëren van een rechtersregeling in beginsel niet acceptabel, of zo men wil: niet ógelegitimeerd. Wanneer er een sterke behoefte aan rechtseenheid bestaat en in deze behoefte niet kan worden voorzien via de ógevestigde rechtseenheidsvoorzieningen die de rechtspraak biedt (bijvoorbeeld rechtsmiddelen), dient de wetgever op te staan en zijn verantwoordelijkheid te nemen. In de tussentijd zal men in beginsel genoeg moeten nemen met de beslechting van de concrete geschillen in een met waarborgen omklede procedure.

In het volgende hoofdstuk worden enkele bekende rechtersregelingen aan de hiervoor geformuleerde vereisten onderworpen; zijn de thans bestaande rechtersregelingen aanvaardbaar, of bestaat een steeds groter wordend gedeelte van ons privaatrecht uit regels die op een niet acceptabele wijze tot stand zijn gekomen?

belang der wet. Na een proefperiode zal worden bezien of er een permanente commissie nodig is en zo ja, welke vorm zij kan krijgen. Daarnaast wordt gewerkt aan een *pilotproject* waarin het stellen van prejudiciële vragen vooralsnog is beperkt tot zaken van massaschade. Het concept -wetsvoorstel óWet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, incl. Memorie van Toelichting is te raadplegen via www.justitie.nl.

¹⁴⁵ Bij het doorgaans ontbreken van (effectieve) rechtsmiddelen ter handhaving of sanctionering van de niet (uniforme) toepassing van de rechtersregeling, zal het dus aankomen op vrijwillige nakoming. Voor vrijwillige nakoming is het normaal gesproken nodig dat de regels brede steun genieten, bekend zijn en van de werkvloer zelf stammen en niet *top-down* niet opgelegd. Zie hierover met betrekking tot alternatieve regelgeving: Giesen, De Wijckerslooth & Witteveen 2007, p. 137-138 en Giesen 2007, p. 125.

3 Rechtersregelingen in de praktijk: een theoretisch onderzoek

3.1 Inleiding

Intussen groeien de CRR's¹⁴⁶ als paddestoelen uit de grond en zit er vroeg of laat een giftige bij.¹⁴⁷

Deze uitspraak van Snijders is voor mij de aanleiding geweest om op deze plaats te onderzoeken of en in hoeverre er thans giftige^o rechtersregelingen in omloop zijn; voldoen de bestaande rechtersregelingen aan de drie geformuleerde vereisten voor het vaststellen daarvan?

In het kader van deze scriptie is het niet mogelijk om alle rechtersregelingen (uitgebreid) te bespreken.¹⁴⁸ Ik heb ervoor gekozen om alle landelijke Procesreglementen (§3.2), de Beslagsyllabus (§3.3), de rechtersregelingen op het gebied van de (proces)kostenveroordelingen: het Liquidatietarief, de Indicatie tarieven en rapport Voor-werk II (§3.4) en de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters, waaronder de kantonrechtersformule (§3.5) uitvoerig te bespreken. In §3.6 bespreek ik ten slotte kort het Rapport alimentatienormen.

Rechtersregelingen over de hele breedte van het privaatrecht komen zodoende aan de orde. Zowel regelingen die beslissingsruimte invullen in het *formele procesrecht*: de bij de uit te oefenen procesrechtelijke bevoegdheden in acht te nemen vorm- en termijnvoorschriften, het *materiële procesrecht*: inhoudende regels omtrent de procesrechtelijke bevoegdheden,¹⁴⁹ en het *materiële recht*, worden aan de driedelige toets onderworpen. Is het waar dat procesrechtelijke rechtersregelingen eerder acceptabel zijn, zoals sommige schrijvers betogen?¹⁵⁰ Oftewel: welke conclusies zijn te trekken uit de inventarisatie? Ik toets de regelingen steeds aan alle drie de voorwaarden óók al is niet voldaan aan de eerste of de tweede voorwaarde ó zodat een overzicht ontstaat waar de eventuele knelpunten en dus verbeterpunten zich bevinden en zodoende kunnen mogelijke (kruis)verbanden worden gelegd.¹⁵¹

3.2 De Procesreglementen

3.2.1 Inleiding

De bepalingen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering vormen de basis van het Nederlandse civiele procesrecht.¹⁵² Het eerste boek, tweede titel regelt bijvoorbeeld de dagvaardingsprocedure in eerste aanleg. Deze procedure óontdaan van alle mogelijke zijpaden ó vangt aan met een dagvaarding, waarop de gedaagde kan reageren door een conclusie van antwoord te nemen op de eerste of op een door de rechter nader te bepalen roldatum. Vervolgens kan de rechter een comparitie bepalen en/of partijen in de gelegenheid stellen om meer conclusies te nemen. Het is volgens art. 134 lid 1 Rv ook de rechter die uiteindelijk beslist of partijen de gelegenheid krijgen voor pleidooien. De (rol)rechter regisseert zodoende binnen de kaders van de wet in belangrijke mate het verloop van de procedure. De (rol)rechter stelt o.a. de termijnen voor het verrichten van proceshandelingen, bepaalt de wijze van het indienen van de stukken en producties, beslist of uitstel wordt verleend en bepaalt de wijze waarop uitstel dient te worden verzocht, bepaalt de zittingsdata en de termijn voor het doen van een uitspraak. In het verleden heeft ieder gerecht een eigen (rechters)regeling ontwikkeld ter invulling van deze re-

¹⁴⁶ Oftewel rechtersregelingen, MCH.

¹⁴⁷ Snijders 2001, p.22.

¹⁴⁸ Op de website www.rechtspraak.nl > Naar de rechter > Landelijke regelingen, zijn de landelijke regelingen te vinden. Ik heb deze website ook aangehouden bij de bespreking van de gekozen rechtersregelingen. In diverse rechtersregelingen wordt immers uitdrukkelijk gemeld dat de digitale versie het brondocument of één van de brondocumenten is, zie bijvoorbeeld het Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de rechtbanken en de Recofa-richtlijnen.

¹⁴⁹ Stein/Rueb 2007, p. 7.

¹⁵⁰ Stroink 2001, p. 53-54 en zie overzicht Teuben 2004, p. 115-116. Door Petri 1989, p. 1666 wordt bovendien betoogd dat rechtersregelingen alleen het niet wezenlijke van rechtspraak kunnen betreffen, of op beleidsneutrale onderwerpen betrekking kunnen hebben. Ook: Köhne 1997, p. 183-191.

¹⁵¹ Met deze werkwijze wordt tevens bereikt dat de inventarisatie ook bruikbaar is, wanneer men (gedeeltelijk) andere of minder voorwaarden stelt aan het vaststellen van rechtersregelingen.

¹⁵² Hoewel het recht van Europese herkomst ook in het procesrecht aan terrein wint.

giefunctie met betrekking tot het verloop van de procedures.¹⁵³ Het gevolg was dat de rechtbanken verschillende termijnen en (vorm)voorschriften hanteerden, hetgeen resulteerde in het zogenaamde regionaal procesrecht. De procureurs, als lokale deskundigen van de gebruiken van hun òeigen gerechtò hadden de taak te zorgen voor een soepele procesvoering.

Sinds 1 september 2008 is het verplichte procureaat echter afgeschaft. Één van de randvoorwaarden voor afschaffing was een unificering van het civiele procesbeleid, zodat lokale deskundigheid bij het voeren van een procedure niet langer noodzakelijk zou zijn.¹⁵⁴ In de doctrine en door òde klanten van het rechtsbedrijfò, werd reeds afkeer geuit tegen het regionaal procesrecht.¹⁵⁵ Het tot stand brengen van een landelijk procesbeleid, oftewel het vaststellen van een landelijke rechtersregeling dienaangaande kon dan ook op brede steun rekenen.

Het Landelijk reglement voor de civiele rol bij de rechtbanken werd de eerste rechtersregeling die in dit verband werd geconcipeerd.¹⁵⁶ Thans¹⁵⁷ bestaat een indrukwekkende hoeveelheid landelijke civiele procesreglementen òen niet meer alleen ten aanzien van de dagvaardingsprocedureò namelijk: het Procesreglement verzoekschriftprocedures rechtbank sector civiel handel/voorzieningenrechter, het Procesreglement kort gedingen rechtbanken sector civiel/familie, het Landelijk procesreglement voor civiele rol van de kantonsectoren, het Procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken, het Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de rechtbanken, de zeven Procesreglementen familierecht rechtbanken,¹⁵⁸ het Procesreglement verzoekschriftprocedures familie zaken gerechtshoven, het Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de gerechtshoven,¹⁵⁹ het Procesreglement verzoekschriftprocedures handels- en insolventiezaken gerechtshoven,¹⁶⁰ en tot slot heeft de Hoge Raad het Rolreglement van de civiele kamer vastgesteld.

Rechtvaardigt de vraag naar een landelijk procesbeleid deze òwildgroeiò aan rechtersregelingen, of dient de wetgever in te grijpen en zelf tot rechtsvorming over te gaan? Omdat alle procesreglementen betrekking hebben op de regiefunctie van de (rol)rechters bij de voortgang van de procedure, acht ik het mogelijk om de reglementen gezamenlijk aan de voorwaarden voor het vaststellen van een rechtersregeling te onderwerpen. Waar nodig zal ik de bijzonderheden apart bespreken.

3.2.1 Het eerste vereiste: de rechterlijke onafhankelijkheid

Het eerste aandachtspunt betreft de rechterlijke onafhankelijkheid. De onafhankelijkheid vereist dat de individuele rechters een bijdrage moeten kunnen leveren aan de totstandkoming van de aan de rechtersregeling ten grondslag liggende (uitgekristalliseerde) rechtsopvatting. Dit houdt in: of participeren in het totstandkomingsproces, dan wel een door anderen ontwikkelde regeling als eigen rechtersregeling vaststellen in de gerechts- of sectorvergadering.

Opvallend is dat uit geen van de onderhavige rechtersregelingen òafgezien van het Rolreglement van de civiele kamer van de Hoge Raadò blijkt dat deze conform de eisen van de rechterlijke onafhankelijkheid tot stand zijn gekomen en/of zijn vastgesteld. De procesreglementen van de hoven en van de rechtbanken vinden allen hun oorsprong in een initiatief van het Project procesreglementen (Raad voor de rechtspraak), dat onderdeel uitmaakt van het Programma Civiele Sectoren.¹⁶¹ De regelingen zijn voorts ontwikkeld door een door het Project procesreglementen geïnitieerde, en door het landelijk

¹⁵³ Lever & De Vree 1995 en Van Mierlo 1998, p. 1-7, beide boeken bevatten de teksten van de toentertijd bestaande lokale rolreglementen.

¹⁵⁴ Kamerstukken II, 1997-1998, 24 253, nr. 2, Kamerstukken II, 2006-2007, 30 815, nr. 3 (MvT) en B. Over het afschaffen van het procureaat en de voorgeschiedenis daarvan uitgebreider: Van Mierlo 1998, p. V-VI en p. 1-7.

¹⁵⁵ Zie uitgebreider Wesseling-van Gent c.s. 2001, p. 135.

¹⁵⁶ Hendriksen 2001, p. 149-150, Leijten 2000, p. 31-37, Uniken Venema 2001, p. 139-148, Wesseling-van Gent c.s. 2001, p. 135-150, en over de meest recente versie: Sijmonsma 2008, p. 145-150.

¹⁵⁷ Op 26 juni 2009 (op www.rechtspraak.nl).

¹⁵⁸ Te weten: Scheiding, Alimentatie, Bijstandsverhaal, Gezag en omgang, Adoptie, Overige (boek 1) zaken en Civiel Jeugdrecht. Deze reglementen zijn per 1 september 2009 gewijzigd, zie www.rechtspraak.nl en de Staatscourant Nr. 11709 d.d. 12 augustus 2009.

¹⁵⁹ Er zijn bovendien (landelijke) richtlijnen voor de toepassing van dit reglement vastgesteld, waarover later meer.

¹⁶⁰ De hoven hebben bovendien als overzicht van hun procesreglementen òDe schriftelijke rol per 1 september 2008, Schematisch overzicht Rolbehandeling/H-formulieren, wijze, datum en tijdstip van indieningò vastgesteld.

¹⁶¹ Of het Programma Versterking Rechterlijke Organisatie.

overleg van voorzitters van de betreffende sectoren gefaciliteerde werkgroep.¹⁶² In geen enkele considerans is echter vermeld wat de samenstelling van deze werkgroepen is en hoe de inhoud van de reglementen (precies) tot stand is gekomen. Over het uiteindelijk vaststellen van de regelingen bestaat doorgaans evenmin duidelijkheid. In menig considerans wordt vermeld dat het betreffende landelijk overleg van sectorvoorzitters het reglement heeft goedgekeurd, òwaarna alle rechtbanken/gerechthoven het reglement als eigen reglement hebben vastgesteld.¹⁶³ Het verdient aanbeveling dat in de rechtersregelingen duidelijk uiteen wordt gezet hoe deze tot stand zijn gekomen, dus o.a. openheid over wie lid waren van de betrokken werkgroep(en), welke organen/verenigingen geconsulteerd zijn en in hoeverre de sector- of gerechtshoven betrokken zijn geweest bij het tot stand komen van de regeling, enzovoorts. Nu staan we immers voor de uitdaging de vraag te beantwoorden of met de zinsnede òwaarna alle rechtbanken/gerechthoven het reglement als eigen reglement hebben vastgesteld naar de sector- of gerechtshoven wordt verwezen. Het lijkt er niet op.

Uit de slotbepalingen van de meeste procesreglementen blijkt immers dat de voorzitters van de sectorvergaderingen toch zelf het reglement hebben vastgesteld en in dezelfde bepalingen staat ook al een datum voor inwerkingtreding.¹⁶⁴ Dat de rechtbanken en gerechtshoven het reglement òals eigen reglement hebben vastgesteld lijkt dan ook een lege huls. Dit vermoeden wordt versterkt door het bestaan van de richtlijnen bij het Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de gerechtshoven. De rolraadsheren hebben zelf, samen met het Landelijk Overleg van de Voorzitters van de Familiesectoren-Hoven, deze richtlijnen voor toepassing van de regeling geformuleerd. Als de rolraadsheren invloed zouden hebben gehad op de inhoud van het procesreglement waren deze richtlijnen wellicht niet nodig geweest. Verdere aanwijzingen zijn te vinden in de incidentele vermelding dat de besturen van alle rechtbanken het reglement als eigen reglement hebben vastgesteld,¹⁶⁵ dan wel dat de besturen van alle rechtbanken de betreffende versie hebben ògeaccordeerd.¹⁶⁶

Ten aanzien van het Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de rechtbanken kan men overigens wel betogen dat deze tot stand is gekomen in overeenstemming met de eisen van de rechterlijke onafhankelijkheid. Bij de totstandkoming van de (verre) voorloper van deze rechtersregeling zijn de civiele sectoren immers wel via schriftelijke consultatie betrokken geweest.¹⁶⁷

In §2.3.5 heb ik vermeld dat wanneer de individuele rechters op geen enkele wijze de gelegenheid hebben gekregen te participeren in de totstandkoming/vaststelling van rechtersregelingen waaraan zij gebonden worden geacht, deze regelingen in strijd zijn met de rechterlijke onafhankelijkheid en zodoende niet aanvaardbaar zijn. Hierbij dient echter opgemerkt te worden dat de onafhankelijkheid niet verder reikt dan noodzakelijk is om eerlijke rechtspraak te bewerkstelligen. Naar aanleiding van deze laatste opmerking: de ratio van de onafhankelijkheid, is bij mij de vraag opgekomen of mijn eerstgenoemde uitgangspunt óover de eisen die de onafhankelijkheid stelt aan de wijze van tot stand komen van een rechtersregeling ó nuancering behoeft. Een bevestigend antwoord is op zijn plaats.

¹⁶² De woorden ògefaciliteerdeò en ògeïnitieerdeò worden ook wel eens omgedraaid, zie bijvoorbeeld het Procesreglement verzoekschriftprocedures rechtbank sector civiel handel/voorzieningenrechter.

¹⁶³ Afhankelijk van het toepassingsgebied van de procesreglementen zijn sommige reglementen goedgekeurd door voorzitters van verschillende sectoren, zie Procesreglement kort gedingen sector civiel/familie.

¹⁶⁴ Zie bijvoorbeeld: art. 3.1 van het Procesreglement verzoekschriftprocedures familie zaken gerechtshoven, en art. 3.1. van het Procesreglement verzoekschriftprocedures rechtbank sector civiel/handel/voorzieningenrechter.

¹⁶⁵ Zie de Considerans van het Procesreglement kort gedingen rechtbanken sector civiel/familie.

¹⁶⁶ Zie de Considerans van het Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de rechtbanken. De vermelding in de considerans van het Procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken dat alle rechtbanken het procesreglement als eigen reglement hebben vastgesteld na akkoord van de presidentenvergadering zou tevens een aanwijzing zijn, maar is voor tweemaal uitleg vatbaar: de sectorvergadering zou formeel gezien nog na het akkoord van de presidentenvergadering een vaststellingshandeling kunnen hebben verricht. Het lijkt mij echter zeer onwaarschijnlijk, maar het is mogelijk. Laatstgenoemd reglement werd overigens aangekondigd in de Berichten van de Orde, òNieuw procesreglement verzoekschriftprocedures insolventieò, *Advocatenblad* 27 maart 2009, p. 146

¹⁶⁷ Uniken Venema 2001, p. 141-147: òVan die mogelijkheid is zeer uitvoerig gebruik gemaakt. Het projectteam heeft veel moeite gedaan om inzichtelijk te maken op welke wijze met het geleverde commentaar in de opeenvolgende concepten rekening is gehouden, dan wel, als het commentaar niet was verwerkt, wat de reden daarvan wasò. En in de considerans van het huidige procesreglement ter zake wordt vermeld dat dit reglement tot stand is gekomen in nauwe samenwerking met de redactieraad die verantwoordelijk is voor het onderhoud van het initiële reglement.

Wat namelijk blijkt, is dat in de besproken procesreglementen in beginsel (slechts) aangelegenheden als de volgende zijn geregeld: wat de roldatum en het inlevertijdstip is, hoe het berichtenverkeer tussen partijen en het gerecht verloopt, de termijnen en wijze van indiening stukken, de inhoud van een comparitievonnis en de voorschriften omtrent het vragen van pleidooi. De vragen onder welke omstandigheden of op welke gronden besloten wordt of partijen meer conclusies mogen nemen en mogen pleidooien, worden in deze landelijke reglementen niet beantwoord.¹⁶⁸ Bovendien stellen de reglementen wel termijnen en vormvoorschriften, maar in beginsel beslist de individuele rechter op grond van de voorliggende feiten en omstandigheden wat de sanctie wordt bij niet naleving.¹⁶⁹

De normen die nu voornamelijk wél worden gesteld in de landelijke procesreglementen, betreffen ó afgezien van de termijnen ó onderwerpen die volledig zijn overgelaten aan óde rechtspraak ó zelf; Rechtsvordering stelt hieromtrent niet eens open normen. De roldatum, het inlevertijdstip en de wijze waarop stukken moeten worden ingediend, hebben meer te maken met de organisatie van het gerecht; administratief beleid; bedrijfsvoering; öbestuurö, dan met örechtsprekenö. Deze voorwaarden kunnen worden gezien als de organisatorische kaders waarbinnen de rechtspraak óde berechting c.q. beslechting van het concrete geschilö zich afspeelt. De individuele rechterlijke onafhankelijkheid speelt mijns inziens dan ook in beginsel geen rol;¹⁷⁰ de eerlijke rechtspraak komt niet in gevaar wanneer niet alle rechters participeren in het vaststellingsproces van een regel omtrent bijvoorbeeld de wijze waarop stukken moeten worden ingediend.¹⁷¹ Het bestaan van uniforme regels hieromtrent komt echter wel ten goede aan de rechtvaardigheid. Deze rechtvaardigheid kan evenwel goed worden verwezenlijkt wanneer de onafhankelijkheid ter zake (enkel) verbonden wordt geacht aan het gerecht, zoals o.a. Hammerstein voorstaat.¹⁷² De nuancering van mijn uitgangspunt heeft dus betrekking op het vaststellen van organisatorische regelingen. Het concipiëren van deze bepalingen door een landelijk overlegorgaan van gerechtsvertegenwoordigers is niet in strijd met de onafhankelijkheid. Voor het draagvlak binnen de gerechten verdient het natuurlijk wel aanbeveling dat deze organisatorische regels aansluiten bij de realiteit op de werkvloer, en dus bij de wensen van de (griffie) medewerkers.

De andere voornaamste categorie bepalingen in de landelijke procesreglementen betreffen de termijnvoorschriften, oftewel: formeel procesrechtelijke bepalingen.¹⁷³ De termijnvoorschriften en de sanctie op niet naleven van de termijnvoorschriften (zoals het niet acht slaan op de stukken die buiten de gestelde termijn zijn ingediend) kunnen van zodanige invloed zijn op de uitkomst van de procedure, dat deze voorschriften dienen te worden vastgesteld met de waarborgen die de individuele onafhankelijkheid biedt. De eisen die de individuele rechterlijke onafhankelijkheid stelt aan de wijze van vaststellen van een rechtersregeling gelden hier zodoende wel onverkort.

Conclusie: alleen het Rolreglement van de civiele kamer van de Hoge Raad en eventueel het Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de rechtbanken (door de totstandkomings*geschiedenis*) doorstaan volledig de eerste totstandkomingstoets. Andere procesreglementen doorstaan deze toets slechts gedeeltelijk: voor zover het de organisatorische bepalingen betreft.

Bij de totstandkoming van de besproken procesreglementen is de NOvA evenwel telkens op enige manier betrokken geweest.¹⁷⁴ Met termen variërend van öter reflectie vorgelegdö, ösamenpraakö tot önauwe samenwerkingö wordt verwezen naar deze betrokkenheid. Hoewel ook dit gedeelte van de totstandkoming van de procesreglementen mijns inziens nader gespecificeerd c.q. inzichtelijk gemaakt had moeten worden en in de toekomst dient te worden, is het feit dat de NOvA betrokken is geweest

¹⁶⁸ Zie echter de öinterneö Handleiding regie vanaf de conclusie van antwoord.

¹⁶⁹ Uitzondering vormen de in §3.2.2 te bespreken procesreglementen van de hoven.

¹⁷⁰ Hoewel de rechterlijke autonomie enigszins wordt beperkt, worden de belangen van justitiabelen m.i. hierdoor niet minder gewaarborgd. Misschien dat Mak, gezien de redelijke uitleg van haar proefschrift (Mak 2007) daar anders over denkt.

¹⁷¹ Bijvoorbeeld of het mogelijk is om stukken in te dienen per fax en het maximaal aantal pagina's waarvoor indienen per fax geschikt is.

¹⁷² Hammerstein 2006, p. 14.

¹⁷³ Bepalingen die betrekking hebben op het materiële procesrecht: bepalingen over bijv. de *bevoegdheden* om proceshandelingen te verrichten, vormen de uitzondering. De Handleiding regie vanaf de conclusie van antwoord en de lokale bepalingen van de rechtbank Amsterdam met betrekking tot het incasso-kortgeding zijn de uitzonderingen.

¹⁷⁴ Echter niet (althans niet kenbaar) bij de zeven Procesreglementen familierecht rechtbanken en het Rolreglement van de civiele kamer van de Hoge Raad.

bij de totstandkoming toe te juichen. Het Procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken verdient op dit punt een speciale vermelding.¹⁷⁵ Deze rechtersregeling is namelijk ontwikkeld door een werkgroep die mede is gefaciliteerd door Recofa en de regeling is in samenspraak met de NOvA en de Raad voor Rechtsbijstand te Ø-Hertogenbosch vastgesteld.¹⁷⁶

Omdat de procesreglementen dus tot stand zijn gekomen na overleg met belanghebbenden, kan worden gezegd dat ówanneer deze ook tot stand komen conform de eisen van de onafhankelijkheidó deze een (extra) waarborg voor democratische legitimatie bevatten. De rechterlijke macht kan dan immers verbinding leggen met de maatschappelijke opvattingen over de te regelen onderwerpen, zodat het gebrek aan periodieke verkiezingen en het ontbreken van procedurele waarborgen enigszins wordt gecompenseerd. De procesreglementen hebben zodoende de potentie om (wanneer zij zijn vastgesteld in overeenstemming met de drie voorwaarden) als (goede) acceptabele aanvulling op wetgeving en rechterlijke rechtsvorming op grond van een concreet geschil te functioneren.

Stel dat de procesreglementen in de toekomst (gewijzigd) worden vastgesteld conform de voorwaarden die onafhankelijkheid aan vaststelling van rechtersregelingen stelt, is dan (op grond van de huidige stand van zaken) te verwachten dat deze ook voldoen aan de overige twee voorwaarden voor het vaststellen van rechtersregelingen?

3.2.2 *Het tweede vereiste: geen politiek gevoelige onderwerpen of betrokken eigenbelangen*

Niet is in te zien op welke manier de organisatorische bepalingen in de procesreglementen politiek gevoelig of maatschappelijk omstreden zouden zijn. Met betrekking tot de termijnvoorschriften blijkt het voorgaande verassend genoeg anders te liggen. Het is niet zozeer dat in óde maatschappijó een fel debat wordt gevoerd over deze termijnvoorschriften, maar er zijn wel degelijk consequenties verbonden aan deze voorschriften, die waardeconflicten mogelijk maken en zodoende aan de aanvaardbaarheid van een rechtersregeling in de weg kunnen staan.

Een voorbeeld. Wanneer de zitting c.q. mondelinge behandeling van een zaak is bepaald, is het van belang te weten tot wanneer stukken kunnen worden ingediend waarmee partijen hun standpunten ter

¹⁷⁵ Het Landelijk reglement voor de civiele rol bij de rechtbanken (oud) is ook een voorbeeld van een rechtersregeling die tot stand is gekomen door overleg met meerderde óspelers in het veldó. In de klankbordgroep hadden behalve een lid van de algemene raad van de NOvA en de voorzitter van de commissie Burgerlijk Procesrecht van de NOvA, ook gezaghebbende representanten van de Directie Wetgeving en het ministerie van Justitie, zitting. Bovendien is advies ingewonnen bij de Algemene Raad van de plaatselijke dekens. Zie: Uniken Venema 2001, p. 141-147. Hendriksen 2001, p. 149-150, advocaat is echter kritisch: er is weliswaar adequaat overleg gevoerd, maar tegelijkertijd is niet steeds geluisterd naar de Balie-input. Mijns inziens dient natuurlijk wel geluisterd te worden naar bijv. de Balie-input, maar de Balie-input hoeft niet klakkeloos te worden gevolgd door de rechters. De balie-input draagt (slechts) bij aan de vorming van een uitgekristalliseerde rechtsopvatting.

¹⁷⁶ Recofa heeft tevens in samenwerking met de NOvA en Insolad respectievelijk de Raad voor Rechtsbijstand te Ø-Hertogenbosch de Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling en de Recofa-richtlijnen voor schuldsaneringen ontwikkeld, welke richtlijnen recentelijk door de Werkgroep Procesreglementen opnieuw zijn geredigeerd en in eind maart 2009 door Recofa en het LOVC goedgekeurd. Bij deze richtlijnen zijn verschillende bijlagen en modellen ontwikkeld, waaronder de rekenmethode óvrij te laten bedragó. De Recofa-richtlijnen en bijlagen/modellen bevatten regels voor de verdere behandeling van de insolventie, na het beslissen op het óinsolventieverzoekó (faillissement, surseance, schuldsanering). Sommige bepalingen zijn ingrijpend van karakter, en kunnen wellicht als politiek gevoelig worden aangemerkt, bijvoorbeeld de separatistenregeling (Bijlage E van Recofa-richtlijnen faillissementen). Zie over de separatistenregeling van 2005: Van der Aa 2007, p. 170-173. Maar ook in art. 5.4.4 van het Procesreglement staat een ingrijpende, politieke gevoelige bepaling, namelijk het invullen van ógoede trouwó, één van de voorwaarden tot toelating in de schuldsanering. Het gevaar van machtsconcentratie met het op deze gebieden *ex ante* recht vormen door rechters, wordt weliswaar enigszins weggenomen door de betrokkenheid van allerlei belanghebbenden (waardoor ook de kwaliteit van de regeling wordt bevorderd); de bezwaren gekoppeld aan de rechterlijke onpartijdigheid en onafhankelijkheid zijn daarmee niet meteen weggenomen. Opgemerkt zij dat enkele bepalingen een codificatie vormen van vaste rechtspraak, zodat in zoverre geen sprake is van *ex ante* rechtsvorming. Of de Recofa-richtlijnen wel voldoen aan de laatste voorwaarde: het voorzien in een behoefte aan eenheid en zekerheid, kan tot slot betwijfeld worden. Huls & Schellekens (2001, p. 75-82) constateerden reeds in 2001 dat de rechtbanken in de praktijk van de WSNP nogal vrijmoedig met de aanbevelingen omgaan. Soms doorkruist het beleid dat binnen de rechtbank wordt gevoerd of is een andere persoonlijke afweging van omstandigheden in een concrete casus doorslaggevend. Ook thans komen diverse lokale (afwijkende) lokale rechtersregelingen voor, bijvoorbeeld rechtbank Arnhem: Beleid benoeming curatoren en bewindvoerders en rechtbank Utrecht met enkele eigen regelingen ter zake.

zitting willen onderbouwen. De indienende partij heeft op grond van het recht op verdediging óéén van de aspecten van hoor en wederhoór allereerst het recht zijn standpunt te onderbouwen door stukken in het geding te brengen. Dat recht geldt echter niet onverkort. De wederpartij heeft óók op grond van het beginsel van hoor en wederhoór het recht om de behandeling ter zitting voor te bereiden, en dus het recht op (tijdige) kennisname van de stukken van de indienende partij. Daarnaast dient het indienen van stukken op een zodanig tijdstip te geschieden dat ook de rechter zich op de behandeling ter zitting kan voorbereiden.¹⁷⁷ Bovendien stelt het recht op berechting binnen een redelijke termijn eisen aan de bedoelde termijnen.¹⁷⁸ Er dient zodoende gekozen te worden voor een termijn waarbij het beginsel van hoor en wederhoór voor beide partijen tot zijn recht komt en voldoet aan het bevorderen van ódeó redelijke termijn. Het spreekt voor zich dat het gevaar bestaat dat een termijn die relatief lang voor de zitting afloopt voor de óndieneró te streng is, maar andersom is een relatief korte termijn voor de zitting voor de wederpartij, en in verband met de redelijke termijn voor berechting, niet voldoende. Wat is relatief lang en relatief kort in dit verband? En als de indiener de termijn overschrijdt, wat is de sanctie? Kortom, de vraag zal snel zijn: welk(e) belang(en)/recht(en) weegt of wegen zwaarder?

De Hoge Raad en de feitenrechters zijn het over de beantwoording van deze vragen óalthans, waren het in ieder geval in het recente verledenó niet met elkaar eens. De gestelde termijnen zijn door de Hoge Raad niet (expliciet) afgekeurd, maar de rechtbanken en de hoven hanteren doorgaans een strenger beleid bij het te laat indienen van stukken door partijen dan de Hoge Raad.¹⁷⁹ Dit beleid is vaak terug te vinden in procesreglementen. In het verleden werd door de feitenrechters een termijnoverschrijding gesanctioneerd met niet-ontvankelijkheid. De Hoge Raad heeft deze sanctie echter consequent afgewezen, vanwege het ontbreken van een wettelijke basis daarvoor.¹⁸⁰ In de doctrine heeft het standpunt van de Hoge Raad evenwel niet altijd op bijval kunnen rekenen.¹⁸¹ In de nieuwe procesreglementen van de hoven zijn de termijnen voor het indienen van stukken aanmerkelijk aangescherpt (strenger voor indiener), waarbij als sanctie op overschrijding de stukken buiten beschouwing worden gelaten, of op de stukken wordt geen acht geslagen.¹⁸² De vraag resteert natuurlijk hoe de Hoge Raad zal oordelen over deze (gedeeltelijk) strengere procesreglementen van de gerechtshoven.¹⁸³ Probleem hierbij is dat er geen zekerheid bestaat tot het moment dat de Hoge Raad zijn oordeel geeft. Wanneer de Hoge Raad deze bepalingen niet accepteert, blijken deze in strijd met hoger recht (jurisprudentie en wellicht ook de wet) en zodoende onverbindend: ze komen voor vernietiging in aanmerking.¹⁸⁴

In §2.4.1 heb ik aangegeven dat wanneer zich een situatie als de hier besprokene zich voordoet, het formuleren van algemene regels, waarbij de ene fundamentele waarde boven een andere wordt verkozen, zoveel mogelijk door de rechter moet worden uitgesteld. Ten aanzien van de sancties die worden gesteld op termijnvoorschriften kan zodoende worden betoogd dat het de wetgever is die op grond van het democratisch besluitvormingsproces een algemene regel dient te formuleren. De rechter zal dan, in afwachting van een algemeen geldende wettelijke regel, een oplossing moeten vinden die zo dicht mogelijk bij het concrete geval blijft; een rechtersregeling is op deze plaats dus niet gewenst.

¹⁷⁷ Janssen 2008, p. 546.

¹⁷⁸ Smits 2008, p. 203 e.v..

¹⁷⁹ Zie bijvoorbeeld HR 7 december 2007, *NJ* 2008, 554, waarbij de Hoge Raad overigens alleen het oordeel van het hof onjuist achtte, maar zelf daarvoor geen duidelijke (juiste) rechtsopvatting in de plaats stelde, maar een open norm. Zie voor een bespreking van relevante jurisprudentie van de Hoge Raad over het beginsel van hoor en wederhoór ook: Jongbloed 1999, p. 13-15.

¹⁸⁰ HR. 25 januari 2002, *NJ* 2002, 119, HR 5 december 2003, *NJ* 2005, 480 en HR 14 januari 2005, *JBPR* 2005/20; *NJ* 2005, 481. Bij de sanctie óniet-ontvankelijkó komt mogelijk ook nog het in art. 6 EVRM en art. 17 Gw gewaarborgde recht van toegang tot de rechter in het geding.

¹⁸¹ Asser heeft in zijn noot onder *NJ* 2005, 481 over bedoelde uitspraken geschreven: óHier wordt in wezen laksheid gesauveerd. Dat is zeker niet wat de wetgever met de modernisering van het civiele procesrecht voor ogen heeft gestaan en staat.ó Teuben lijkt in haar noot bij *JBPR* 2005/20 de voorkeur uit te spreken voor een voor de indiener onder omstandigheden streng regime, in verband met de redelijke termijn zoals tot uitdrukking komt in art. 20 Rv. A-G Wesseling-van Gent betoogde in haar conclusie voor HR 14 januari 2005, *JBPR* 2005/20; *NJ* 2005, 481 tevens dat in dit geval de sanctie van het hof: niet-ontvankelijkheid, geen blijk gaf van een onjuiste rechtsopvatting.

¹⁸² Zie bijv. art. 1.4.3 Procesreglement verzoekschriftprocedures familiezaken gerechtshoven, art. 1.1.4.3 en art. 2.1.4.3 van het Procesreglement verzoekschriftprocedures handels- en insolventiezaken gerechtshoven.

¹⁸³ Ook: Coenraad 2009, p.26-27.

¹⁸⁴ Sniijders, Ynzonides en Meijer 2002, p. 24 en Teuben in haar noot onder HR 14 januari 2005, *JBPR* 2005/20.

De procesreglementen voldoen zodoende, voor zover zij betrekking hebben op deze termijnvoorschriften en sancties, niet aan de tweede voorwaarde voor vaststelling van een rechtersregeling.

3.2.3 *Het derde vereiste: voorzien in een behoefte aan rechtseenheid en rechtszekerheid*

Zoals reeds in §3.2.1 is aangegeven, zijn omtrent de organisatorische bepalingen in de procesreglementen niet eens open normen in Rechtsvordering opgenomen, zodat de rechters ter zake een grote beleidsvrijheid genieten. De formeel procesrechtelijke voorschriften vinden daarentegen wel hun oorsprong in de invulling van wettelijke open normen. Meer specifiek bieden deze open normen de rechter voornamelijk beleidsruimte; het betreffen discretionaire bevoegdheden.¹⁸⁵ Omdat de Hoge Raad feitelijke en gemengde beslissingen van de feitenrechters, tot stand gekomen binnen de hen gegeven beleidsruimte, niet of slechts beperkt in cassatie toetst, is er behoefte aan het vaststellen van een rechtersregeling (die gekwalificeerd kan worden als *õrechtõ*).

In 2002 is art. 35 Rv in werking getreden. Uit de totstandkominggeschiedenis van deze bepaling blijkt dat de wetgever in de eerste plaats de rechterlijke macht verantwoordelijk acht tot vaststelling van nadere regels (rechtersregelingen) omtrent de termijnen voor het verrichten van proceshandelingen; de beperkingen aan de mogelijkheid om daarvoor uitstel te verkrijgen en ook andere regels betreffende het verloop van de procedure; alsmede ter bevordering van de eenheid en de wijze van rechtspleging bij de verschillende gerechten.¹⁸⁶ Van de in art. 35 Rv opgenomen bevoegdheid van de (materiële) wetgever om de genoemde onderwerpen via een AMvB te regelen zal pas gebruik worden gemaakt als blijkt dat uniforme regels anders niet binnen redelijke termijn tot stand komen.¹⁸⁷ In dit kader is het van belang te bezien of de tot stand gebrachte procesreglementen voldoende uniformiteit scheppen. Verschaffen de procesreglementen eenheid en zekerheid, en maken deze reglementen óin het kader van de afschaffing van het procuraatõ daadwerkelijk de inschakeling van een lokale deskundige jurist overbodig?

Om te beginnen hebben procesreglementen het in zich om gekwalificeerd te worden als recht in de zin van art. 79 Wet RO en in zoverre te binden.¹⁸⁸ Ware het niet dat de huidige procesreglementen óop twee regelingen naõ niet zijn vastgesteld door een bevoegd orgaan. Cassatiecontrole ówaardoor de Hoge Raad toezicht uit kan oefenen op de uniforme toepassing van de rechtersregelingenõ kan bovendien, zoals we in §2.5.2 hebben gezien, slechts beperkt plaatsvinden. Cassatie staat ten aanzien van de beslissingen van de rechters bij de rechtbanken in beginsel alleen open als deze beslissingen, gegrond op het procesreglement, zijn te kwalificeren als tussenuitspraak.¹⁸⁹ Cassatie zal dan echter vaak als mosterd na de maaltijd komen. Bij de procesreglementen van de hoven ligt voorgaande genuanceerder: de raadsheren zijn dan direct gebonden aan de reglementen, zodat eerder dan bij de reglementen van de rechtbanken toetsing in cassatie mogelijk is. Voornamelijk de rechtbanken blijken dus zelf verantwoordelijk te zijn voor het bewerkstelligen en handhaven van de landelijke eenheid ter zake. In hoeverre slagen de(ze) feitenrechters in het bewaken van het landelijke procesrecht?

Wanneer een advocaat of een medewerker van een civiele sector van een rechtbank een knelpunt ondervindt met betrekking tot de uniformering, bijvoorbeeld wanneer het landelijk procederen niet soepel verloopt, dan kan hij dat momenteel melden bij het Landelijk Stafbureau. Deze gegevens zullen

¹⁸⁵ Invulling van interpretatieruimte vormt een uitzondering. Art. 133 lid 2 Rv (uitstel vragen voor nemen conclusies) bepaalt o.a. *õtenzij dit zou leiden tot onredelijke vertraging van het gedingõ. Deze bepaling wordt *enigszins* geïnterpreteerd door bijv. art. 2.8 van het Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de rechtbanken. Met betrekking tot de termijnbepalingen die in §3.2.2 aan de orde zijn gekomen geldt hetzelfde, evenals voor de Handleiding regie vanaf de conclusie van antwoord.*

¹⁸⁶ Rutgers 2006, nr. 6651 is overigens niet overtuigd van het argument dat de *õwetgeverõ*, d.w.z. enkele ambtenaren van Justitie, in de parlementaire geschiedenis heeft opgenomen dat de rechterlijke macht in eerste instantie verantwoordelijk is voor het tot stand brengen van landelijke rolreglementen e.d.. Schrijver stelt de vraag of niet de voorkeur moet worden gegeven het vaststellen van AMvB's, welke mogelijkheid art. 35 Rv biedt. Deze mogelijkheid wordt later in de onderhavige paragraaf besproken.

¹⁸⁷ Teuben 2004, p. 95-95, Kamerstukken II 1999/00, 26 855, nr. 3, p. 114, Van Mierlo Tekst & Commentaar 2008, aantekening 1 en 2 bij art. 35 Rv, en Wesseling- van Gent c.s. 2001, p. 136.

¹⁸⁸ Zie namelijk de in hoofdstuk 2 besproken rolrichtlijnen-jurisprudentie.

¹⁸⁹ Van Mierlo 1998, p. 28-30 (Oud recht).

worden gebruikt voor de inventarisatie van de knelpunten, waarna een evaluatie zal plaatsvinden.¹⁹⁰ Deze gegevens of andere objectieve gegevens zijn thans echter nog niet beschikbaar. Na de landelijke procesreglementen en de lokale rechtersregelingen (getracht) te hebben doorgrond en de literatuur hieromtrent er op te hebben nageslagen, kan ik mijns inziens op goede gronden betogen dat de feitenrechters er (nog) niet in zijn geslaagd eenheid en rechtszekerheid met betrekking tot het procesrecht te bewerkstelligen c.q. te handhaven.

Allereerst zijn argumenten ter ondersteuning van mijn standpunt te vinden in de bijlagen die veel landelijke procesreglementen zelf bevatten.¹⁹¹ In deze bijlagen zijn voornamelijk overzichten opgenomen over de verschillen tussen de gerechten met betrekking tot gebruikelijke tijd van de mondelinge behandelingen ómarge tussen de 30 en 90 minutenó en de verschillende tijdstippen en termijnen van uitspraken, waarbij de termijnen variëren van drie tot twaalf weken. Waar de termijnen voor het indienen van stukken en het verrichten van proceshandelingen ambtshalve door de rechters plegen te worden gehandhaafd, is het op zijn minst opmerkelijk te noemen ómede ook in acht genomen dat het verkorten van de doorlooptijden als een van de hoofddoelen van de reglementen wordt beschouwdó dat de rechters zelf verschillende uitspraaktermijnen hanteren.¹⁹² Daarnaast wordt in sommige landelijke reglementen (expliciet) gewezen op de mogelijkheid voor gerechten om al dan niet via een rechtersregeling lokaal af te wijken van het landelijke beleid.¹⁹³

Wat mij allereerst is opgevallen toen ik op zoek ging naar deze lokale afwijkingen, is dat op de websites van bepaalde rechtbanken een paar landelijke regelingen expliciet worden genoemd, maar andere landelijke (proces)reglementen niet via de ólokaleö websites van deze rechtbanken beschikbaar zijn.¹⁹⁴ Sommige andere rechtbanken noemen ook enkele landelijke regelingen expliciet, maar verwijzen via de link óalle landelijke regelingenö naar de overige regelingen.¹⁹⁵ Wat is de gedachte achter dit onderscheid? Achten de rechtbanken zich (in grotere mate) gebonden aan de expliciet genoemde landelijke rechtersregelingen, en niet of in mindere mate aan de regelingen die niet worden genoemd of naar wordt verwezen? De rechtszekerheid is met dergelijke óop het eerste gezicht futieleö verschillen, gezien de mogelijke vragen die rijzen, niet gebaat.

Vervolgens heb ik meer dan dertig(!) lokale rechtersregelingen gevonden op procesrechtelijk gebied, wat in het kader van de landelijke uniformiteit onbegrijpelijk en zeer onwenselijk is.¹⁹⁶ Afgezien van

¹⁹⁰ <http://www.rechtspraak.nl/Naar+de+rechter/Landelijk+procederen/>. Men kan vraagtekens plaatsen bij de volledigheid van deze inventarisatie: hoe bekend is het meldpunt bij de advocaten en gaan (eigenwijze) rechters die zelf een lokale afwijkende rechtersregeling hebben vastgesteld, melden dat zij een knelpunt constateren m.b.t. de uniformiteit? Bovendien geldt het meldpunt formeel niet voor klachten ten aanzien van procederen bij de hoven. Uit het Jaarverslag van De Rechtspraak 2008 (rechtspraak.nl), p. 19 blijkt dat 52% van de professionele partners (2006-2008) tevreden is over de óoverallö rechtseenheid. Wellicht dat de tevredenheid van de professionele partners ten aanzien van de procesreglementen (na een apart onderzoek) kan worden afgezet tegen deze óoverallö tevredenheid: dragen de procesreglementen echt bij aan de eenheid?

¹⁹¹ Zie o.a. art. 4.1 en 4.2 van het Procesreglement verzoekschriftprocedures familie zaken gerechtshoven, art. 5.1 en 5.2 van het Procesreglement verzoekschriftprocedures handels- en insolventie zaken gerechtshoven, art. 4.1., 4.2, en 4.3 van het Procesreglement verzoekschriftprocedures rechtbank sector civiel handel/voorzieningenrechter, art. 17.4-17.9 van het Procesreglement kort gedingen rechtbanken sector civiel/familie en het Procesreglement verzoekschriftprocedures insolventie zaken rechtbanken.

¹⁹² Art. 2.7 van het Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de rechtbanken hanteert wel een uniforme termijn ter zake. De voorlopers van dit reglement wisten echter feitelijk geen eenheid te bewerkstelligen: zie: Hendriksen 2001, p. 149-150, en Smits 2008, p. 244.

¹⁹³ Zie de Considerans van het Landelijke procesreglement voor de civiele rol van de kantonsectoren en art. 1.2.1.4; 1.3.1.5; 2.1.5 en 3.1.1.4 van het Procesreglement verzoekschriftprocedures insolventie zaken rechtbanken.

¹⁹⁴ De rechtbanken Arnhem, Assen en Utrecht.

¹⁹⁵ De rechtbanken: Alkmaar, Amsterdam, Den Bosch, Dordrecht, Haarlem en Rotterdam.

¹⁹⁶ Rechtbank *Amsterdam*: Team kort geding hanteert enkele aanvullende voorschriften, net als Team handelszaken, die o.a. een eigen Handleiding Handelsrol heeft vastgesteld en Team familie zaken heeft aanvullende regelingen over verzoekschriften met betrekking tot adoptie, alimentatie, bijstandverhaal, boedelregister, echtscheiding, echtscheiding gemeenschappelijk, gezag en omgang, gezagsregister, huwelijkse voorwaarden, huwelijksgoederenregister, nalatenschap, paspoortzaken, verrekening en verdeling en Wet tijdelijk huisverbod; rechtbank *Arnhem*: Faillissementszitting: aanhoudingenbeleid en vooraankondiging verweer (NB. link werkt niet); rechtbank *Breda*: Regeling afhandeling van beslagrekenen; rechtbank *Den Bosch*: Procedure indienen beslagre-

de rechtbanken Amsterdam en Alkmaar hebben alle rechtbanken de lokale regelingen onder het kopje *voor juristen*; *regelingen* vermeld,¹⁹⁷ zodat de regelingen in het algemeen (in beginsel) goed toegankelijk zijn. Tegen de onwenselijkheid van deze lokale regelingen zou men bovendien kunnen aanvoeren dat er ook lokale (rechtshandelingen) regelingen zijn die helemaal geen substantiële aanvullingen of afwijken behelzen ten opzichte van de landelijke regelingen. Een uiterste voorbeeld is de tot de justitiebelen gerichte regeling *zittingen* bij civiele sector van de rechtbank Zutphen. Feit blijft echter dat men eerst de landelijke regeling naast een dergelijke lokale regeling moet leggen om te kunnen constateren dat niet wordt afgeweken van het landelijke beleid. De aan de lokale reglementen gegeven titels bieden daarnaast doorgaans geen uitsluitel omtrent de vraag op welk landelijk procesreglement het een lokale aanvulling betreft, of van welke regeling wordt afgeweken.¹⁹⁸ Het behoeft geen betoog dat soepel landelijk procederen op deze manier niet wordt bevorderd. Bovendien zou men kunnen stellen dat deze gang van zaken in strijd is met de redelijke uitleg van art. 6 EVRM, meer in het bijzonder het *right to adversarial proceedings*.¹⁹⁹ Vervolgens dient zich nog een andere vraag aan in verband met de eenheid en rechtszekerheid. Stel dat op de voorliggende casus in beginsel zowel een landelijk procesreglement kan worden toegepast als de lokale regeling die afwijkt van deze landelijke regeling, en beide reglementen binden. Welk *recht* gaat dan voor? Is het landelijke procesreglement hoger *recht* dan het lokale reglement, is het lokale reglement als bijzonder recht te beschouwen dat boven de algemene landelijke regeling gaat, gaat het jongere recht boven het oudere recht, of geldt een andere *collisieregel*?

Deze opsomming heeft tot nu toe slechts betrekking op (de mogelijke knelpunten met betrekking tot) de *externe* rechtshandelingen: de regelingen die zijn gepubliceerd. In het recente verleden bleken rechtbanken naast deze externe regelingen ook interne (landelijke) regelingen vast te stellen en te gebruiken. Hoewel de regelingen waar het toen om ging thans óal dan niet door publicatie *onder voorbehoud* van binding in enkele gevallen *extern* zijn geworden, moet men zich er dus op bedacht zijn dat met het grondig doorspitten van de lokale regelingen, waarschijnlijk niet alle afwijkingen en aanvullingen te vinden zijn.²⁰⁰ Tot slot nog deze laatste opmerking: u moet niet denken u op de hoogte bent van het geldende procesrecht c.q. de vigerende gebruiken voor het komende jaar (of maanden), wanneer u thans alle genoemde landelijke en lokale regelingen in de kast heeft staan. De gedrukte

kosten, Tijdig indienen stukken en Aandachtspunten kort geding procedure; rechtbank *Den Haag*: Aandachtspunten voor beslagrekest, Regelingen bij octrooizaken en Richtlijnen in insolventies rechtbank *Ø-Gravenhage*; rechtbank *Dordrecht*: Richtlijnen kort gedingen; rechtbank *Haarlem*: Huisregels kort geding en beslag, Beleidsafspraken civiele sector, Oproepen getuigen, Procedure kort geding sector kanton/reglement voorlopige voorzieningen en de Syllabus verzoekschriften aan de voorzieningenrechter te Haarlem; rechtbank *Maastricht*: Aandachtspunten procesreglement (verzoekschriftprocedures rechtbank sector civiel handel/voorzieningenrechter) en de Afwijking procesreglement (verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken); rechtbank *Middelburg*: Voorwaarden voor het indienen van verzoekschriften en de Aandachtspunten m.b.t. het indienen van familierekest en Toetsingslijst met inhoudelijke criteria voor het opstellen van een dagvaarding voor de civiele sector; rechtbank *Utrecht*: Richtlijnen van de sector civiel, team handel, voor verzoekschriften met betrekking tot het legen van conservatoir beslag en de Regeling voor het procederen bij de sector kanton Utrecht en Amersfoort; en rechtbank *Zutphen*: Zittingen bij de civiele sector, Protocol spoedzaken voorlopige voorzieningen en het Protocol Kort Geding.

¹⁹⁷ Amsterdam en Alkmaar verspreiden de regelingen over *rechtsgebieden* en *regelingen*.

¹⁹⁸ Uitzondering: rechtbank Maastricht.

¹⁹⁹ Wanneer een rechtshandeling kan worden geacht het oordeel van de beslissende rechtshandelingen te beïnvloeden, dienen de procespartijen de mogelijkheid te hebben om zich uit te laten over de regeling, zie bijvoorbeeld EHRM 18 februari 1997, *NJ* 1998, 590, r.o. 26 en Teuben 2004, p. 161-165. Gesteld kan worden dat de huidige manier van publiceren niet waarborgt dat de regelingen voldoende kenbaar en reëel toegankelijk zijn voor de betrokkenen. Hierbij dient ook bedacht te worden dat recent een voorstel van wet bekend is gemaakt (Kamerstukken II 2008-2009, 32 021 nr. 2), inhoudende dat met betrekking tot zaken met een geldelijk belang tot *h* 25.000,- in persoon kan worden geprocedeerd. M.i. dienen namelijk aan de publicatie voor *öken* hogere eisen worden gesteld, teneinde de kenbaarheid en reële toegankelijkheid te waarborgen.

²⁰⁰ Rammeloo & Knapen 2006, p. 540-542. Het betroffen de Handleiding comparitie, de Handleiding deskundigen, Leidraad deskundigen in civiele zaken ten slotte de checklist voor dagvaardingen in bodemzaken. Waarschijnlijk is de Handleiding comparitie (onderdeel van) de nu externe, onder voorbehoud gepubliceerde, Handleiding regie vanaf de conclusie van antwoord. Ook de Leidraad deskundigen in civiele zaken is duidelijk gepubliceerd op www.rechtspraak.nl.

versies van de reglementen blijken namelijk niet de brondocumenten te zijn: om zeker te zijn dat niets is gewijzigd, dient de advocaat of de justitiabele derhalve voor iedere procedure de websites van de rechtspraak of de Staatscourant opnieuw te controleren.²⁰¹

Concluderend kan zodoende worden gesteld dat de feitenrechters niet in staat zijn gebleken om rechts-eenheid en rechtszekerheid te bewerkstelligen in het procesrecht. Het inschakelen van een lokale deskundige is geen overbodige luxe. In beginsel ligt het derhalve thans op de weg van de wetgever om in de behoefte aan rechtseenheid en rechtszekerheid te voorzien.²⁰² Art. 35 Rv biedt de mogelijkheid dat de materiële wetgever via een AMvB uniforme regels stelt ten aanzien van het procesrecht.

Men kan zich natuurlijk ook afvragen wat de oorzaak is van het falen van de rechters om zelf het procesrecht te reguleren en of deze oorzaak kan worden verholpen. De belangrijkste constatering ter zake zijn dat de procesreglementen niet zijn vastgesteld conform de eisen van de rechterlijke onafhankelijkheid en dat er (te) veel lokale afwijkingen bestaan. Mijns inziens is het heel goed mogelijk dat tussen beide constatering een causaal verband bestaat. Op grond van de onafhankelijkheid dienen de rechters te participeren in het totstandkomingsproces van de formeel procesrechtelijke bepalingen. Het is te verwachten dat participatie ook draagvlak schept onder de rechters om de landelijke regeling toe te passen en deze als de eigen regeling te zien. De (eigenwijze) rechters die nu lokale regelingen concipiëren zien dan hun input terug of weten dat hun oordeel niet wordt gezien als gemeenschappelijke rechtsopvatting. Iedere betrokken rechter dient zich vervolgens aan deze gezamenlijke rechtsopvatting te houden, tenzij bijzonderheden in de voorliggende casus aanleiding geven tot afwijking. Ook de (eigenwijze) rechter is immers niet onafhankelijk van het recht. Zonder participatie en draagvlak lijken rechtseenheid, gelijkheid en rechtszekerheid dus onhaalbare doelen. Wanneer de procesreglementen worden vastgesteld conform de eisen van de onafhankelijkheid is het m.i. echter heel goed mogelijk dat deze óafgezien van de termijnvoorschriften en sancties, zie §3.2.2ó daarmee zouden voldoen aan alle drie de vereisten voor het vaststellen van rechtersregelingen.

3.3 De Beslagsyllabus

3.3.1 Inleiding

Een schuldeiser kan op grond van art. 700 lid 1 Rv na een verlot van de voorzieningenrechter van de rechtbank conservatoir beslag ten laste van ózijnó schuldenaar (laten) leggen. Het verlot wordt verzocht bij een verzoekschrift: het beslagrekest, zodat naast de bepalingen van art. 700 e.v. Rv ook de regels van art. 261 e.v. Rv (de verzoekschriftprocedure) van toepassing zijn. De wet laat de rechter een vrij grote beslissingsruimte voor het beoordelen van het beslagrekest en de wijze van verlotverlening. Wat houdt immers het ósummer onderzoekó in aan de hand waarvan, volgens de wet, door de voorzieningenrechter op het verlot wordt beslist? En in welke situaties bepaalt de rechter dat de gerkwestreerde wordt gehoord alvorens tot verlotverlening wordt overgegaan?²⁰³ Dit zijn slechts enkele ó in het oog springendeó voorbeelden van de open normen die de wet ter zake stelt en die via de Beslagsyllabus in meer of mindere mate worden ingevuld.

In feite wordt in deze rechtersregeling dus nader inhoud gegeven aan het antwoord op de vraag wanneer een schuldeiser *bevoegd* is om beslag te leggen. Omdat conservatoir beslag een ingrijpend karakter heeft,²⁰⁴ kan de vraag worden gesteld of het wel de voorkeur verdient om de rechters(regeling) in een dergelijke mate de voorwaarden voor toepassing van dit middel te laten bepalen. In de volgende subparagrafen wordt een antwoord gegeven op deze vraag.

²⁰¹ Waarbij opgemerkt moet worden dat de lokale websites niet altijd up to date zijn: de sites van de rechtbank Amsterdam, Rotterdam en Haarlem waren bijv. op 15 augustus 2009 duidelijk nog niet aangepast aan de invoering van het Procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken en de Recofa-richtlijnen (per 1 april 2009).

²⁰² Het accepteren van regionale verschillen strookt niet de belangrijke eenheid van procesrecht, zie ook: Snijders, Ynzonides en Meijer 2002, p. 23-24.

²⁰³ Bij een verzocht loonbeslag (art. 720 j° 475c Rv) en bij een beslag ten laste van een financiële instelling (in bepaalde situaties, zie art. 700 lid 4 Rv) wordt de gerkwestreerde wel standaard gehoord, of daartoe in de gelegenheid gesteld.

²⁰⁴ Zie Meijsen-Tierates 2008A, p. 165-170 en Meijsen-Tierates 2008B, p. 2-4, en de daarin weergegeven verwijzingen naar andere literatuur.

3.3.2 Het eerste vereiste: de rechterlijke onafhankelijkheid

Net als de meeste procesreglementen struikelt de Beslagsyllabus in beginsel al over de eerste hinderenis: de eisen van de rechterlijke onafhankelijkheid. In de Verantwoording van de syllabus wordt namelijk aangegeven dat deze is samengesteld onder verantwoordelijkheid van het Landelijk Overleg van de Voorzitters van de sectoren Civiel van de rechtbanken (LOVC) en krachtens een besluit van ditzelfde gremium is vastgesteld. De laatste verbeteringen zijn vervolgens slechts goedgekeurd in de vergadering van het Dagelijks Bestuur van het LOVC.²⁰⁵ Ook uit de voorgeschiedenis van deze rechtersregeling blijkt niet dat de sector- of de gerechtshofvergaderingen op enige manier betrokken zijn geweest bij de totstandkoming of de vaststelling daarvan.²⁰⁶

Ten aanzien van de in §3.2 besproken procesreglementen kan nog worden betoogd dat in het totstandkomingsproces van de organisatorische bepalingen niet alle rechters behoeven te participeren om eerlijke rechtspraak te waarborgen. De Beslagsyllabus bevat evenwel voornamelijk materieel- en formeel procesrechtelijke bepalingen. Materieel procesrechtelijke onderwerpen als in welke situaties verlov wordt verleend en of de gerekwesteerde voor de verlovverlening wordt gehoord, vinden regeling in de syllabus. Het eerste criterium bij het beoordelen van het beslagrekest is volgens de Beslagsyllabus of aan alle voor de onderhavige beslagvorm geldende formele eisen is voldaan (de rechtmatigheidstoets). Deze formeel procesrechtelijke eisen zijn niet uitsluitend in de wet te vinden, maar ook deze eisen worden aangevuld en ingevuld door de Beslagsyllabus.

Gezien de formeel- en materieel procesrechtelijke aard van de bepalingen van de Beslagsyllabus, hadden de sector- of gerechtshofvergaderingen, teneinde (democratisch gelegitimeerde) eerlijke rechtspraak te waarborgen, in het totstandkomingsproces van deze rechtersregeling betrokken moeten worden. Het is namelijk onwaarschijnlijk dat het Dagelijks Bestuur van het LOVC óbestaande uit 2, 3 sectorvoorzitters of het LOVC zelf, als vaststellend gremium in staat is om óde ó uitgekristalliseerde gemeenschappelijke rechtsopvatting vast te leggen.

De herkomst van enkele bepalingen in de Beslagsyllabus geeft echter toch aanleiding tot nuancering. Wat namelijk bij nadere beschouwing van de syllabus blijkt, is dat de inhoud van lang niet alle bepalingen *ex ante* tot stand is gekomen; vooraf en los van de berechting van een concreet geschil. Regelmatig wordt immers verwezen naar rechtspraak of naar een wettelijke bepaling, of wordt daaruit geciteerd. Dit is bijvoorbeeld ook het geval bij het tweede en het derde (laatste) beoordelingscriterium van een beslagrekest: de (on-)gegrondheidstoets en de belangenafweging. Via een voetnoot wordt ter zake verwezen naar een arrest van het gerechtshof ø-Hertogenbosch,²⁰⁷ met name naar de noot onder dat arrest en de daarin genoemde jurisprudentie van de Hoge Raad. In deze en soortgelijke bepalingen geeft de Beslagsyllabus een bestaande rechtsnorm weer; de rechtsvorming heeft al eerder plaatsgevonden op grond van de berechting van een concreet geschil door een onafhankelijke rechter. Het ontbreken van een concreet geschil, de afwezigheid van procedurele waarborgen en de onafhankelijkheid/onpartijdigheid van de rechter zijn voor zover geen argumenten tegen rechterlijke rechtsvorming.²⁰⁸ De argumenten tegen het concipiëren van een rechtersregeling blijven natuurlijk evenwel onverkort gelden, wanneer er geen eenduidige lijn in de jurisprudentie was te herkennen óftewel: wanneer het

²⁰⁵ De meest recente Beslagsyllabus is vastgesteld in februari 2009 (7^e verbeterde versie) en is gepubliceerd op rechtspraak.nl. Over de wijzigingen in deze syllabus ten opzichte van de vorige versie: Hendrikse 2009, p. 145.

²⁰⁶ Dat het bestuur van het LOVC de met het onderhoud van de Beslagsyllabus verband houdende werkzaamheden heeft opgedragen aan de rechtbank Haarlem doet hier niets aan af. Hiermee zijn ten eerste immers niet alle sector- of gerechtshofvergaderingen betrokken bij het tot stand komen of vaststellen van de rechtersregeling, maar het is ook niet waarschijnlijk dat de rechtbank Haarlem met deze opgedragen taak veel zeggenschap heeft over de inhoud van de regeling. In §3.4.4 blijkt namelijk dat de rechtbank Haarlem zelf een ólokale ó afwijkende regeling ter zake heeft vastgesteld.

²⁰⁷ Hof ø-Hertogenbosch 11 november 2003, *JOR* 2004, 115 m.nt. Loesberg.

²⁰⁸ Deze argumenten gaan natuurlijk alleen op als het daadwerkelijk een jurisprudentiële bepaling betreft: dus dat de bepaling is gebaseerd op de rechtspraak en niet andersom. Het bedoelde arrest van 11 november 2003 moet zodoende niet meer te vinden op internet of een andere openbare bron, zodat ter zake niet kan worden nagegaan of het huidige tweede en derde beoordelingscriterium van beslagrekesten, jurisprudentiële bepalingen betreffen. In verband met de openbaarheid en publieke controle verdient het aanbeveling dat de oudere versies beschikbaar blijven (in een openbaar archief).

recht nog in ontwikkeling wasó maar in de rechtersregeling toch wordt gekozen voor één van de bestaande richtingen. Dan is de norm wel degelijk *ex ante* vastgesteld, zie hierover ook §2.1.3.

De *ex ante* bepalingen in de Beslagsyllabus sneuvelen zodoende al op deze plaats, omdat zij niet zijn vastgesteld conform de eisen van de rechterlijke onafhankelijkheid. Wat is nu immers de waarborg voor democratisch gelegitimeerde rechtsvorming? Wanneer de Beslagsyllabus in de toekomst evenwel (volledig) tot stand komt conform de eisen van de rechterlijke onafhankelijkheid, kan deze rechtersregeling dan een acceptabele aanvulling zijn op nadere rechtsvorming (invulling van de open normen) door de wetgever?

3.3.3 *Het tweede vereiste: geen politiek gevoelige onderwerpen of betrokken eigenbelangen*

Een belangrijke open norm die *ex ante* in de Beslagsyllabus nader is ingevuld, is de norm van art. 279 lid 1 Rv. De rechter is volgens deze bepaling bevoegd het verzoek aanstonds toe te wijzen, dus zonder partijen te horen. In de Beslagsyllabus wordt aangegeven dat de gerekwestreerde doorgaans niet wordt gehoord, omdat het anders mogelijk is dat de gerekwestreerde het goed verduistert voordat beslag kan worden gelegd. Hoewel dit uitgangspunt in overeenstemming is met het breed onderschreven doel van conservatoir beslag: het bewaren van een recht,²⁰⁹ is hiermee nog niet gezegd dat een rechtersregeling ter zake acceptabel is.

De wetgever heeft een conservatoir beslagstelsel ontwikkeld dat er óontdaan van de meeste zijwegenó als volgt uitziet of uit zou behoren te zien. De aspirant-beslaglegger dient een beslagrekest in, waarop verlof wordt verleend door de voorzieningenrechter als aan de eerder genoemde óin de Beslagsyllabus uitgewerkteó voorwaarden is voldaan. De gerekwestreerde wordt in dit stadium in beginsel dus niet gehoord. Het gebrek aan wederhoor bij de verlofverlening zou in een later stadium gecompenseerd kunnen worden; in het opheffingskortgeding of in de hoofdzaak. De beslagene krijgt in het opheffingskortgeding tevens de kans om zich van een onterecht gelegd beslag te ontdoen. Wanneer blijkt dat het conservatoir beslag onterecht is gelegd, heeft de beslagene ten slotte recht op schadevergoeding. In dit stelsel dienen de waarborgen voor de beslaglegger in evenwicht te zijn met de waarborgen voor de beslagene. In de doctrine zijn echter de laatste tijd steeds meer geluiden te horen dat de rechten van de beslagene niet voldoende worden gewaarborgd. De ontwikkelingen in de jurisprudentie omtrent het opheffingskortgeding liggen hieraan mede ten grondslag.²¹⁰

Men zou gezien de geluiden in de doctrine de vraag kunnen stellen of de *feitelijke* verhouding tussen de pijlers van het conservatoir beslag (verlof, opheffingskortgeding en schadevergoeding) nog wel democratisch gelegitimeerd kan worden geacht. Sluiten de door de wetgever ontwikkelde en door de rechters nader ingevulde kaders (als rechtsnormen) nog wel aan bij de binnen de samenleving levende ónormen en waardenó? Wellicht dat nadere voorwaarden voor verlofverlening; bijvoorbeeld een substantiëringsplicht voor de aspirant-beslaglegger in zijn verzoekschrift, of meer mogelijkheden voor de gerekwestreerde om te worden gehoord (bijvoorbeeld door het beslag zwart te maken), het evenwicht terug kunnen brengen. Deze, wellicht op het eerste gezicht afdwalende beschouwing heeft dus wel degelijk zijn weerslag op de normen in de Beslagsyllabus. Grote veranderingen kunnen al worden werkstelligd door enkele open normen anders nader in te vullen. Gezien de ingrijpendheid van een conservatoir beslag en de waardeconflicten die aan de regelgeving hieromtrent inherent zijn, verdient algemene (nadere) regelstelling via het politieke besluitvormingsproces van de formele wetgever de voorkeur boven rechtsvorming door middel van een rechtersregeling. Het formuleren van algemene regels waarbij de ene fundamentele waarde boven een andere wordt verkozen, dient in de tussentijd zoveel mogelijk door de rechter worden uitgesteld. De rechter zal dan, in afwachting van een uitlating hieromtrent door de wetgever, in beginsel een oplossing moeten vinden die zo dicht mogelijk bij het concrete geval blijft.²¹¹

²⁰⁹ Meijssen-Tierates 2008A, p. 165 en Meijssen-Tierates 2008B, p.2.

²¹⁰ Zie voor een uitgebreid overzicht van de geluiden uit de doctrine en de jurisprudentie ter zake: Meijssen-Tierates 2008A, p. 165 en p. 169-170, Meijssen-Tierates 2008B, p. 2-3 en Van Dam-Lely & Tuil 2009, p. 18-24. In opdracht van de Raad voor de rechtspraak wordt thans door het Molengraaff Instituut een onderzoek uitgevoerd naar conservatoir beslag, meer in het bijzonder het opheffingskortgeding in de praktijk.

²¹¹ Misschien dat toepassing van art. 701 Rv vaker in overweging kan worden genomen, al dan niet na het horen van de aspirant-beslaglegger.

Maar stel dat bepalingen van de Beslagsyllabus zich na een eventuele wetswijziging nog binnen de gegeven beslissingsruimte bevinden en deze bepalingen opnieuw, maar conform de eisen van de rechterlijke onafhankelijkheid zijn vastgesteld, voldoet de Beslagsyllabus dan (ook) aan de laatste eis: het voorzien in een behoefte aan eenheid en rechtszekerheid?

3.3.4 *Het derde vereiste: voorzien in een behoefte aan rechtseenheid en rechtszekerheid*

Interessant is dat de tweedeling met betrekking tot de bepalingen in de Beslagsyllabus; de *ex ante* bepalingen en de jurisprudentiële bepalingen, doorwerkt in de mate waarin rechtseenheid wordt bewerkstelligd. De jurisprudentiële bepalingen blijken namelijk in beginsel gevolgd te worden, in tegenstelling tot de *ex ante* bepalingen. Uit het onderzoek van Meijsen-Tierates volgt namelijk dat de beoordeling van beslagrekenen in de praktijk redelijk in de lijn van het tweede en derde (laatste) beoordelingscriterium, zoals genoemd in de Beslagsyllabus, geschiedt.²¹² Zoals vermeld, vinden deze beoordelingscriteria hun oorsprong in de jurisprudentie (en doctrine). Wat hieruit dus ook blijkt is dat een rechtersregeling op dit gebied niet nodig was: in de jurisprudentie en het volgen daarvan lijkt ter zake een voldoende rechtseenheidsvoorziening te zijn gevonden.

Tegen het toewijzen van een verlot staan echter geen rechtsmiddelen open, en de beoordeling van de rekenen vindt plaats binnen de beslotenheid van iedere rechtbank,²¹³ zodat jurisprudentie niet ten aanzien van ieder aspect van verlotverlening een voldoende rechtseenheidsvoorziening zal kunnen bieden. Zonder algemene regelstelling via een rechtersregeling is het waarschijnlijk dat de wet verschillend wordt geïnterpreteerd en de beleidsruimte door veel rechters anders wordt ingevuld, zonder dat daarvoor objectieve gronden zijn aan te voeren. De vraag is echter of de Beslagsyllabus in de zodoende bestaande behoefte aan rechtseenheid óen de daarmee samenhangende rechtszekerheid ó kan voorzien. Mijns inziens kan deze vraag niet bevestigend worden beantwoord. Om te beginnen is de syllabus onder voorbehoud van binding gepubliceerd, zodat binding op grond van de rolrichtlijnen-jurisprudentie in beginsel niet tot stand komt. Justitiabelen, respectievelijk advocaten, hebben dan immers in principe geen reden te vertrouwen op de toepassing van deze regeling. Een bepaalde mate van binding aan deze rechtersregeling kan echter alsnog tot stand komen wanneer de voorzieningenrechters de regeling in feite toch toepassen bij de verlotverlening (precedentbinding). Een volgend probleem dient zich dan echter aan: de lokale afwijkingen c.q. aanvullingen op de Beslagsyllabus.²¹⁴ Deze (externe) lokale rechtersregelingen bevatten momenteel²¹⁵ ten eerste vaak eigen regels met betrekking tot het indienen van beslagrekenen, de beslistermijn op het gevraagde verlot en de wijze van afgifte/toezending van het verlot.²¹⁶ Bij de rechtbank Alkmaar dient het rekest bijvoorbeeld voor 10.15 uur te worden

²¹² Het onderzoek werd door Meijsen-Tierates in het kader van haar doctoraalscriptie verricht bij de rechtbanken Almelo, Amsterdam, Den Haag, Leeuwarden, Maastricht en Utrecht. Zie over de uitkomsten van dit onderzoek ook: Meijsen-Tierates 2008A, p. 165-170 en Meijsen-Tierates 2008B, p. 2-4. De rechtbank Den Haag vormde overigens uitzondering op deze geconstateerde uniformiteit. Daar hanteerde (en wellicht hanteert) men een eigen interne oHandleiding stafbureau voorzieningenrechtero, aangevuld met een besluitenlijst, die qua inhoud overigens grotendeels overeenkomt met de Beslagsyllabus: Meijsen-Tierates scriptie 2007, p. 24.

²¹³ Meijsen-Tierates 2008A, p. 166.

²¹⁴ Ook hier moet opgemerkt worden dat de lokale regelingen niet altijd zoveel afwijken van syllabus, bijv. de oAandachtspunten voor beslagrekenenö van de rechtbank Den Haag en een bepaling in de oProcedure indienen beslagrekenenö van de rechtbank s-Hertogenbosch, in het bijzonder de bepaling dat ondertekening oi/oö niet voldoende is (vergelijk bepaling A.16 van de Beslagsyllabus). Het bestaan van afwijkingen alleen al heeft echter een negatieve invloed op de rechtszekerheid, omdat voor iedere procedure (bij een andere rechtbank) moet worden gecontroleerd of er een afwijking is en in hoeverre ook daadwerkelijk wordt afgeweken. Daarmee is overigens nog geen zekerheid over welke regeling de rechter feitelijk zal toepassen; de landelijke of de lokale (interne of externe) regeling.

²¹⁵ Op 29 juni 2009.

²¹⁶ Zie rechtbank Alkmaar: Bureau kort geding, beslagrekenen, rechtbank Almelo: Richtlijnen voor beslagrekenen, rechtbank Amsterdam: Team kort geding, beslagrekenen, rechtbank Breda: Regeling afhandeling beslagrekenen, rechtbank Dordrecht: Richtlijnen beslagrekenen, rechtbank Haarlem: Huisregels kort geding en beslag, rechtbank s-Hertogenbosch Procedure indienen beslagrekenen, rechtbank Maastricht: Protocol spoedeisende voorlopige voorzieningen en beslag (welke regeling alleen een algemene regeling is voor spoedeisende zaken buiten kantooruren) en rechtbank Utrecht: Beslagrekenen (Richtlijnen voor de sector handels- en familierecht, team handel, voor verzoekschriften met betrekking tot het leggen van conservatoir beslag. De regelingen zijn te vinden op de website www.rechtspraak.nl > gerechten > rechtbanken > voor juristen > regelingen. Amsterdam en

ingediend, wil de aspirant-beslaglegger dezelfde dag een beslissing krijgen op het verzoek; bij de rechtbank Almelo kan daarvoor echter tot 15.00 uur een rekest worden ingediend. Waar mogelijk lukt dit beleid logischerwijze forumshopping uit. Hetzelfde geldt voor de wijze waarop de vordering voor een verhaalsbeslag bij het verlov wordt begroot. In de Beslagsyllabus (bepaling A.10) is hiervoor een getrappt stelsel ontwikkeld, inhoudende dat bij een gestelde hoofdsom tot p 300.000,- de totale vordering wordt begroot op deze hoofdsom plus 30%, en bij het andere uiterste: een gestelde hoofdsom van meer dan p 5.000.000,- wordt de vordering begroot op de hoofdsom plus 10%. Bij de rechtbank ø-Hertogenbosch is het echter standaard om bij iedere hoofdsom 30% op te tellen, waarbij eventueel een hoger percentage wordt opgeteld bij een lage hoofdsom en *eventueel* een lager percentage bij een hogere hoofdsom. Als aspirant-beslaglegger met een hoge hoofdsom lijkt de rechtbank Utrecht het aantrekkelijkst: standaard plus 30%, zonder een beleid van (eventuele) bijstellingen naar boven of naar beneden.²¹⁷ Vervolgens hanteren bepaalde rechtbanken afwijkende c.q. extra eisen met betrekking tot (de inhoud) van de beslagrekest en de daarbij te voegen stukken: soms is het enkel stellen van een gegronde vrees voor verduistering onvoldoende en dient bijvoorbeeld bij een verzoek om beslag op periodieke uitkeringen een GBA-uitreksel van de gerekwestreerde worden gevoegd.²¹⁸ Tot slot bestaat er lokaal procesrecht met betrekking tot het horen van de rekwestreeerde of de aspirant-beslaglegger alvorens wordt beslist op het beslagrekest, namelijk de mogelijkheid tot het kleuren van het beslag.²¹⁹ Een bijzondere situatie doet zich dus voor. De rechters met een øigenø regeling zullen doorgaans deze regeling toepassen, zodat met betrekking tot deze regeling een bepaalde, steeds sterker wordende, mate van binding zal bestaan voor de rechters. Voor zover deze lokale afwijkingen feitelijk worden toegepast, kan de Beslagsyllabus formeel slechts binden op de onderwerpen die de lokale regelingen niet bestrijken. Bij sommige rechtbanken zal dus de Beslagsyllabus øgeldenø en bij andere rechtbanken niet of slechts gedeeltelijk. Omdat de jurisprudentie ter zake doorgaans echter niet wordt gepubliceerd, is het praktisch onmogelijk om het feitelijke beleid van de rechtbanken na te gaan. Slechts de lokaal opererende advocaat zal de gebruiken van zijn gerecht door ervaring kennen. Voor de andere advocaten blijft het gissen: wordt doorgaans de lokale regeling toegepast of toch de landelijke regeling, of is er daarnaast een interne regeling²²⁰ die leidend is en zodoende bindt? De (landelijke) rechts-eenheid en rechtszekerheid zijn ter zake dus ver te zoeken. Er kunnen zodoende vraagtekens worden geplaatst bij de toegevoegde waarde van deze Beslagsyllabus. Eenheid wordt weliswaar bereikt via de jurisprudentiële bepalingen, maar daarvoor is de syllabus niet nodig. De *ex ante* bepalingen voorzien anderzijds juist niet in de bestaande behoefte van eenheid en rechtszekerheid. De syllabus kan zodoende thans, omdat aan geen van de eisen voor vaststelling is voldaan, niet als acceptabel worden beschouwd.

Wanneer echter de bepalingen in overeenstemming met de eisen van de rechterlijke onafhankelijkheid zouden worden vastgesteld (en dus andere bepalingen te verwachten zijn) is te verwachten dat deze wel worden nageleefd en dus eenheid bewerkstelligen. De redenen die voor lokale afwijkingen worden gegeven, zijn immers dat de Beslagsyllabus niet voldoet aan de feitelijke behoeften/wensen en effici-

Alkmaar vormen hierop de uitzondering, de regelingen ter zake van deze rechtbanken staan onder ørechtsgebiedenø en of in plaats van onder øregelingenø.

²¹⁷ Het is een andere vraag of het doelbewuste afwijkingen betreffen (of dat er bijv. een verouderde regeling op de website staat). Feit blijft echter dat deze afwijkingen niet bijdragen aan de rechtseenheid en rechtszekerheid.

²¹⁸ Dit geldt voor rechtbank Almelo en rechtbank Dordrecht. Overigens wordt de gerekwestreerde niet eerder dan na ontvangst van het GBA uittreksel gehoord (en dus wordt niet eerder het verlov verleend). Beide rechtbanken hebben tevens extra eisen met betrekking tot gerechtelijke bewaring. Bij rechtbank Almelo dient de aspirant-beslaglegger bij zijn verzoek om beslag op een onroerende zaak te leggen een uittreksel uit het kadaster te voegen. Rechtbank Utrecht heeft ten slotte een uitgewerkte regeling met betrekking tot de feitelijke gang van zaken ter uitvoering van de wettelijke regels met betrekking tot beslag op een periodieke uitkeringen en ten aanzien van gerechtelijke bewaring.

²¹⁹ In Amsterdam is het onder voorwaarden mogelijk om het beslag grijs te maken gedurende drie maanden, net als in Haarlem. In Den Haag geldt een øProef zwart maken maatregelen volgens 1019b en 1019c Rvø. De vraag kan worden gesteld of het grijs maken wel altijd grijs maken is en niet zwart maken; soms beide partijen (dus ook de gerekwestreerde) ter zitting worden gehoord. Over het zwart en grijs maken: Jongbloed 2008, p. 100-101 en Ynzonides 1994, p. 10-13.

²²⁰ Zoals rechtbank Den Haag de interne øHandleiding stafbureau voorzieningenrechterø hanteerde en wellicht nog steeds hanteert.

ency.²²¹ Wanneer de beoordelend voorzieningenrechtters en secretarissen in het totstandkomingsproces van een nieuw te vormen Beslagsyllabus zouden worden betrokken, kunnen deze redenen voor lokale afwijkingen worden weggenomen. Een causaal verband tussen onafhankelijkheid en rechtseenheid lijkt zodoende wederom aanwezig.

3.4 De kostenveroordeling: het Liquidatietarief, de Indicatietarieven en rapport Voor-werk II

3.4.1 Inleiding

In een dagvaardingsprocedure wordt de in het ongelijk gestelde partij op grond van art. 237-245 Rv in beginsel in de kosten van de procedure veroordeeld. In zaken waarin partijen niet in persoon kunnen procederen, kunnen de kosten aan salarissen en verschotten van de advocaat van de wederpartij ten laste van deze in het ongelijk gestelde partij worden gebracht. Anders dan men op grond van de tekst van art. 237 j° 239 Rv zou verwachten, pleegt de veroordeling in de kosten niet alle door de in het gelijk gestelde partij gemaakte kosten van rechtsbijstand te omvatten. Volgens een rechttersregeling: het Liquidatietarief rechtbanken en gerechtshoven, wordt namelijk bij een kostenveroordeling het salaris van de advocaat begroot op grond van genormeerde verrichte werkzaamheden en is afhankelijk van het (geldelijk) belang van de zaak. Als regel ligt het resultaat ruim beneden de werkelijke kosten van rechtsbijstand.²²²

Op grond van art. 6:96 lid 2 en c BW komen vervolgens de kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte in beginsel (want voor zover redelijk) als vermogensschade voor volledige vergoeding in aanmerking.²²³ Voor de situatie waarin deze voldoening buiten rechte onverhoopt niet wordt verkregen, oftewel wanneer de öincassoö mislukt en het op een procedure aankomt, bepaalt art. 241 Rv dat op (o.a.) de kosten ter voorbereiding van de gedingstukken en ter instructie van de zaak de regels betreffende de *proceskostenveroordeling* van toepassing zijn. Gevolg: een groot gedeelte van de kosten die aanvankelijk in beginsel volledig verhaalbaar waren, verschieten öbij mislukkingö van de buitengerechtelijke pogingen van kleur en komen nog slechts óal dan niet via het Liquidatietariefó gedeeltelijk voor vergoeding in aanmerking.²²⁴ De rechttersregeling örapport Voor-werk IIö öconcretiseertö vervolgens ten eerste de kosten die zijn aan te merken als öter voorbereiding van de gedingstukken en ter instructie van de zaakö ex art. 241 Rv. In paragraaf 8.3. staat immers: öwil er sprake zijn van afzonderlijke voor vergoeding in aanmerking komende kosten, dan zal het moeten gaan om verrichtingen die meer omvatten dan een enkele (eventueel herhaalde) aanmaning, het enkel doen van een óniet aanvaardó schikkingsvoorstel, het inwinnen van eenvoudige inlichtingen of het op de gebruikelijke wijze samenstellen van het dossierö. Ten aanzien van de buitengerechtelijke c.q. preprocesuele kosten die overblijven en dus in beginsel voor volledige vergoeding in aanmerking komen conform art. 6:96 lid 2 sub c BW, bepaalt rapport Voor-werk II bovendien dat deze kosten in beginsel forfaitair worden gematigd tot twee punten van het toepasselijke liquidatietarief met een maximum van 15 % van de hoofdsom.

In afwijking van het Liquidatietarief en wellicht ook rapport Voor-werk II, dient de proceskostenveroordeling in Intellectuele Eigendom zaken echter in beginsel (volledig) te zijn gebaseerd op de werkelijk gemaakte kosten. Dit volgt immers uit art. 14 van de Richtlijn handhaving van intellectuele eigendomsrechten²²⁵ welke bepaling is geïmplementeerd in art. 1019h Rv. Laatstgenoemd artikel brengt evenwel twee beperkingen aan op de veroordeling in de werkelijke kosten, namelijk: de veroordeling betreft redelijke en evenredige kosten, en er geldt een algemeen voorbehoud: tenzij de billijkheid zich

²²¹ Meijssen-Tierates scriptie 2007, p. 28-29.

²²² Smits 2008, p. 69-71 en Stein/Rueb 2007, p. 200-203.

²²³ De Minister van Justitie heeft overigens op 29 juni 2009 een voorstel gedaan aan de Tweede Kamer om de huidige norm voor buitengerechtelijke incassokosten nader in te vullen ter bevordering van de positie van de schuldenaar. In een AMvB zal op grond van dit voorstel een dwingendrechtelijke regeling worden opgenomen voor het vaststellen van incassokosten bij vorderingen tot 25.000,-. De incassokosten die in rekening mogen worden gebracht zullen een bepaald percentage van de hoofdsom bedragen, waarbij het percentage lager wordt naarmate de vordering hoger wordt. Wel wordt een minimumbedrag vastgesteld dat in ieder geval als redelijke incassokosten mag worden beschouwd, ongeacht de hoogte van de vordering.

²²⁴ Zie hierover uitgebreid (kritisch): Van Dijk 2006, p. 137-142.

²²⁵ Richtlijn 2004/48/EG. Zie over het toepassingsbereik van deze Handhavingsrichtlijn: Van der Laan 2007, nr. 96 en Verkerk 2006, p. 110-115.

tegen toewijzing van die kosten verzet. Per 1 augustus 2008 is de rechtersregeling Indicatietarieven in IE-zaken òn werking getreden ò waarin deze redelijkheid (en billijkheid) van de werkelijke kosten wordt genormeerd. Gekozen is voor een onderscheid tussen eenvoudige procedures en overige procedures, waarbij variërend van een eenvoudig kort geding in beginsel maximaal þ 6.000,- redelijk is, tot niet eenvoudige bodemzaken met repliek, dupliek en/of pleidooi waarbij in beginsel maximaal þ 25.000,- redelijk wordt beschouwd.

Ook op het gebied van de kostenveroordelingen blijken de rechterregelingen dus een flinke stempel te drukken op de in te vullen beslissingsruimte. En ook op deze plaats wordt zodoende de vraag gesteld of deze rechtersregelingen een acceptabele aanvulling zijn op regelgeving door de wetgever en de beslissing in de met waarborgen omklede procedure van een concreet geschil.

3.4.2 Het eerste vereiste: de rechterlijke onafhankelijkheid

Het zal intussen geen verrassing meer zijn dat ook het Liquidatietarief, de Indicatietarieven en het rapport Voor-werk II niet zijn vastgesteld conform de voorwaarden van de rechterlijke onafhankelijkheid. Het Liquidatietarief is namelijk vastgesteld in overleg tussen de NOvA en de NVvR en is goedgekeurd door het LOVC en het LOVC-hoven. Hoewel de NVvR²²⁶ betrokken is geweest bij de totstandkoming van deze rechtersregeling, is hiermee op geen enkele manier gewaarborgd dat (alle) individuele rechters de gelegenheid hebben gekregen te participeren in het totstandkomingsproces van de daarin neergelegde rechtsopvatting. Het rapport Voor-werk II is zelfs formeel vastgesteld door de NVvR en dus door een privaatechtelijke vereniging die geen (wettelijke) zeggenschap heeft over de rechtspraak. Er kan dan ook niet worden gesproken van rechterlijke zelfbinding. Bovendien is het in strijd met de onafhankelijkheid om de rechters aan dergelijke òregelgevingö gebonden te achten. Vervolgens zijn in het Liquidatietarief ook tarieven opgenomen met betrekking tot kantonprocedures, terwijl niet eens de voorzitters van de sectoren kanton waren vertegenwoordigd in het totstandkomingsproces of bij de goedkeuring van de regeling.

De Indicatietarieven zijn tot stand gekomen in een door het LOVC opgerichte werkgroep, waarna het LOVC deze regeling heeft goedgekeurd. In het voorwoord wordt daarnaast gemeld dat de tarieven tot stand zijn gekomen in samenspraak met de NOvA. Enige specificatie c.q. openheid omtrent de samenstelling van voormelde werkgroep en waaruit de samenspraak met de NOvA bestond, is wederom niet gegeven.²²⁷ Met betrekking tot de transparantie van de rechtersregelingen verdient het aanbeveling deze openheid wel te geven. Het rapport Voor-werk II is een aangename uitzondering op dit gebrek aan transparantie.²²⁸ Redelijk uitgebreid wordt in de inleiding het totstandkomingsproces weergegeven, inclusief een weergave van de leden van de ingestelde werkgroep.

Omdat we hier te maken hebben met regelingen op materieel procesrechtelijk gebied, zijn de vereisten van de rechterlijke onafhankelijkheid onverkort van toepassing. Dat de NOvA als belanghebbende in enige mate betrokken is geweest bij de totstandkoming van deze rechterregelingen biedt mijns inziens onvoldoende waarborg voor een òeerlijke regelingö om de vereisten ter zake alsnog te nuanceren. Hoewel de democratische legitimiteit (enigszins) zal worden bevorderd,²²⁹ kan met de betrokkenheid van

²²⁶ De NVvR is een beroepsvereniging en vakbond van rechters en officieren van justitie.

²²⁷ In een voetnoot wordt vermeld dat vragen, suggesties e.d. per e-mail kunnen worden verzonden aan het Landelijk Stafbureau Civiele Sectoren, een onderdeel van de Raad voor de rechtspraak. De vraag kan zodoende gesteld worden of de Raad ook bij de totstandkoming betrokken is geweest, de rechtersregeling zelf biedt daarover echter geen uitsluitel.

²²⁸ Het verdient evenwel (ook in verband met de transparantie en toegankelijkheid) aanbeveling om het rapport te publiceren op de algemene site van rechtspraak.nl. Thans (23 juli 2009) is deze rechtersregeling slechts te vinden op de site van de NVvR en op de websites van enkele gerechten. Zie voor kritiek met betrekking tot Voor-werk I: Venhuizen 1999, p. 234-243 en Venhuizen 2000, p. 217-218 met betrekking tot Voor-werk II: òHet is opmerkelijk dat iedere verwijzing naar de brede en soms heftige kritiek ontbreektö. Mijns inziens zou inderdaad ook dit aspect van het totstandkomingsproces in een rechtersregeling kenbaar moeten worden gemaakt. Eventuele kritiek op een eerdere versie moet worden besproken en weerlegd. De keuze voor bepaalde het hanteren van bepaalde forfaitaire tarieven dient te worden beargumenteerd.

²²⁹ Bij het rapport Voor-werk II zal deze democratische legitimatie groter zijn; het rapport is ter consultatie aangeboden aan de gerechtshoven, de arrondissementsrechtbanken, de kantonrechters, de NOvA, de Koninklijke Vereniging van Gerechtsdeurwaarders en de Nederlandse Vereniging van Rechtskundige Adviseurs, waarna ook mondelinge toelichtingen en nadere aanpassingen hebben plaatsvonden. Wanneer het rapport was vastgesteld

de NOvA immers niet worden gezegd dat de echte c.q. alle belanghebbenden: de justitiabelen, vertegenwoordigd zijn en zijn ògehoordò. Een justitiabele heeft er immers belang bij of hij een volledige proceskostenvergoeding krijgt van de wederpartij als hij in het gelijk wordt gesteld, en anderzijds bij het kostenrisico dat hij loopt wanneer hij (onverhoopt) in het ongelijk wordt gesteld. Grof gezegd krijgen advocaten in beginsel toch wel betaald, namelijk door deze justitiabelen; hun cliënten. Advocaten hebben mijns inziens voornamelijk belang bij het goed kunnen inschatten van de procesrisico's, en dus belang bij òeen regelingò.²³⁰ Wellicht dat bijvoorbeeld met de betrokkenheid van een consumentenbond de belangen van de justitiabelen bij de *inhoud*, en daarmee de democratische legitimiteit van de regeling, beter worden gewaarborgd.

Stel dat de hier besproken rechtersregelingen in de toekomst wel zouden worden vastgesteld conform de eisen die rechterlijke onafhankelijkheid stelt aan het vaststellen van rechtersregelingen, voldoen deze dan tevens aan de overige twee voorwaarden?

3.4.3. *Het tweede vereiste: geen politiek gevoelige onderwerpen of betrokken eigenbelangen*

Dat aan rechtsvorming omtrent kostenveroordelingen waardeconflicten inherent zijn, is hierboven al (impliciet) aan de orde geweest. Een systeem waarbij de proceskosten niet volledig worden vergoed door de in het ongelijk gestelde partij heeft immers twee totaal tegenovergestelde gevolgen. Enerzijds waarborgt dit systeem dat de drempel voor toegang tot de rechter niet te hoog wordt gemaakt (slechts een gematigde kostenveroordeling bij verlies).²³¹ Bovendien zou dit systeem eigenrichting voorkomen.²³² Anderzijds kan de drempel hierdoor juist te hoog worden: de hoge kosten van rechtsbijstand worden zelfs bij winst niet voldoende vergoed om de procedure te bekostigen.²³³ Dit laatste argument werd tijdens behandeling van de Wet tarieven in burgerlijke zaken (in februari 1843) door de (kleine) meerderheid van de Kamer aangehangen. Als gevolg hiervan lag aan de voorlopers van art. 237 en 239 Rv het uitgangspunt van een volledige vergoeding van de proceskosten ten grondslag, hetgeen nader werd uitgewerkt in de Wet tarieven in burgerlijke zaken.²³⁴ Langzamerhand is dit uitgangspunt losgelaten en is in 1955 een nieuw (het huidige) uitgangspunt verankerd in het eerste Liquidatietarief. Von Schmidt auf Altenstadt constateerde reeds dat de door de rechter gehanteerde tarieven zich steeds meer verwijderen van de werkelijkheid.²³⁵ De vraag is zodoende of met het Liquidatietarief een effectieve toegang tot de rechter ex art. 6 EVRM is gewaarborgd. Het is niet onwaarschijnlijk dat het EHRM deze vraag ontkennend zal beantwoorden en dat een aanzienlijk ruimer beleid uitgangspunt behoort te zijn bij de proceskostenveroordeling.²³⁶ Een meer op de reële proceskosten gebaseerde veroordeling lijkt ook in overeenstemming te zijn met (andere) Europese regelgeving, namelijk de Richtlijn Betalingsachterstand 2000/35/EG²³⁷ en de Richtlijn handhaving van intellectuele eigendomsrechten. Ook in de ons omringende landen is een ruimer beleid het uitgangspunt; in Engeland bijvoorbeeld

door gerechtsvertegenwoordigers of door de sector- of gerechtsvergaderingen zou bovendien wellicht zijn voldaan aan de eisen van de onafhankelijkheid. Daarvoor is het echter van belang te weten wat de consultatie van de rechtbanken en gerechtshoven inhield en welke mate deze consultatie heeft plaatsgevonden.

²³⁰ En wellicht ook bij een regeling waarbij de drempel om te procederen het laagst is. Maar wanneer is deze drempel het laagst? Zie §3.4.3: deze vraag is (zonder nader onderzoek) niet (makkelijk) te beantwoorden.

²³¹ Harreman & Tuil 2003, p. 54 merken echter op dat grote ondernemingen en grote ondernemers dan betrekkelijk risicoloos kunnen procederen.

²³² Stein/Rueb 2007, p. 203. En in Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering, Numann, E.J., artikel 237 Rv, aantekening 3 wordt nog opgemerkt dat omdat de uitkomst van een geding dikwijls onzeker is en dat het onderscheid in juridische motivering soms subtiel is voldoende mitigatiemogelijkheden nodig zijn om te voorkomen dat de kostenveroordeling in volle hardheid neerkomt op hoofd en beurs van een der partijen bij uitsluiting.

²³³ Smits 2008, p. 69-71.

²³⁴ In art. 29 Wet tarieven in burgerlijke zaken worden slechts voor een aantal verrichtingen van een advocaat een vast tarief bepaald; voor de overige verrichtingen regelt art. 30 de vaststelling van het salaris aan de hand van de aan de zaak bestede tijd.

²³⁵ Von Schmidt auf Altenstadt 2005, p. 16 en zie voor een overzicht van de wetsgeschiedenis uitgebreid: conclusie A-G Wesseling-van Gent voor HR 8 februari 2002, *NJ* 2002, 242.

²³⁶ Op grond van de Rewe/Comet-doctrine: HvJ EG 20 februari 1979, zaak 120/78 resp. HvJ EG 16 december 1976, zaak 45/76. Zie over deze doctrine ook: Von Schmidt auf Altenstadt 2005, p. 14-15.

²³⁷ Volgens Kamerstukken II 2001/02, 28 239 B, p. 4 waarborgen art. 237-245 Rv en het Liquidatietarief een redelijke kostenvergoeding, anders: Freudenthal, Milo en Schelhaas 2003, p. 91.

betaalt de verliezer 60-70% van de werkelijke kosten; in geval van *indemnity costs* zelfs 100%.²³⁸ De vraag die thans nog gesteld dient te worden en beantwoording behoeft is of dit ruimere beleid eigenrichting in de hand werkt. Dat een reële proceskostenveroordeling een te hoge drempel vormt voor een effectieve toegang tot de rechter is in ieder geval volgens de Europese regelgever niet het geval; integendeel zelfs.

Gezien het voorgaande is het tijd dat de Nederlandse wetgever de bepalingen betreffende de (pre)proceskostenveroordeling van Nederlandse oorsprong aan een heroverweging onderwerpt. Het gevolg van de regelgeving met Europese oorsprong enerzijds en de Nederlandse wetgeving en rechtersregelingen anderzijds is immers dat aan de ene kant wordt gekozen voor een ruim beleid maar anderzijds voor een beperkte kostenveroordeling.²³⁹ Zoals we hebben gezien zijn aanmerkelijke gevolgen verbonden aan de keuze voor een van beide uitgangspunten, wat neerkomt op een keuze die gemaakt wordt voor een bepaalde *o*waarde: het voorkomen van eigenrichting of effectieve toegang tot de rechter. Deze waarden lijken in elkaars verlengde te liggen en het is bovendien niet eens zeker of een ruimhartig beleid eigenrichting bevordert, maar de keuze voor een van de met deze argumenten onderbouwde uitgangspunten kan grote gevolgen hebben. De wetgever dient dan ook een bewuste keuze te maken, via het politiek en geïnformeerd besluitvormingsproces.²⁴⁰ Wanneer de wetgever deze keuze nog niet expliciet heeft gemaakt, dient ter zake door de rechters recht te worden gevormd op grond van alle omstandigheden het concrete geval en met de waarborgen van een procedure.

Bij de parlementaire behandeling van art. 1019h Rv *o*in welke bepaling op grond van de Handhavingsrichtlijn wel expliciet is *o*gekozen is in beginsel volledige proceskostenveroordeling is zelfs aangegeven dat de open normen *o*juist (zijn) opgenomen met het oog op een flexibele toepassing van de proceskostenveroordeling, waarbij rekening kan worden gehouden met de specifieke omstandigheden van de zaak, zoals *o*op basis van de billijkheid de omvang van de inbreuk en de toerekenbaarheid van de inbreuk aan de gedaagde. De rechter zal dus nagaan wat in de voorliggende zaak redelijke en evenredige kosten zijn en of er op grond van de billijkheid redenen zijn om niet de volledige kosten van de in het gelijk gestelde partij door de andere partij te laten dragen. Een rechtersregeling waarbij bij voorbaat zou worden geabstraheerd van de werkelijke kosten en de belangrijkste kostenposten worden gemaximeerd is niet in overeenstemming met de letter en geest van de Richtlijn. Partijen kunnen volgens de Minister desgewenst onderling afspreken dat ze zich in de desbetreffende zaak binden aan de regels van artikel 237 e.v. Rv en aan het huidige Liquidatietarief en geen beroep zullen doen op artikel 1019h Rv.²⁴¹ De Indicatietarieven met de daarin opgenomen *o*in beginsel gemaximeerde advocatenkosten lijken dus in strijd met hoger recht en zijn alleen al op grond daarvan niet aanvaardbaar. Het vaststellen van een van dit recht afwijkende *o*politieke regeling is immers niet aan het LOVC en de NOvA of een ander *o*rechterlijk gremium. Hetzelfde geldt voor rapport Voor-werk II. De eerder genoemde Richtlijn Betalingsachterstand beoogt de schuldeiser immers juist scherpe tanden te verschaffen, zodat het rapport naar mijn oordeel niet in overeenstemming met de richtlijn kan worden geacht.²⁴² Bovendien kan worden betoogd dat de eerste aanbeveling van het rapport wat betreft de stelplicht door de Hoge Raad reeds is *o*verruled.²⁴³

²³⁸ Harreman & Tuil 2003, p.54.

²³⁹ Over de gevolgen van de (pre)processuele kostenveroordeling op grond van het Rapport Voorwerk II en het Liquidatietarief en de matiging na contractuele overeenstemming, uitgebreid: Von Schmidt auf Altenstadt 2006, p. 17-22.

²⁴⁰ Wellicht dat dan ook weer duidelijkheid ontstaat over de grondslag van de kostenveroordeling. Bij de zienswijze volgens het Liquidatietarief blijft de grondslag voor de kostenveroordeling namelijk in het vage: de verliezer zou in beginsel geen onrechtmatige daad plegen, maar wat dan wel? Zie uitgebreid Stein/Rueb 2007, p. 203.

²⁴¹ MvA Kamerstukken I 2006/07, 30 392, p. 1-4.

²⁴² Knijp 2002, p. 100-103 stelt ook de vraag of de Nederlandse *wetgeving* wel voldoet aan de richtlijn. De schrijver geeft aan dat M. Freudenthal en P.C. Knijp deze vraag ontkennend beantwoorden, maar hij acht het mogelijk om het Nederlandse stelsel overeind te houden. Het is dan echter aan de rechterlijke macht om het recht in de lijn van de richtlijn de interpreteren en toe te passen.

²⁴³ Zie HR 24 september 2004, *NJ* 2006, 200 met betrekking tot bedongen proceskosten en de verkenning van de reikwijdte van dit arrest door Van den Brink & Wamsteker 2005, p. 3-5. Teuben 2004, p. 99 acht het bovendien niet ondenkbaar dat het steeds matigen c.q. forfaitair vaststellen van de kosten en wel tot twee punten van het Liquidatietarief verder gaat dan de wet toestaat.

Daar komt nog bij dat zowel het Liquidatietarief, de Indicatietarieven als (in mindere mate) het rapport Voorwerk II óals (informele) afspraken tussen rechters en advocatenó mededingingsrechtelijke vragen oproepen.²⁴⁴ Het laatste (rechtspolitieke) argument tegen de Indicatietarieven en rapport Voorwerk II is het eigen belang dat de rechters kunnen hebben bij een rechtersregeling met een dergelijke inhoud; een redelijkheidstoets concretiseren naar ieder geschil levert natuurlijk een extra werkdruk op ten opzichte van een rechtsregeling ter zake.²⁴⁵

Kortom, gezien de mogelijke waardeconflicten, de verschillende te maken keuzes en het mogelijke eigenbelang van de rechters bij een rechtersregeling, dient in beginsel de wetgever de gegeven beslissingsruimte via een algemene regeling nader in te vullen wanneer er behoefte is aan eenheid en rechtszekerheid.

3.4.4 Voorzien in een behoefte aan rechtseenheid en rechtsgelijkheid

Was of is er een behoefte aan rechtseenheid ter zake, en voorzien de hier besproken regelingen thans in deze behoefte?

In beginsel bestaat er een behoefte aan rechtersregelingen, omdat we te maken hebben met het invullen van beleidsruimte: het vaststellen van de hoogte van vergoedingen. Ook al staan rechtsmiddelen open, de Hoge Raad toetst de beslissingen van de lagere rechters op grond van deze beleidsruimte slechts beperkt.²⁴⁶ Bij het ontbreken van een rechtersregeling die als õrechtö in de zin van art. 79 Wet RO kan worden gekwalificeerd, zijn deze beslissingen immers slechts feitelijk of gemengd van aard, zodat de Hoge Raad slechts in beperkte mate als rechtseenheidsvoorziening dienst kan doen. Voordat bijvoorbeeld de Indicatietarieven werden vastgesteld, bestond in de praktijk dan ook behoefte aan een handvat om de redelijkheid van de kosten te beoordelen.²⁴⁷ De rechters zouden wisselende normen hanteren om deze redelijkheid te beoordelen.²⁴⁸ Het vaststellen van een rechtersregeling was zodoende in beginsel een logische reactie op deze situatie.

Omdat de rechtersregelingen ter zake echter niet zijn vastgesteld door een bevoegd orgaan, kunnen zij thans niet gekwalificeerd worden als recht.²⁴⁹ De (lagere) rechters dienen zodoende alsnog ómaar dan via de rechtersregelingenó onderling in de behoefte aan eenheid te voorzien. Met betrekking tot de veroordelingen in de advocatenkosten en de preprocesuele kosten lijkt dat in beginsel haalbaar. Ik heb immers geen externe lokale, afwijkende rechtersregelingen kunnen vinden. Of er interne lokale rechtersregelingen worden toegepast is overigens niet bekend, en is via de (beperkt gepubliceerde) jurisprudentie niet te achterhalen.²⁵⁰ Uit de wel beschikbare jurisprudentie en uit de literatuur volgt het

²⁴⁴ HvJ EG 19 februari 2002, *NJ* 2002, 425 en Von Schmidt auf Altenstadt 2005, p. 16.

²⁴⁵ Von Schmidt auf Altenstadt 2005, p. 16.

²⁴⁶ Zie ook paragraaf 3 in de noot van A.W. Jongbloed bij HR 15 april 2005, *JBPr* 2005, 50.

²⁴⁷ De rechtbanken Amsterdam en Den Haag hanteerden reeds voor de Indicatietarieven een richtbedrag voor een niet al te gecompliceerd kort geding van 15.000,- voor salaris advocaten, zie: Numann 2008, 15 XII ook voor een literatuuroverzicht ter zake. In de Indicatietarieven wordt thans voor een eenvoudig kortgeding 6.000,- redelijk bevonden. Dat is dus minder dan de helft van het bedrag dat de rechtbanken Amsterdam en Den Haag hanteerden. M.b.t. õoverigeö kort gedingen komen de Indicatietarieven wel overeen met dit eerdere beleid.

²⁴⁸ Over het al dat niet moeten aanmerken van goede trouw bij de inbreuk of grootschalige piraterij als doorslaggevende maatstaf bij de beoordeling: MvT, 30 392, nr. 3, p. 28, Voorlopig Verslag Kamerstukken I, 30 392, p. 2-3 en MvA Kamerstukken I, 30 392, p. 1-4. Zie hierover ook Visser en Tsoutsanis 2006, p. 1941 en Burgerlijke Rechtsvordering, Numann, E.J., artikel 1019h, aantekening 5. Mijns inziens liepen de gronden óin de (beperkt) gepubliceerdeö uitspraken overigens niet zozeer uiteen, maar waren afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval in verschillende gronden doorslaggevend, zie ook het overzicht in: MvA Kamerstukken I 2006/07, 30 392, p. 1-4. Op grond van deze (beperkte) informatie had ik een rechtersregeling dan ook in beginsel niet nodig geacht; de rechtspraak was in ontwikkeling, maar (redelijk) in overeenstemming met het gelijkheidsbeginsel.

²⁴⁹ Met betrekking tot het Liquidatietarief en rapport Voorwerk II resp. HR 3 april 1998, *NJ* 1998, 571 (HR 15 februari 2002, *NJ* 2002, 197 over het Liquidatietarief van het Gemeenschappelijk Hof Nederlandse Antillen en Aruba) en HR 19 november 2004, *NJ* 2005, 553.

²⁵⁰ Doorgaans worden juist de bijzonderheden gepubliceerd. Om een zekerder beeld te krijgen (ook van het werkstellingen van eenheid) zou een aselechte steekproef kunnen dienen en/of een rondvraag bij gerechten en öklanten van het rechtsbedrijfö. In Van Dam-Lely & Tuil 2008, p.20 wordt overigens door de heer Bock (Raadsheer Hof Leeuwarden) melding wordt gemaakt van het õmorrelenö aan het Liquidatietarief in vooral neerwaartse richting.

beeld dat in ieder geval het Liquidatietarief door de gerechten wordt gevolgd;²⁵¹ en dus dat deze regeling de rechters in steeds groter wordende mate bindt (precedentbinding). Ook bij een minnelijke regeling pleegt op basis van het Liquidatietarief afgerekend te worden.

Op grond van het voorgaande acht ik het mogelijk te betogen dat van de regelingen betreffende de (proces)kostenveroordelingen een grote mate van normerende werking uit gaat. In een behoefte aan rechtseenheid wordt dan ook in beginsel voorzien. Hoewel het niet voldoen aan de eisen van de rechterlijke onafhankelijkheid nu niet in de weg blijkt te staan aan het bewerkstelligen van rechtseenheid, zorgt dit gebrek er echter wel voor dat de kwaliteit van deze óontwikkelde en in ruime mate toegepaste (politiek gevoelige)ó normen op geen enkele wijze is gewaarborgd. Daarnaast lijken de rechtersregelingen geen rechtszekerheid en rechtsgelijkheid te (kunnen) bewerkstelligen. Allereerst hebben zowel het Liquidatietarief als de Indicatietarieven betrekking op de vergoeding van processuele advocaatkosten. Beide regelingen normeren deze kosten echter op andere gronden, zoals we in §3.4.1 hebben gezien, en zijn gestoeld op een ander uitgangspunt: wel of geen volledige kostenveroordeling. Hoewel de Indicatietarieven lijken te zijn verwijderd van het uitgangspunt van art. 1019h Rv (in beginsel volledige kostenveroordeling, maar in de Indicatietarieven zijn bij voorbaat de redelijke proceskosten in beginsel gemaximeerd), zullen de kostenveroordelingen op grond van beide rechtersregelingen logischerwijze uiteen blijven lopen. De vraag die dan opkomt is: waarom krijgt men bij een (onrechtmatige) auteursrechtinbreuk een hogere proceskostenvergoeding dan bij een onrechtmatige publicatie of andere onrechtmatige daad?²⁵² Ook ten aanzien van de vergoeding van de preprocesuele kosten geldt deze ongelijkheid. Een verklaring op grond van de verschillende oorsprong (Europees dan wel nationaal) van de regels kan mijns inziens deze verscheidenheid niet rechtvaardigen.

Het blijft onbevredigend dat er met betrekking tot de kostenveroordelingen verschillende normen gelden voor IE-zaken en overige zaken. De rechtersregelingen brengen de normen wel dichter bij elkaar, en lijken ook per ódeelgebiedó eenheid te bewerkstelligen, maar de Indicatietarieven en het rapport Voor-werk II bleken in strijd te de zijn met hoger recht. Bovendien is rechtsvorming waarbij een keuze moet worden gemaakt tussen conflicterende normen in beginsel beter toegerust bij het democratisch gelegitimeerde besluitvormingsproces van de formele wetgever.²⁵³ Mijns inziens zou bijvoorbeeld een verjongingskuur na ruim 160 jaar van de Wet tarieven in burgerlijke zaken in de behoefte aan nadere handvaten voor de rechters en justitiabelen kunnen voorzien.

3.5 De Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters

3.5.1 Inleiding

In Nederland heeft de werkgever als hij het dienstverband van één van zijn werknemers wil beëindigen óin het geval de overeenkomst niet met wederzijds goedvinden wordt beëindigdó de keuze uit twee wegen om deze werknemer (te proberen) te ontslaan. Ten eerste kan de werkgever de arbeidsovereenkomst opzeggen nadat hij toestemming heeft verkregen van het UWV WERKbedrijf. Ten tweede kan hij ontbinding verzoeken bij de bevoegde kantonrechter wegens gewichtige redenen, op grond van art. 7:685 BW. Het belangrijkste verschil tussen beide wegen is de ontslagvergoeding. Het UWV kan namelijk geen vergoeding toekennen. Wanneer de arbeidsovereenkomst op deze manier óna het verkrijgen van toestemming van het UWVó is opgezegd, kan de werknemer op zijn beurt wel in rechte schadevergoeding vorderen wegens kennelijk onredelijk ontslag, ex art. 7:681 BW.²⁵⁴ Over de wijze waarop deze vergoeding dient te worden berekend, bestaat thans zowel in de literatuur als in de rechtspraak onenigheid. Soms wordt de kantonrechtersformule ódie ontwikkeld en bedoeld is voor de hierna te bespreken tweede ontslagrouteó gehanteerd, maar wordt slechts 70% of 50% van de uitkomst van de be-

²⁵¹ Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 25 september 2002, *NJ* 2003, 128; slechts in bijzondere omstandigheden wordt afgeweken en Von Schmidt auf Altenstadt 2005, p. 14.

²⁵² Visser en Tsoutsanis 2006, p. 1945-1946.

²⁵³ Dat de wetgever uiteindelijk de beslissingsruimte invult op een soortgelijke manier als door de vaststellende gremia van (een van) de rechtersregelingen is geschiedt is overigens mogelijk (want simpele en goed te hanteren). Het door de wetgever gekozen uitgangspunt en de daarop gebaseerde normen kunnen dan echter democratisch gelegitimeerd worden geacht, en vrij van eigen belang van de rechters en advocaten. Zie Van Dam-Lely & Tuil 2008, p. 15-19 en Huydecoper 2005, p. 4-31 voor eventuele mogelijkheden voor het invullen van de beslissingsruimte.

²⁵⁴ Knipschild & Van der Meer 2009, p. 78.

rekening volgens deze formule toegekend; in andere gevallen wordt toepassing van de kantonrechtersformule expliciet van de hand gewezen.²⁵⁵

De tweede mogelijkheid bestaat zoals gezegd uit het verzoeken van de kantonrechter ex art. 7:685 BW om de arbeidsovereenkomst wegens ógewichtige redenenö te ontbinden. Als gewichtige redenen worden onder meer beschouwd överanderingen van omstandigheden, welke van dien aard zijn, dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigenö. Sinds 1 juli 1954 is het mogelijk dat de kantonrechter óals hij het verzoek tot ontbinding wegens veranderingen in de omstandigheden inwilligtó aan een der partijen (ten laste van de wederpartij) een billijke vergoeding toekent.

Het aantal verzoeken op grond van art. 7:685 BW (tot 1 april 1997 art. 7A:1639w BW) is vanaf de jaren zeventig van de vorige eeuw explosief gegroeid: in 1977 werden nog geen 500 en in 1990 ongeveer 10.000 verzoeken ingediend; in 1995 waren dat ruim 45.000.²⁵⁶ Het toekennen van een billijke vergoeding werd gaandeweg een probleem. Het billijkheidsoordeel van de kantonrechters óen dus de hoogte van de toegekende vergoedingenö liep namelijk sterk uiteen. De bestaande rechtspraak omtrent deze ontbindingsvergoedingen werd vergeleken met een tombola; vanuit de wetenschap en de advocatuur werd regelmatig kritiek geuit over de rechtsongelijkheid en de rechtsonzekerheid hieromtrent.²⁵⁷ In de juridische literatuur doken diverse formules op aan de hand waarvan een billijke vergoeding kon worden öberekendö,²⁵⁸ en ook de kantonrechters zelf achtten de grote verschillen ósoms zelfs binnen één kantonö onwenselijk en ontwikkelden zodoende regionale modellen.²⁵⁹ öDe kantonrechtersformuleö kwam derhalve in vele varianten voor, zodat slechts regionale eenheid werd bewerkstelligd.²⁶⁰ Omdat de politiek het óondanks het aanvankelijke voorstel om de ontslagvergoedingen wettelijk (landelijk) te normerenö uiteindelijk heeft laten afweten,²⁶¹ heeft de Kring van Kantonrechters het initiatief genomen om o.a. de open norm betreffende de hoogte van deze ontslagvergoedingen nader in te vullen. Dit initiatief resulteerde in de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters, welke met ingang van 1 januari 1997 öin werking tradenö.²⁶² Een ter zake belangrijk onderdeel van deze Aanbevelingen vormt de kantonrechtersformule. Deze formule houdt in dat de hoogte van deze ver-

²⁵⁵ Een kennelijk onredelijk ontslagvergoeding is dus doorgaans lager dan een vergoeding op grond van art. 7:685 BW. Op 14 oktober 2008 heeft het Hof ø-Gravenhage enkele uitspraken gedaan waarbij de kantonrechtersformule verminderd met 30% als uitgangspunt is genomen bij de berekening van de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding: LJ-nummers: BF8136, BF6720, BF6790, BF8122, BF6960, zie ook: *JAR* 2009/290 en *JAR* 2009/291. Knipschild 2009, p. 46 en Heerma van Voss & Van Slooten 2009, p. 874-875 bespreken deze uitspraken. De gerechtshoven Amsterdam, ø-Hertogenbosch en Leeuwarden hanteren sinds 7 juli 2009 evenwel de XYZ-formule die doorgaans neerkomt op 50% van de ABC-kantonrechtersformule: LJ-nummers: BJ1644, BJ1648, BJ1710, BJ1713, BJ1716 en BJ1688, zie ook öHoven voeren XYZ-formule in bij kennelijk onredelijk ontslagö, *NJb* 2009, afl. 27, p. 1801. Het maakt dus verschil of je in Den Haag of bijv. Amsterdam woont voor de hoogte van deze vergoeding. Thans ligt een öart. 7:681 BW-zaakö bij de Hoge Raad, zie voor de conclusie van A-G Spier d.d. 4 september 2009: LJN: BJ6596. De politiek houdt zich zo lang stil: Tweede Kamer, 2008-2009, 31 862, nr.6. Over de ontwikkelingen in de verhouding tussen de ö7:681ö- en ö7:685ö-vergoedingen: Scholtens 2002, nr. 59.

²⁵⁶ Buijs & Stroink 1997, p. 32.

²⁵⁷ Scholtens 1997, nr. 10, Trap & Vogel 1996, p. 251-252, Ulrici 2009, p. 234-235 en Van der Meer & Rensink 1996, p. 7-19. Uit de Statistieken van Scholtens 1995, nr. 26 blijkt dat de bandbreedtes gigantisch waren.

²⁵⁸ Van der Meer & Rensink 1996, p. 14 voetnoot 27 voor een overzicht van formules die auteurs hebben ontwikkeld, maar welke geen van allen echt breed ingang heeft gevonden.

²⁵⁹ Ulrici 2009, p. 234-235. De formule van de kantongerechten Utrecht en Amersfoort is gepubliceerd in *ArbeidsRecht* 1996, nr. 52, de formule van Breda in *ArbeidsRecht* 1996, nr. 61 en de formule van Amsterdam in *ArbeidsRecht* 1996, nr. 62.

²⁶⁰ Scholtens 1995, nr. 26, Scholtens 1997, nr. 10 en Trap & Vogel 1996, p. 251-252. Naar aanleiding van het publiceren van de regionale formules maakten Van Marwijk Kooy 1996, nr. 68 maakte öeen rondje langs de veldenö, waaruit bleek dat de meerderheid (29) van de 45 responderende kantongerechten (van de 61) reeds variant 3 van de Kantonrechtersformule hanteerden.

²⁶¹ Scholtens 1995, nr. 26, Scholtens 1997, nr. 10 en Trap & Vogel 1996, p. 251-252. Door CDA Kamerlid Soutendijk-van Apeldoorn is reeds in de vorige eeuw de suggestie gedaan te onderzoeken of de vergoeding wettelijk te normeren zou zijn. In het in 1994 aan de Raad van State een voorstel toegezonden tot afschaffing van het BBA, waarin een dergelijke normering was opgenomen. Dit voorstel heeft nimmer het predicaat wet gekregen.

²⁶² Buijs & Stroink 1997, p. 32-37, Scholtens 1997, nr. 10, Trap & Vogel 1996, p. 251-252 en Van der Meer 2003, nr. 1.

goedingen als volgt wordt vastgesteld: $A \cdot B \cdot C$, waarbij δA het aantal gewogen dienstjaren betreft, δB is het maandsalaris van de werknemer, en δC fungeert als correctiefactor (die in een doorsnee geval neutraal is: $C = 1$). De genoemde factoren zelf zijn in de Aanbevelingen ook nader toegelicht, ingevuld c.q. genormeerd. Afgesproken werd dat de Aanbevelingen vijfjaarlijks zouden worden geëvalueerd. In 2001/2002 heeft zodoende een onderzoek binnen de Kring van Kantonrechters plaatsgevonden, hetgeen uitwees dat deze rechters tevreden waren met de formule.²⁶³ In 2006 óhet tweede geplande evaluatiemomentó leek de wetgever te slagen in het vastleggen van een (wettelijke) normering van de ontbindingsvergoedingen, zodat de evaluatie aanvankelijk geen doorgang vond. Toen de wettelijke normering óevenals vorige kerenó²⁶⁴ mislukte, heeft de evaluatie alsnog plaatsgevonden. Uit deze evaluatie volgde een aantal knelpunten, namelijk: de leeftijdscategorieën, de rol van de pensioengerechtigde leeftijd, de door de kantonrechters gehoorde klacht van werkgevers dat zij de dure ontslagvergoedingen niet konden betalen²⁶⁵ en de toepassing van de formule bij de zeer korte dienstverbanden. De uitkomst van de formule werd soms onredelijk geacht en bepaalde kantonrechters hadden daarvoor reeds een oplossing gevonden in een afwijking c.q. nadere invulling van de formule, bijvoorbeeld via de *öGroen-variantö* (vernoemd naar de Hilversumse kantonrechter Groen). De kantonrechtersformule van 1997 die bedoeld was om breed te worden gedragen, dreigde de eenheid niet meer te kunnen bevorderen/bewerkstelligen.²⁶⁶ De Kring van Kantonrechters heeft zodoende eind oktober 2008 besloten om per 1 januari 2009 deze formule aan te vullen en de (ABC-)factoren nader en anders te normeren.²⁶⁷ Op 10 oktober 2008 had de Minister van Justitie Hirsch Ballin echter een wetsvoorstel met bijbehorende Memorie van Toelichting gereed omtrent de *ömaximering vergoeding hogere inkomensö*, oftewel de beperking en dus (gedeeltelijke) normering van de ontbindingsvergoedingen.²⁶⁸ Gezien de maatschappelijke impact van de ontbindingsvergoedingen en de (voordurende politieke) discussie daaromtrent, dient de vraag te worden beantwoord of de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters (zoals deze recent zijn vastgesteld) óals rechtersregelingó acceptabel zijn. De Aanbevelingen bevatten naast de kantonrechtersformule (invulling van materieel recht) regels over het (procedurele) verloop van de ontbindingsprocedure, zoals: termijnvoorschriften, aanbevelingen over hoe te handelen bij het niet verschijnen van de verweerder, omtrent de inhoud en motivering van de beschikking, en de (onmogelijkheid van een) proceskostenveroordeling in de ontbindingsprocedure. Ook ten aanzien van deze (formeel en materieel) procesrechtelijke bepalingen dient natuurlijk de vraag naar de aanvaardbaarheid/geschiktheid van de rechtersregeling te worden beantwoordt.

3.5.2. *Het eerste vereiste: de rechterlijke onafhankelijkheid*

Over het totstandkomingsproces van de Aanbevelingen wordt in deze rechtersregeling zelf slechts vermeld dat óin de plenaire vergadering van de Kring van Kantonrechters van 30 oktober 2008 is besloten tot wijziging van een aantal aanbevelingen en de bijbehorende toelichtingó. Dat een besluit in de plenaire (oftewel: voltallige) vergadering van de Kring van Kantonrechters niet het gehele totstandkomingsproces omsluit blijkt uit de literatuur. Mijn *öAanbevelingó* is echter dat het vaststellend gremium in de considerans van de rechtersregeling de totstandkomingsgeschiedenis weergeeft. In de literatuur worden wel verschillende gedeeltes van de totstandkoming belicht, maar niet is zeker of deze verschillende gedeeltes samen het complete totstandkomingsproces vormen. Bovendien vind ik dat uit de

²⁶³ Van der Meer 2003, nr.1. De kantonrechtersformule is gaandeweg wel op enige (ondergeschikte) punten aangevuld en aangepast. Zie www.rechtspraak.nl, *öNaar de rechterö*, *öLandelijke regelingenö*, *ösector kantonö*, vervolgens in de zijbalk *öAanbevelingen van de Kring van Kantonrechters (kantonrechtersformule)ö* voor een overzicht van de tussentijdse wijzigingen en de inhoud daarvan (op 31 juli 2009).

²⁶⁴ Voor een uitgebreid overzicht van de politieke ontwikkelingen omtrent ontslagvergoedingen tussentijds: Scholtens 2000, p. 15 en 17, Scholtens 2004, nr. 12, Scholtens 2005, nr. 14 en Trap & Vogel 1996, p. 251.

²⁶⁵ Knipschild & Van der Meer 2009, p. 80.

²⁶⁶ Knipschild & Van der Meer 2009, p. 79-80 en Ulrici 2009, p. 235.

²⁶⁷ De nieuwe Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters (waaronder de kantonrechtersformule) zijn o.a. gepubliceerd op www.rechtspraak.nl en in *ArbeidsRecht* 2008, nr. 61. Voor een bespreking van de nieuwe kantonrechtersformule, o.a.: Beltzer 2009, p. 241-242, Duk 2009, p. 238-239, Heerma van Voss 2009, p. 236-237, Hofhuis 2009, p. 38-39, Knipschild & Van der Meer 2009, p. 78-82, Peters 2009, p. 240-241, Rutgers 2008, nr. 72, Splinter 2009, p. 40-43, Ulrici 2009, p. 234-236, Van Slooten 2009, p. 237-238 en de *öNieuwe kantonrechtersformule voor de eerste keer toegepastö*, *NJb* 13 februari 2009, afl. 6, p. 406-407.

²⁶⁸ Tweede Kamer, 2008-2009, 31 862, nr. 3 (MvT).

rechtersregeling zelf moet blijken wie betrokken waren bij de totstandkoming daarvan, zoals ik al eerder in dit hoofdstuk heb betoogd. Waren alle kantonrechters immers vertegenwoordigd in de genoemde voltallige vergadering van de Kring van Kantonrechters, of waren de sectorvergaderingen anderszins betrokken bij de totstandkoming?

De Kring van Kantonrechters is een zelfstandige, private vereniging waarvan de meeste, maar niet alle kantonrechters lid zijn. De Kring is zodoende geen orgaan van de rechterlijke macht, maar fungeert feitelijk als een òsectie kantonrechtersö van de NVvR.²⁶⁹ Dat de Kring over de wijzigingen van de Aanbevelingen heeft besloten in de voltallige vergadering betekent dus bovendien niet dat alle kantonrechters daarbij aanwezig waren. Teneinde een oordeel te kunnen geven over het voldoen aan de vereisten van de rechterlijke onafhankelijkheid is zodoende inzicht vereist in het voorafgaande proces. Zoals in de vorige subparagraaf al kort is aangegeven, heeft de Kring ómeer specifiek: de door de Kring ingestelde Commissie arbeidsrechtó de rechtersregeling van 1997 recent voor de tweede keer geëvalueerd. De Commissie arbeidsrecht heeft vervolgens in de voorjaarsvergadering 2008 van de Kring voorstellen ter wijziging voorgedragen, aan de hand waarvan is gestemd in deze vergadering. Volgens Ulrici ókantonrechter te Amsterdamó vond dat stemmen niet sjiek met stemkastjes plaats, maar gewoon met opsteken van gekleurde velletjes papier; rood, groen of wit. De Commissie arbeidsrecht heeft aan de hand van de uitkomst van de stemming voor de najaarsvergadering van 2008 een herziene tekst opgesteld. Ulrici vermeldt dat na een consultatieronde de wijzigingen óal polderendö zijn aangenomen.²⁷⁰

De vragen die hiermee echter niet zijn beantwoord, betreffen; uit wie bestaat de Commissie arbeidsrecht, wat hield de evaluatie in en wat waren de precieze uitkomsten,²⁷¹ wat waren de voorstellen waarover werd gestemd en wat was de uitkomst van de stemming met de gekleurde velletjes papier en waaruit bestond de consultatieronde?

Met betrekking tot de totstandkoming van de Aanbevelingen in 1997 is wel bekend dat de Commissie arbeidsrecht bestond uit vijf kantonrechters uit zowel grote als kleine(re) kantongerechten verspreid over het land.²⁷² Is dat thans ook het geval? Het blijft gissen. Gissen blijft het ook met betrekking tot het antwoord op de hamvraag omtrent de rechterlijke onafhankelijkheid, namelijk: heeft de sectorvergadering geparticipeerd in het totstandkomingproces?

Dat hangt (mede) af van de wijze waarop de evaluatie heeft plaatsgevonden. Bij de enquête in 1997 zijn, als ik het goed heb begrepen, alle kantonrechters betrokken geweest.²⁷³ Hoewel dit nog niets zegt over de mate van participatie, zou het in verband met het bewaken van eerlijke rechtspraak (ratio onafhankelijkheid) al een stap in de goede richting zijn als bij de laatste evaluatie wederom alle kantonrechters zijn ógehoordö. Bij de evaluatie in 2001/2002 was dit evenwel niet het geval. Slechts aan de leden van de Kring is een enquêteformulier toegezonden met 38 meerkeuzevragen, waarbij wel de mogelijkheid bestond om opmerkingen te maken. De respons was maar 67 %.²⁷⁴ Ik weet niet wat de reden is van deze beperkte respons, maar mij lijkt het gerechtvaardigd om vraagtekens te plaatsen bij de representativiteit van deze evaluatie.

Ulrici geeft aan dat in de Kring in 2008 óal polderendö tot overeenstemming is gekomen, hetgeen duidt op een inhoudelijk debat in de Kringvergadering dat aanmerkelijk verder ging dan enkel stemmen door een gekleurd papier op te steken. In verband met het bewerkstelligen van eerlijke rechtspraak is een dergelijk debat ówat logischerwijze een uitgekristalliseerde en kwalitatief hoogwaardigere regeling tot gevolg zal hebben dan bij totstandkoming via een stemmingsrondeó toe te juichen.

Afgezien van het eerdere gissen, zou men op grond van het voorgaande kunnen betogen dat wel degelijk (enigszins) eerlijke rechtspraak wordt gewaarborgd via het totstandkomingsproces (in 1997 ruime enquête, recent debat) en zodoende dat de Aanbevelingen tot stand zijn gekomen conform de ratio van

²⁶⁹ Hofhuis 2009, p. 38-39.

²⁷⁰ Ulrici 2009, p. 235.

²⁷¹ Slechts de algemene lijnen/conclusies zijn bekend gemaakt, zie bijvoorbeeld de bespreking van Knipschild & Van der Meer 2009, p. 80.

²⁷² Ulrici 2009, p. 235.

²⁷³ Van der Meer 2003, 1 en Van Dijke 2001, p. 163-170. Buijs & Stroink 1997, p. 33 stellen een soortgelijke vraag met betrekking tot de uitkomsten van de resultaten van het aanvankelijke onderzoek dat aan de Aanbevelingen van 1997 ten grondslag lag. òDe resultaten van dit onderzoek zijn om niet openbaar gemaakte redenen geheim gehouden. En juist dat onderzoek vormt de wankelende basis voor de aanbevelingenö.

²⁷⁴ Van der Meer 2003, nr. 1.

de rechterlijke onafhankelijkheid. Het vaststellen van deze rechtersregeling door een privaatrechtelijke vereniging roept echter vragen op omtrent de grondslag van eventuele binding van de kantonrechters aan de regeling; waaronder dus en met name van degenen die als niet-lid van de Kring geen invloed hebben kunnen uitoefenen op de recente wijziging door bijvoorbeeld te reageren op een tussentijds concept en/of door bij te dragen aan het öpolderenö. De Kring heeft immers geen bevoegdheden om de(ze) kantonrechters te binden. Maar als van zelfbinding dus geen sprake is, wat is dan de grondslag? Momenteel bestaat deze andere grondslag niet. Deze constatering heeft tot gevolg dat moet worden gezegd dat de aanbevelingen in ieder geval gedeeltelijk zijn vastgesteld in strijd met de rechterlijke onafhankelijkheid. Een dergelijke private vereniging dient de rechter(lijke uitspraken) immers niet op voorhand te kunnen beïnvloeden.

Hofhuis geeft echter aan dat door de eis te stellen dat de sectorvergaderingen betrokken dienen te zijn bij de totstandkoming/vaststelling van rechtersregelingen, nog geen goed toepasbaar systeem ontstaat. In tal van sectoren zijn immers meer dan honderd of zelfs meer dan tweehonderd personen werkzaam. Een zinvolle bespreking van onderwerpen betreffende de landelijke uniforme rechtstoepassing is volgens hem zodoende niet te verwachten.²⁷⁵ Teneinde rechterlijke onafhankelijkheid, en in het verlengde daarvan, de democratische legitimiteit van deze regelingen te waarborgen is het m.i. echter onvermijdelijk om te eisen dat de sector- (of gerechts)vergaderingen bij de totstandkoming betrokken zijn. Deze participatie lijkt mij bovendien heel goed mogelijk. We leven tegenwoordig in een tijd waar internet en intranet bestaat, een öfysieke bijeenkomstö is dan ook niet meer nodig. Een virtuele vergadering of forum kan worden gecreëerd waar alle betrokkenen gedurende een bepaalde periode de gelegenheid krijgen te reageren op een voorstel, een concept, knelpunten kenbaar kunnen maken of bijvoorbeeld ideeën kunnen aandragen. Het was zelfs in de negentiger jaren van de vorige eeuw mogelijk om zonder een dergelijk forum een enquête bij alle kantonrechters af te nemen, dus nu zou minstens hetzelfde moeten kunnen.²⁷⁶ Ik zie overigens ook mogelijkheden om deze consultatie per gerecht te laten plaatsvinden en dat vertegenwoordigers van alle gerechten öhun resultaatö met elkaar bespreken, mits een eventueel daaropvolgend concept dan weer wordt voorgelegd aan de öachterbanö. Er zijn denk ik nog wel tientallen manieren te verzinnen die binnen de grenzen van de onafhankelijkheid blijven; de meest werkbare manier zal evenwel het best aangewezen kunnen worden door de rechterlijke macht zelf. Wellicht dat de wetgever en de rechterlijke macht gezamenlijk het kader voor dit overleg kunnen ontwikkelen en vastleggen.

Na dit zijspoor weer terugkomende op het hoofdspoor, stel ik de vraag: als zou zijn voldaan aan de eisen die rechterlijke onafhankelijkheid stelt aan de totstandkoming van rechtersregelingen, zijn hiermee dan alle bezwaren weggenomen?

3.5.3 *Het tweede vereiste: geen politiek gevoelige onderwerpen of betrokken eigenbelangen*

Wat betreft het tweede vereiste voor het vaststellen van een rechtersregeling lijkt een ontkennend antwoord op voorgaande vraag onvermijdelijk. Het gedeelte van de Aanbevelingen aan de hand waarvan de ontslagvergoedingen worden berekend öde kantonrechtersformuleö is immers al lange tijd onderwerp van politiek debat. Als onderdeel van het ontslagrecht, al dan niet in verband met de eventuele wettelijke normering hebben de ontbindingsvergoedingen immers altijd op veel belangstelling kunnen rekenen.²⁷⁷ Ook in de literatuur is ten aanzien van de eerdere versie(s) van de kantonrechtersformule al hevig gediscussieerd en kritiek geuit.²⁷⁸ Er is bijvoorbeeld betoogd dat de kantonrechtersformule voorziet in het oneigenlijk gebruik van de ontbindingsprocedure,²⁷⁹ en öin het verlengde daarvanö dat de ontbindingsprocedure tegen de bedoeling in, de meest gekozen weg van het ontslagrecht is geworden. Deze ontwikkeling is gezien het gebrek aan (procedurele) waarborgen bij de totstandkoming van de kantonrechtersformule des te opmerkelijker. De formule is als gevolg hiervan getypeerd als staats-

²⁷⁵ Hofhuis 2009, p. 38-39.

²⁷⁶ Eventueel gefaciliteerd door de Raad voor de rechtspraak.

²⁷⁷ Over de politieke pogingen in het verleden: Scholtens 2000, p. 15, Scholtens 2004, nr.12, Scholtens 2005, nr. 14 en 17 en Trap & Vogel 1996, p. 251.

²⁷⁸ Loonstra & Zondag 2000, p.1268-1274 hebben de toentertijd geuite vermogensrechtelijke, sociaaleconomische en arbeidsrechtelijke kritiek besproken en (deels) weerlegd, mede via rechtsvergelijkend onderzoek.

²⁷⁹ Buijs & Stroink 1997, p. 32 en 34. Zie ook Hansma 2000, p. 363-365 met reactie Scholtens 2000B, p. 365-366. Hansma ziet liever dat C=0 als uitgangspunt gehanteerd wordt (geen vergoeding).

greep, gepleegd door de Kring van Kantonrechters. Hoewel de wetgever haar verantwoordelijkheden verzaakt, rechtvaardigt dit falen volgens Weinans nog niet dat op een dergelijke manier regels tot stand worden gebracht.²⁸⁰ Bovendien is in de literatuur de vraag gesteld of de A-factor (de *gewogen* dienstjaren) van de formule zich verdraagt met het verbod op onderscheid naar leeftijd bij arbeid.²⁸¹ Tot slot kan worden betoogd dat de kantonrechtersformule in strijd is met de vaste rechtspraak van de Hoge Raad. Volgens de Hoge Raad moeten immers voor de berekening van de ontslagvergoeding alle feiten en omstandigheden in aanmerking worden genomen, en de kantonrechtersformule normeert juist de *õ*relevante *õ*omstandigheden grotendeels via de factoren en de toelichting daarop.²⁸²

Recent is de discussie weer in volle hevigheid opgelaaid; ten eerste op grond van het wetsvoorstel met betrekking tot de maximering van de ontslagvergoedingen voor hogere inkomens en ten tweede naar aanleiding van de aanpassing van kantonrechtersformule per 1 januari 2009.

Het genoemde wetsvoorstel (art. 7:685a lid 1 BW) strekt ertoe de door de kantonrechter toe te kennen vergoeding bij de ontbinding van een arbeidsovereenkomst te maximeren op *õ*en jaarsalaris van de werknemer, indien dat salaris *õ* 75.000,- of meer bedraagt. Dit is slechts anders als deze gelimiteerde vergoeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Het voorstel heeft mede betrekking op de zogenoemde *õ*geregelde vergoedingen. De verdere discussie over de inrichting van het ontslagrecht (dual is ideaal?) heeft de wetgever dus weer laten rusten. Na eerdere kritiek op het (concept) wetsvoorstel van de Raad voor de rechtspraak, de Raad van State en van de juridische wetenschap,²⁸³ is in maart 2009 bovendien bekend geworden dat de vakbonden hun steun ten aanzien van het wetsvoorstel hebben ingetrokken. Het wetsvoorstel zou de onderhandelingsvrijheid van de sociale partners onderuit halen.²⁸⁴ Het lukt de wetgever dus maar niet om een ontslagstelsel *õ*inclusief ontslagvergoedingen *õ* te ontwikkelen dat draagvlak in de maatschappij geniet.

De vraag is zodoende gerechtvaardigd of uit het maatschappelijk debat dat de afgelopen tijd is gevoerd een eenduidig criterium voor billijke ontslagvergoeding is af te leiden, op grond waarvan de Kring wel (de wijziging van) een algemene regeling heeft kunnen baseren en vaststellen. Dat lijkt op zijn zachtst gezegd onwaarschijnlijk.²⁸⁵

De belangrijkste wijzigingen die per 1 januari 2009 zijn terug te vinden in de Aanbevelingen zijn volgens het persbericht van de Commissie arbeidsrecht van de Kring: een andere berekening van de dienstjaren, meer aandacht voor de arbeidsmarktpositie van de werknemer en de financiële positie van de werkgever, meer maatwerk voor werknemers die in zicht van pensionering zijn en verduidelijking van de vergoedingsregeling bij korte dienstverbanden.²⁸⁶ De inhoud van de nieuwe formule heeft aanzienlijk lagere ontslagvergoedingen voor de werknemers tot gevolg dan zij voorheen zouden krijgen.

Kantonrechter Ulrici geeft allereerst aan dat binnen de Kring zelf aanvankelijk ook verdeeldheid heerste: sommige rechters vonden de nieuwe vergoedingen namelijk nog te hoog en anderen vonden de versoering te zwaar; al polderend moest tot een oplossing worden gekomen.²⁸⁷ Opgemerkt moet worden dat dan natuurlijk wordt *õ*gepolderd *õ* door een groep mensen *õ*rechters *õ* die waarschijnlijk niet een afspiegeling van de Nederlandse bevolking vormt. Dit polderen staat zodoende niet garant voor een

²⁸⁰ Weinans 1999, p. 1425-1427.

²⁸¹ Tekst & Commentaar 2009, Luttmer-Kat, art. 7:685 BW, aantekening 10e en een verwijzing naar: Ktr Deventer 21 maart 2006, *JAR* 2006/89, Ktr. Heerlen 23 augustus 2006, *JAR* 2006/230.

²⁸² Scholtens 2005B, nr. 33 (e.a.) is echter van mening dat in de kantonrechtersformule juist *õ*veel muziek *õ* zit. Scholtens licht zijn standpunt toe aan de hand van een eenvoudige casus, waarbij blijkt dat op grond van de formule 240 verschillende uitkomsten mogelijk zijn.

²⁸³ Raad voor de rechtspraak d.d. 29 oktober 2008, Tweede Kamer, 2008-2009, 31 862, nr. 4 en Knipschild & Van der Meer 2009, p. 78. De Raad voor de rechtspraak heeft bijvoorbeeld opgemerkt dat er tegenspraak zit in de tekst van het wetsvoorstel en de toelichting daarop ten aanzien van het uitzonderingscriterium: *õ*onaanvaardbaar *õ* versus *õ*zwaarwegende argumenten *õ*. Dit uitzonderingscriterium: *õ*tenzij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is *õ*, zou overigens natuurlijk weer een uitnodiging voor rechtsongelijkheid zijn en zodoende de behoefte aan een rechtersregeling voeden. Heerma van Voss & Van Sloten 2009, p. 877 merken o.a. op dat de rechtvaardiging voor de inkomensgrens slecht is onderbouwd en willekeurig aandoet.

²⁸⁴ *õ*Opnieuw praten over ontslagvergoeding *õ*, AD 19 maart 2009. De PvdA heeft vervolgens laten weten dat de minister het voorstel moet aanpassen, anders stemt de partij tegen. CDA heeft zich daarbij aangesloten.

²⁸⁵ Rijpkema 2008, p. 2755-2757.

²⁸⁶ Verburg 2009, nr. 7.

²⁸⁷ Ulrici 2009, p. 235.

regeling die breed draagvlak geniet in de maatschappij. Dat ook de Kring niet succesvol is gebleken in het vastleggen van een eenduidig criterium dat uit het maatschappelijk debat volgt, blijkt ook uit de reacties vanuit de politiek, de reacties van de sociale partners en de discussie in de literatuur naar aanleiding van de aanpassing van de Aanbevelingen.

Tweede Kamerlid Van Dijck (PVV) heeft zelfs een motie ingediend naar aanleiding van de constatering dat de kantonrechters öeenzijdig de ontslagvergoeding hebben versoerd en stelde voor de oude formule in de wet te verankeren. De SP steunde deze motie van de PVV, maar de overige fracties stemden ertegen, zodat de motie is verworpen.²⁸⁸ Minister Donner ontraadde de motie. Hij wil de rechters niet buitenspel zetten door de ontslagvergoedingen bij wet te regelen.²⁸⁹ Van Hijum (CDA) heeft vervolgens zijn zorgen uitgesproken over de effecten van de nieuwe kantonrechtersformule.²⁹⁰ Op vragen om een stokje te steken voor de verlaging van de ontslagvergoeding als gevolg van de aanpassing van de formule antwoordde minister Donner: öEen stokje steken voor wat de kantonrechters doen, betekent het treffen van een wettelijke regeling voor de ontslagvergoeding. Daartoe lag vorig jaar een voorstel op tafel. Ook uw fractie heeft zich tegen dat voorstel verzet. Dan moet u nu leven met de consequenties van die beslissing.ö²⁹¹ Ik acht deze reactie te kort door de bocht. Om met Weinans te spreken, rechtvaardigt het falen van de wetgever nog niet het op deze (met weinig waarborgen omklede) wijze tot stand brengen van een (rechters)regeling met betrekking tot een maatschappelijk omstreden onderwerp.²⁹²

De FNV heeft vervolgens negatief gereageerd op zowel de wijziging van de kantonrechtersformule als op de uitkomst van de stemming over de PVV-motie. De nieuwe formule is te karig.²⁹³ Gevolg is dat de vakbonden hebben laten weten vast te houden aan de oude kantonrechtersformule bij de onderhandelingen over een sociaal plan,²⁹⁴ maar de werkgeversverenigingen hebben de leden juist geadviseerd uit te gaan van de nieuwe formule.²⁹⁵

Zoals vermeld, zijn de wijzigingen ook niet onopgemerkt voorbij gegaan aan de juridische wereld. Op verschillende gronden is kritiek geuit, die deels is gericht is tegen de inhoud van de wijzigingen en de motivering daarvan; anderzijds zijn bezwaren geuit van meer algemene, constitutionele aard.²⁹⁶ Ten aanzien van de inhoud en de motivering van de wijzigingen is voornamelijk kritiek geuit tegen de verlagingen van de vergoedingen door aanpassing van de A-factor (de gewogen dienstjaren).²⁹⁷ De Kring rechtvaardigt de aanpassingen met de motivering dat meer aansluiting wordt beoogd bij de verbeterde arbeidsmarktpositie van jongeren, maar met behoud van de bescherming van de oudere werknemers. De ontslagvergoeding gaat via de A-factor echter omlaag voor vrijwel alle werknemers, terwijl tegelijkertijd het verschil in hoogte van de ontslagvergoedingen voor jongere en oudere werknemers wordt vergroot. Men kan zodoende betogen dat hierdoor de bescherming van de oudere werknemers juist (onbedoeld) wordt aangetast.²⁹⁸ Door de nieuwe formule is het immers goedkoper om jongere werk-

²⁸⁸ Motie 31700-XV, nr. 34 en Tweede Kamer, Stemmingen 2 december 2008, p. 31-2642.

²⁸⁹ www.fnvbondgenoten.nl in dossier commissie Bakker en www.recht.nl in archief arbeidsrecht.

²⁹⁰ www.goudenhanddrukspecialist.nl: öreactie minister Donner op nieuwe kantonrechtersformuleö.

²⁹¹ Handelingen II 2008/09, 4 november 2008, p. 19-1364, waarover ook Verburg 2009, nr. 7. Heerma van Voss 2009, p. 237 lijkt het eens te zijn met deze uitspraak van Donner. Zie voor soortgelijke reacties van Donner: Handelingen II 2008/09, 4 november 2008, p. 19-1362.

²⁹² Weinans 1999, p. 1425-1427.

²⁹³ www.fnvbondgenoten.nl in dossier commissie Bakker, en öSinds dit jaar geldt een nieuwe formule van de kantonrechters voor ontslag. Dus is het theoretisch goedkoper op personeel te ontslaan. De praktijk blijkt andersö, NRC Handelsblad, 18 februari 2009. Zie ook bespreking van de kantonrechtersformule in Trouw: öEigen koers kantonrechters over ontslagrecht. Opvatting over ontslagvergoeding strookt niet met politiek compromisö, Trouw, 11 september 2008 en öWat krijgt u mee?ö, Het Parool, 31 oktober 2008.

²⁹⁴ öOnrust over de ontslagformuleö, Het Financiële Dagblad, 30 december 2008.

²⁹⁵ Knipschild & Van der Meer 2009, p. 81-82.

²⁹⁶ Hofhuis 2009, p. 38-39.

²⁹⁷ Ook op de (aanpassing van) B-factor (maandsalaris) wordt in de literatuur kritiek geuit. Volgens Duk worden ten onrechte niet alle inkomensbestanddelen verdisconteerd, terwijl de rechtspraak daarover (in ieder geval voor de wijziging) verdeeld was. In de meerderheid van het geringe aantal daarover gepubliceerde uitspraken en in de omvangrijke schikkingpraktijk werd rekening gehouden met de gemiddelde bonus over, bijvoorbeeld de laatste drie of vijf jaar voor het ontslag. Duk 2009, p. 239 met verwijzing naar jurisprudentie over optierechten meewegen in ontbindingsvergoeding HR 15 december 2000, *NJ* 2001, 251 en HR 11 juli 2008, *JAR* 2008/203.

²⁹⁸ Rijkema 2008, p. 2755-2757 en Oberman 2009, p. 62 en 64.

nemers te ontslaan, zodat er nog meer reden kan zijn om jongere werknemers aan te nemen in plaats van oudere werknemers. Het ontslaan van oudere werknemers kan nu bovendien zelfs (nog) duurder worden in verband met de uitdrukkelijk in de C-factor (correctiefactor) opgenomen arbeidsmarktpositie van de werknemer.²⁹⁹ Men kan zich zodoende afvragen of (de wijziging van) de kantonrechtर्सformule bijdraagt aan het politieke streven om zoveel mogelijk mensen aan het werk te houden.³⁰⁰ Bovendien is het momenteel ógedurende de recessieó geenszins ondenkbaar dat een jonge (ex-)werknemer de tijd die hij nodig heeft om nieuw werk te vinden, niet kan overbruggen met zijn lagere vergoeding. De kantonrechtर्स gaan er van uit dat het voor jongeren gemakkelijker is om een nieuwe baan te vinden, maar een objectief onderzoek ter onderbouwing van deze aanname heeft niet plaatsgevonden.³⁰¹ Het feit dat een dergelijk onderzoek ontbreekt en geen maatschappelijke evaluatie ten grondslag ligt aan de (aanpassingen van de) kantonrechtर्सformule,³⁰² brengt ons bij de geuite bezwaren van meer algemene, constitutionele aard.

Het is de kantonrechtर्स o.a. verweten dat zij door de aanpassingen van de Aanbevelingen op de stoel van de wetgever zitten.³⁰³ Het zou onbegrijpelijk zijn dat wij in onze rechtstaat deze wijze van handelen accepteren. õWij hebben hier te doen met een voor werkgevers en werknemers uiterst belangrijke regeling, met veel consequenties in financieel en ander opzicht. In de ontslagvergoedingsindustrie gaan miljarden om. Regelgeving hieromtrent overlaten aan rechtर्स die niet gekozen maar benoemd zijn, die geen wetsvoorstellen met Memorie van Toelichting ter discussie produceren, is in een rechtstaat onaanvaardbaar. Hoezeer begrijpelijk is dat zij enige õsystem in the madnessö willen brengen, zou de wetgever moeten ingrijpen en het maken van dergelijke regelingen aan zich moeten trekken.õ³⁰⁴ Dat de kantonrechtर्स bij de eventuele gevolgen van de laatste wijziging een mogelijk eigenbelang hebben, werkt natuurlijk ook niet voordeel van de kantonrechtर्स(formule). Rijkkema wijst op een verslag van de Raad voor de rechtspraak en de Kring, waarin zij eerder een wet, inhoudende een verlaging van de vergoedingen tot een halve maand per dienstjaar, ontraadde. Deze wijziging zou resulteren in een toename van ontslagzaken, waardoor de organisatie met ruim 148 fulltime kantonrechtर्स zou moeten worden uitgebreid en dat werd niet realiseerbaar geacht. Dit gevolg is nu evenwel als eigenbelang te koppelen aan de aanpassing van de kantonrechtर्सformule per 1 januari 2009.³⁰⁵ Er zijn echter ook auteurs die het onvermijdelijk achten dat de kantonrechtर्स hebben geprobeerd in de behoefte aan eenheid te voorzien nu de wetgever het heeft laten afweten.³⁰⁶ Ik blijf echter van mening dat de wijze waarop de kantonrechtर्सformule (als onderdeel van de Aanbevelingen) is vastgesteld niet voldoende waarborgen behelst om democratisch gelegitimeerde rechtsvorming te waarborgen. Zelfs al zou aan de eisen van rechterlijke onafhankelijkheid worden voldaan, dan is deze legitimiteit niet gewaarborgd, omdat het hier om een maatschappelijk omstreden onderwerp gaat en de rechtर्स niet kunnen worden gezien als afspiegeling van de samenleving. Bovendien ligt er geen onderzoek of maatschappelijke evaluatie aan de formule ten grondslag. Mede omdat het ontslagrecht voorlopig politiek als õno-go-areaö wordt beschouwd is het mijns inziens tijd dat de wetgever regels stelt voor het concipiëren van aanvaardbare rechtर्सregelingen.³⁰⁷

Tot zover de kantonrechtर्सformule en toelichting daarop. De Aanbevelingen bevatten ook regels over het verloop van de ontbindingsprocedure, zoals: termijnvoorschriften, aanbevelingen over hoe te handelen bij het niet verschijnen van de verweerder, omtrent de inhoud en motivering van de beschikking

²⁹⁹ Knipschild & Van der Meer 2009, p. 81. Peters 2009, p. 240 merkt op dat de arbeidsmarktpositie van de werknemer nu dus zowel in de A-factor (want *gewogen dienstjaren*) als in de C-factor wordt meegenomen. Deze dubbelrol in de nieuwe Aanbevelingen leidt tot andere gevolgen dan de Kring vermoedelijk voor ogen staat en deze systematiek is dubieus te noemen.

³⁰⁰ Bender 2006, p. 2299-2300.

³⁰¹ Knipschild & Van der Meer 2009, p. 81. Ook Bender 2006, p. 2299-2300 is van oordeel dat onderzoek zou moeten plaatsvinden met betrekking tot het effect van toepassing van de kantonrechtर्सformule.

³⁰² Rijkkema 2008, p. 2755-2757.

³⁰³ Zie voor een kort overzicht van de geuite kritiek ter zake: Ulrici 2009, p. 234.

³⁰⁴ Van der Heijden 2008, p. 2696-2697.

³⁰⁵ Rijkkema 2008, p. 2757-2758.

³⁰⁶ Hofhuis 2009, p. 38-39, Van Slooten 2009, p. 237-238 en Verburg 2009, nr. 7. Van Zanten-Baris 2008, p. 9-10 is van mening dat de kantonrechtर्स hun eigen normen dienen te stellen. õEr is pas reden voor zorg indien de redelijkheidstoetsing door rechtर्स wettelijk wordt genormeerd.õ Anders: Buijs & Stroink 1997, p. 32 en 34.

³⁰⁷ Soortgelijk: Buijs 2008, p. 344-345.

en de (onmogelijkheid van een) proceskostenveroordeling in de ontbindingsprocedure. Omdat vergelijkbare formeel en materieel procesrechtelijke voorschriften al in §3.2 en §3.4 zijn besproken, volsta ik hier met een verwijzing naar deze paragrafen.³⁰⁸ Opgemerkt moet wel worden dat via aanbeveling 1.3 de artikelen 271-277 Rv (oproeping voor mondelinge behandeling) nader worden ingevuld, op een manier die niet in overeenstemming is met de rechtspraak. De rechtspraak volgt immers (op andere terreinen) deze wettelijke regels relatief strikt. De Kring acht het echter in het belang van het waarborgen van het horen van de verweerder ótmeer nu hoger beroep beperkt mogelijk is en verzet is uitgeslotenó dat een tweede oproep bij deurwaardersexploot geschiedt. Hoewel deze regel afwijkt van óhoger rechtó acht ik deze gezien de nagestreefde zekerheid en de waarborgen voor wederhoor, toch aanvaardbaar en zodoende acht ik deze bepaling niet óonverbindendó (mits natuurlijk aan de eisen van de onafhankelijkheid is voldaan en deze bepaling in een behoefte aan eenheid voorzien).

3.5.4 Het derde vereiste: voorzien in een behoefte aan rechtseenheid en rechtszekerheid

Met betrekking tot de procedurele Aanbevelingen verwijs ik ter zake naar §3.2.4 en §3.4.4. De overgebleven Aanbevelingen ósamen de kantonrechtersformuleó hebben betrekking op het bepalen van de hoogte van (ontslag)vergoedingen, zodat we te maken hebben met beleidsruimte. De behoefte aan landelijke eenheid en rechtszekerheid blijkt (ook) uit de praktijk omtrent de ontslagvergoedingen voor 1997. Zoals in §3.5.1 al is uiteengezet, werd toentertijd van de gegeven beleidsruimte zeer wisselend gebruik gemaakt, terwijl door het rechtsmiddelenverbod deze ótombolaó geen halt kon worden toegevoerd. De behoefte aan een bindende rechtsregeling was zodoende een feit.³⁰⁹

Omdat de Aanbevelingen, en dus ook de kantonrechtersformule, niet zijn vastgesteld door een bevoegd orgaan, maar door een private vereniging, kunnen de Aanbevelingen thans niet worden gekwalificeerd als recht in de zin van art. 79 Wet RO.³¹⁰ Overigens zorgt het rechtsmiddelenverbod van art. 7:685 lid 11 BW ervoor dat de effecten van de kwalificatie als recht vrijwel³¹¹ nihil zouden zijn. Het voorzien in de behoefte aan eenheid en rechtszekerheid blijft zodoende de taak van de kantonrechters zelf. In ieder geval in het verleden lijken de kantonrechters daartoe tot op zekere hoogte in te zijn geslaagd. De kantonrechters zelf hebben aangegeven de formule vrijwel altijd toe te passen³¹² en in de literatuur wordt de formule als (rechts)norm beschouwd bij de berekening van de ontbindingsvergoedingen.³¹³ De kantonrechtersformule heeft ook buiten rechte een normerende werking; zij vormt een kader voor sociale plannen en schikkingonderhandelingen.³¹⁴

Dat de kantonrechtersformule vrijwel altijd werd toegepast betekende niet dat ook de uitkomst van de berekening op grond van deze formule altijd even voorspelbaar was. Zowel de A-, B- als C-factor kunnen aan de hand van dezelfde casus tot verschillende deelluitkomsten en dus tot verschillende uitgangspunten voor de eindberekening aanleiding geven.³¹⁵ Scholtens heeft aan de hand van een eenvoudige casus laten zien dat op grond van de kantonrechtersformule (meer dan) 240 verschillende ontslagvergoedingen mogelijk waren.³¹⁶ Ook al moet men terug redeneren, met zoveel mogelijke verschillende uitkomsten wordt dus per definitie de kantonrechtersformule toegepast.³¹⁷

³⁰⁸ Met de opmerking dat de termijnvoorschriften als hier bedoeld betrekking hebben op de doorlooptijd van de totale procedure en op de dagbepaling van de beschikking. De termijnen hebben dus niet (direct) betrekking op uit te voeren proceshandelingen en worden niet gesanctioneerd in de Aanbevelingen. Zodoende zullen de waardeconflicten als eerder besproken ter zake niet in dezelfde mate aanwezig zijn.

³⁰⁹ Anders: Buijs & Stroink 1997, p. 33.

³¹⁰ Zie ook: Van der Meer & Rensink 1997, p. 13.

³¹¹ Door de doorbrekingsmogelijkheden van het rechtsmiddelenverbod zou het slechts een enkele maal ter toetsing kunnen komen.

³¹² Van der Meer 2003, nr. 1.

³¹³ Rijpkema 2008, p. 2754, Smit 2009, p. 558 en Tekst & Commentaar 2009, Luttmer-Kat, art. 7: 685 BW, aantekening 10d.

³¹⁴ Hofhuis 2009, p. 39 en Ulrici 2009, p. 235.

³¹⁵ Bodewes 2001, nr. 44.

³¹⁶ Scholtens 2005B, nr. 33. Zie ook Scholtens 2001, nr. 14 en Scholtens 2005, nr. 16.

³¹⁷ Buijs & Stroink 1997, p. 33.

In de loop der tijd werden echter lokale verschillen kenbaar met betrekking tot het invullen van de verschillende factoren.³¹⁸ Bodewes stelde naar aanleiding van deze ontwikkeling de vraag of het niet in strijd is met het beginsel van gelijkheid dat ten aanzien van een op hogere leeftijd in dienst getreden werknemer in Hilversum in beginsel een lagere A-factor wordt gehanteerd dan elders in Nederland, en: is het niet verwarrend dat een Amsterdamse directeur wel een vergoeding krijgt voor pensioen en zijn collega elders niet?³¹⁹ Deze praktijk is inderdaad in strijd met de rechtseenheid wanneer er geen (verschillende) omstandigheden van de concrete gevallen aan de verscheidenheid ten grondslag liggen. Dat kantonrechters te Amsterdam en Sittard in het verleden bovendien nog wel eens aangaven òik heb niets met die formule te maken, is natuurlijk in verband met de rechtszekerheid en eenheid niet gewenst. Justitiabelen vertrouwen op toepassing van de kantonrechtersformule, omdat deze formule vrijwel altijd wordt toegepast. De binding van de rechters die zodoende ontstaan is, botst echter met de rechterlijke onafhankelijkheid (zoals reeds in de conclusie van hoofdstuk 2 aangegeven). Wanneer deze rechtersregeling echter in overeenstemming met de eisen van rechterlijke onafhankelijkheid zou zijn vastgesteld, en dus met inspraak van alle kantonrechters, kunnen dergelijke uitspraken mijns inziens vermeden worden. De onafhankelijkheid staat dan immers niet meer aan binding in de weg, en de rechters zijn niet onafhankelijk van het recht, zodat toepassing van de formule in beginsel dient plaats te vinden.

Per 1 januari 2009 is de formule, volgens de Kring, kort gezegd aangepast aan de behoeften in de praktijk. De vraag is nu of hiermee ook de eenheid en zekerheid (weer) wordt bewerkstelligd.³²⁰ Ik heb geen externe lokale (afwijkende) rechtersregelingen gevonden. Of er al dergelijke interne regelingen ó zeg: (nieuwe) òGroen-varianten, worden gehanteerd is mij niet bekend. Bovendien acht ik de beperkte hoeveelheid gepubliceerde jurisprudentie (omdat het doorgaans de extremen betreffen) niet voldoende om daarop een gefundeerde conclusie te baseren met betrekking tot het voorzien in een behoefte aan rechtseenheid en rechtszekerheid.³²¹ Gezien het verleden van de formule lijkt het mij evenwel gerechtvaardigd te stellen dat deze in ieder geval een grote normerende werking heeft en als gevolg daarvan de rechtszekerheid (in een bepaalde mate) zal dienen. Of de wetgever meer eenheid kan bewerkstelligen is de vraag. Ik betwijfel dat. Eenheid zal logischerwijze bewerkstelligd kunnen worden als een regeling voldoet aan de maatschappelijke behoeften en aansluit op de praktijk. Deze behoeften en praktijk zijn steeds in ontwikkeling (in de B-factor zullen bijvoorbeeld steeds andere vormen van beloning worden aangedragen). Ik denk dus dat een wettelijke normering maar beperkt òhoudbaar is, en daarna de rechters genoodzaakt zijn om toch weer zelf oplossingen te vinden teneinde om te kunnen gaan met de nieuwste ontwikkelingen. Anderzijds zou de wetgever een beperktere open norm kunnen formuleren of kunnen delegeren aan de òflexibelere, lagere, materiële wetgever. Of de eenheid dan beter wordt bewerkstelligd is dus niet zeker, wat we echter wel weten is dat de dan bestaande norm tot stand is gekomen in een democratisch totstandkomingsproces, hetgeen niet gezegd kan worden van de huidige kantonrechtersformule.

3.6 Het Rapport alimentatienormen

Omdat met betrekking tot de rechterlijke samenwerking die resulteerde in het Rapport alimentatienormen recentelijk door Dijksterhuis onderzoek is gedaan, heb er voor gekozen om deze rechtersregeling aan de driedelige totstandkomingstoets te onderwerpen zonder de resultaten uitgebreid toe te lichten. Echtgenoten, ex-echtgenoten en bloed- en aanverwanten: ouders, kinderen, behuwdkinderen, schoonouders en stiefouders zijn volgens art. 1:157 BW respectievelijk art. 1:392-399 BW wettelijk jegens elkaar verplicht om levensonderhoud, oftewel: alimentatie, te verstrekken. Ten aanzien van de vaststelling van het hoogte van de alimentatie bepaalt art. 1:397 BW dat rekening moet worden gehouden

³¹⁸ Verburg 2009, nr. 7. Zie enkele voorbeelden van onderwerpen waarover de kantonrechters van oordeel verschilden: Van der Meer 2003, nr. 1.

³¹⁹ Bodewes 2001, nr. 44.

³²⁰ Zolang de wetgever het duale ontslagstelsel handhaaft, blijft er natuurlijk ongelijkheid bestaan tussen de vergoedingen op grond van art. 7:685 en art. 7:681 BW. Ik bespreek hier dus slechts een òdeeleenheid, omdat deze eenheid het hoogst haalbare is dat door de kantonrechters kan worden bewerkstelligd (zonder in strijd te handelen met het systeem van de wet). Ongeveer gelijk: Heerma van Voss 2009, p. 237.

³²¹ Dit onderwerp leent zich voor een apart onderzoek.

met enerzijds de behoeften van de alimentatiegerechtigde, anderzijds met de draagkracht van de tot uitkering verplichte persoon. Deze open normen: behoeften en draagkracht, zijn via het Rapport alimentatienormen genormeerd c.q. nader ingevuld.³²²

Het Rapport alimentatienormen is vastgesteld door de Werkgroep Alimentatienormen van de NVvR. In deze werkgroep zitten leden afkomstig van alle (familiesectoren van de) rechtbanken en hoven. Als ik het goed heb begrepen, stuurt ieder gerecht een rechter/raadsheer, die zich al dan niet voor de functie binnen de NVvR heeft aangemeld. De alimentatienormen óvastgesteld door een private verenigingó voldoen dus niet aan het eerste vereiste voor het concipiëren van een (bindende) rechtersregeling. Deze rechtersregeling is immers in strijd met de rechterlijke onafhankelijkheid vastgesteld, zodat er ook geen grond voor (zelf)binding bestaat.³²³

De werkgroep heeft bij het ontwikkelen van de normen wel externe informatie ingewonnen, door gebruik te maken van de inzichten en producten van andere instanties zoals de sociale diensten, het Nibud en fiscalisten.³²⁴ Partners van buiten de rechterlijke macht hadden evenwel geen óinspraakó, belanghebbenden zijn niet gehoord.³²⁵ Een echte waarborg voor democratische legitimatie van de normen ontbreekt zodoende, terwijl het geen uitgebreid betoog behoeft dat de alimentatieproblematiek een maatschappelijk bewogen onderwerp is. Te maken keuzes ten aanzien van dit onderwerp zullen gekleurd zijn door de visie die men heeft op huwelijk, gezin, de taak van de overheid en de rol van de gemeenschap. Het gaat bij alimentatie bij uitstek om sociale, economische en politieke kwesties die de gemoederen in de samenleving beroeren.³²⁶

Het is dan ook de wetgever die in de jaren zeventig van de vorige eeuw van plan was om (de hoogte van) alimentatie wettelijk (nader) te normeren, omdat de rechterlijke uitspraken uiteen liepen. Anders dan bij de kantonrechtersformule het geval was, óverzaakteó de wetgever op dit terrein dus niet zijn taak. Het beeld van afwachtende rechters die pas in actie komen als de wetgever niets doet, blijkt in dit geval zodoende niet op te gaan. Wat blijkt is dat de rechters op dit gebied zelfs tot drie keer toe wetgeving hebben tegengehouden.³²⁷ Mede gezien de politieke gevoeligheid van de regelgeving op dit gebied is deze staatsrechtelijke ontwikkeling mijns inziens onbegrijpelijk. De rechters in de Werkgroep blijken uit het onderzoek van Dijksterhuis een beperkte visie te hebben op het algemeen belang en

³²² Op de website www.rechtspraak.nl zijn de volgende geldende rechtersregelingen gevonden: Rapport Alimentatienormen, versie 2009 en bijlage (2009 tweede helft), nota Alimentatie en Winst uit onderneming, en rapport Kosten van kinderen ten behoeve van vaststelling kinderalimentatie. Deze alimentatienormen hebben (voornamelijk) betrekking op ex-partneralimentatie en kinderalimentatie.

³²³ Ook: Bosch 2009, p. 72. Dijksterhuis 2008 heeft geconstateerd dat niet in alle gevallen ruggespraak plaatsvindt met de collega's in de sector (p. 75). Bovendien is de wijze waarop de vergaderingen verlopen en de alimentatienormen zich ontwikkelen in grote mate afhankelijk van de persoon van de voorzitter en de secretaris (p. 57 e.v.). In ieder geval in het verleden heeft bovendien een bepaalde groep in de werkgroep gezeten die in feite de lakens uitdeelde en de rest zei: óhet zal allemaal weló. Dit komt voort uit het verschil tussen uit eigen beweging in de werkgroep participeren en (als zwakste lid) door een gerecht worden gezonden (p. 72 e.v.).

³²⁴ Dijksterhuis 2009, nr. 19.

³²⁵ Zonnenberg 2007, nr. 71 met reactie Bol 2008, nr. 2. Er vindt wel overleg met óhet veldó plaats. Hoewel de Commissie knelpunten tremanormen van de vFAS jaarlijks meedoet aan het overleg met de Werkgroep Alimentatienormen is laatstgenoemde volgens Dijksterhuis terughoudend ten aanzien van overleg met de advocatuur. De advocatuur kreeg geen inspraak bij de totstandkoming van normen. Van de vele verzoeken om beleidswijzigingen vanuit de advocatuur werden er slechts twee op de agenda gezet: Dijksterhuis 2008, p. 150-151, zie ook: Dorn 2008, p. 108.

³²⁶ Dijksterhuis 2008, p. 12 e.v.

³²⁷ In de periode 1975-1980, in de jaren negentig van de vorige eeuw en ten slotte in de periode 2000-2007: Dijksterhuis 2009, nr. 19. Voor de uitgebreide bespreking van (de politieke gevoeligheid van) deze rechtersregeling verwijs ik naar Dijksterhuis 2008. Met haar conclusie dat het democratisch tekort, dat de wijze van functioneren van en invloeduitoefening door de Werkgroep Alimentatienormen in het licht van de machtscheiding ontegenzeggelijk inhoudt, niet groot is en dat het wordt gelegitimeerd door de afzijdige houding van HR en de ruimte die de wetgever gaf ben ik het evenwel niet eens. Mede gelet op de aspecten die zij van dat functioneren en die invloeduitoefening bespreekt óweinig oog voor staatskas, gebruikers, alimentatiegerechtigden een geluiden uit de samenleving en vasthouden aan het eigen systeem en inconsistente argumentatieó is op de conclusie wel wat af te dingen, aldus ook Bosch 2009, p. 72. Over de laatste intrekking van wetsvoorstel 29 480 ook De Bruijn-Lückers 2007, nr.1.

hebben weinig oor voor geluiden uit de samenleving, zoals van belangengroeperingen en advocatuur. Ook aan het tweede vereiste voor het vaststellen van een rechtersregeling is zodoende niet voldaan. Dat het voorzien in een behoefte aan rechtseenheid en rechtszekerheid niet de drijfveer was voor de totstandkoming van de eerste alimentatienormen, blijkt tevens uit het proefschrift van Dijksterhuis: de geplande AMvB moest worden voorkomen met het oog op de werklust van de Hoge Raad.³²⁸ Afgezien van het onafhankelijkheidsbezwaar, het politieke bezwaar (oftewel: partijdigheid en machtsconcentratie) en het feit dat de rechtersregeling aanvankelijk niet is vastgesteld om te voorzien in een behoefte aan rechtseenheid en rechtszekerheid, kunnen bovendien vraagtekens worden geplaatst bij het bewerkstelligen van deze eenheid en vooral rechtszekerheid.³²⁹ De huidige normen worden namelijk als te complex ervaren voor justitiabelen,³³⁰ maar ook voor de gemiddelde rechter.³³¹ Bovendien hebben de alimentatienormen geen einde kunnen maken aan de soms opmerkelijke verschillen in de vaststelling van de hoogte van alimentatie door verschillende rechters in een soortgelijke zaak.³³² Dijksterhuis geeft aan dat deze verschillen, als gevolg van niet toepassen of afwijken van de rechtersregeling, naar oordeel van de Werkgroep mogelijk zijn en blijven voorkomen. De onafhankelijkheid wordt kort gezegd belangrijker geacht dan de rechtseenheid.³³³ Een paradoxale situatie doet zich dus voor: enerzijds worden de alimentatienormen dermate toegepast dat justitiabelen op toepassing mogen vertrouwen, zodat op grond van de algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging binding bestaat, maar aan de andere kant worden afwijkingen gerechtvaardigd met een beroep op de rechterlijke onafhankelijkheid.³³⁴ Eenheid en rechtszekerheid zijn feitelijk dus niet haalbaar op deze manier. Ook aan het derde vereiste voor het vaststellen van een rechtersregeling is zodoende niet voldaan. Wat evenwel blijkt, is dat de onafhankelijkheid ook nu weer òin de weg staat ò aan het voorzien in een behoefte aan rechtseenheid en -zekerheid. Wanneer de regeling zodoende in de toekomst wordt vastgesteld conform de eisen van de rechterlijke onafhankelijkheid, lijkt het doel van een rechtersregeling wel haalbaar.

3.7 Conclusie

Uit het voorgaande blijkt dat van alle besproken rechtersregelingen thans alleen het Rolreglement van de civiele kamer van de Hoge Raad (volledig) aan alle vereisten lijkt te voldoen voor het vaststellen van een rechtersregeling. Een groot gedeelte van de normen in ons privaatrecht is momenteel dus niet op een òin een democratische rechtsstaat ò acceptabele wijze tot stand gekomen. Maar wat zijn hiervoor de redenen, wat kan beter en waar liggen dan de feitelijke grenzen voor het vaststellen van een rechtersregeling?

Teneinde als acceptabele aanvulling op rechtsvorming door de wetgever en door de rechter in het concrete geschil te kunnen worden beschouwd, dient (de totstandkoming van) een rechtersregeling (waarin dus *ex ante* òrecht ò wordt gevormd) aan drie vereisten te voldoen. Allereerst is het in verband met

³²⁸ Dijksterhuis 2008 en kort Dijksterhuis 2009, nr. 19.

³²⁹ De eerste secretaris Gisolf stelt bovendien dat hij nooit voor ogen heeft gehad dat de eerste alimentatienormen zouden worden uitgebouwd tot een systeem, waarbij de draagkracht en de behoefte onderling gemeten zouden worden, hetgeen voor bijstandssituaties zijns inziens een slecht systeem is, in: Dijksterhuis 2009, nr. 19.

³³⁰ Dijksterhuis 2009, nr. 19.

³³¹ Volgens Quik (Eerste Kamerlid en voormalig rechter) is het berekenen van de alimentatienormen inmiddels zo ingewikkeld geworden dat het ook de gemiddelde rechter boven zijn pet gaat, zie: Bruins 2009, p. 85.

³³² Pitlo/Van der Burgh & Doek 2002, p. 617, waarover ook Dijksterhuis 2008, p. 10-11. Volgens Fernhout 2007, nr. 66 is het ook juist de bedoeling dat de berekening volgens de regeling niet klopt, er moet genoeg onderhandelingsruimte voor partijen buiten de zittingzaal overblijven, zo was (en is) de gedachte.

³³³ Zie conclusie Dijksterhuis 2008, p. 113-114. De Hoge Raad heeft overigens een strikte toepassing van de normen meermaals (uitdrukkelijk) afgewezen: HR 17 juni 1983, *NJ* 1984, 35, HR 7 maart 1986, *NJ* 1986, 545, HR 1 november 1991, *NJ* 1992, 30 en HR 3 januari 1998, *NJ* 1998, 365 en HR 6 maart 1992, *NJ* 1992, 358.

³³⁴ Bovendien kan het wel volgen van de regeling door de niet-NVvR-participerende rechters (gedeeltelijk) worden verklaard door het feit dat alimentatierecht door familierechters (en civiele rechters in het algemeen) wordt ervaren als een technisch, juridisch niet interessant onderwerp. Zij hebben dan ook lang niet altijd duidelijke opvattingen en laten beleid graag over aan anderen. Vaak is het tevens een kwestie van tijdgebrek: zie Dijksterhuis 2008, p. 76. De inhoud van de regeling is dus blijkbaar ondergeschikt aan de aanwezigheid van een regeling. Het moge duidelijk zijn dat de rechterlijke onafhankelijkheid op deze manier niet bijdraagt aan een voor justitiabelen rechtvaardige regeling.

de rechterlijke onafhankelijkheid en de grondslag voor (zelf)binding aan de rechtersregeling, vereist dat alle betrokken rechters de mogelijkheid hebben te participeren in het totstandkomingsproces van de regeling dan wel deze regeling vaststellen. Momenteel lijken alleen het Rolreglement van de civiele kamer van de Hoge Raad, eventueel het Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de rechtbanken en de andere procesreglementen voor zover het de organisatorische bepalingen betreft, deze eerste totstandkomingstoets te doorstaan. òLijkenö, want zeker weten doen we het niet; misschien voldoen wel meer regelingen aan deze eerste eis, maar het is ook mogelijk dat voornoemde regelingen helemaal niet aan het vereiste voldoen. Dat komt omdat uit de rechtersregelingen zelf doorgaans niet (duidelijk) blijkt hoe deze tot stand zijn gekomen; wie waren bijvoorbeeld lid van de (voorbereidende?) werkgroep?; welke organen, verenigen en belanghebbenden zijn geconsulteerd, hoe ver ging die consultatie en wat is met de resultaten daarvan gedaan?; in hoeverre waren de sector- of gerechtshofvergaderingen betrokken bij het tot stand komen van de rechtersregeling? Het verdient aanbeveling dat hierover voortaan openheid wordt geboden.

Wat bovendien is gebleken is dat het tot stand komen in overeenstemming met de eisen van de rechterlijke onafhankelijkheid een övoorwaardeö is voor het bewerkstelligen van eenheid en rechtszekerheid: het derde vereiste voor het accepteren van rechtersregelingen. Dat de samenwerkingsvormen sinds de komst van de Raad voor de rechtspraak vaak verlopen via het landelijk overleg van sectorvoorzitters blijkt dus niet de juiste insteek om rechtseenheid en uniformiteit övaak genoemd als rechtvaardiging voor rechtersregelingenö³³⁵ te bewerkstelligen. Het bevoegd achten van een private vereniging als de NVvR tot het vaststellen van rechtersregelingen, op grond van het argument dat deze het bevorderen van rechtseenheid nastreeft, is dus tevens onjuist.³³⁶

Zolang de rechtersregelingen niet zijn vastgesteld conform de rechterlijke onafhankelijkheid, blijft er dus reden voor de rechters om (onafhankelijk van de feiten van het concrete geschil) met een verwijzing naar hun rechterlijke onafhankelijkheid, af te wijken van een landelijke rechtersregeling, al dan niet via extern of intern lokaal beleid. Naar aanleiding van de bespreking van de Procesreglementen kan zodoende ook worden gesteld dat het inschakelen van lokale deskundigheid, in de vorm van een procesadvocaat (voormalig procureur) geen overbodige luxe is, en in zoverre kunnen dus vraagtekens worden geplaatst bij (de wenselijkheid van) de afschaffing van het procureeraat.

De voorwaarde dat rechtersregelingen dienen te worden vastgesteld in overeenstemming met de eisen van de rechterlijke onafhankelijkheid en moeten voorzien in een behoefte aan rechtseenheid en rechtszekerheid, maken evenwel niet duidelijk waar de algemene grenzen voor het vaststellen van rechtersregelingen liggen. Rechtersregelingen over de hele breedte van het privaatrecht kunnen immers in beginsel in overeenstemming met deze eisen worden vastgesteld.³³⁷ Deze grenzen kunnen daarentegen wel gevonden worden in het tweede vereiste; het mag niet gaan om een politiek gevoelig onderwerp. De rechtelijke onpartijdigheid komt anders in het gedrang en ongewenste machtsconcentratie ligt op de loer.

Gebleken is dat politieke gevoeligheid niet is voorbehouden aan materieelrechtelijke rechtersregelingen. Zelfs termijnvoorschriften en de sancties daarop kunnen immers te ver gaan, zo bleek bij de bespreking van de Procesreglementen. Anderzijds is politieke gevoeligheid wel inherent aan de besproken materieelrechtelijke rechtersregelingen. Rechtersregelingen kunnen in het algemeen dus wel betreffen bepalingen ten aanzien van het niet wezenlijke van de rechtspraak,³³⁸ de beleidsneutrale onderwerpen,³³⁹ bijvoorbeeld reglementen die aangeven wanneer zittingen plaatsvinden en welke zaken dan worden behandeld, of reglementen met betrekking tot de openingstijden van de griffies of de wijze van indienen van de stukken.³⁴⁰ Er is een glijdende schaal te ontdekken; organisatorische bepalingen zijn in beginsel vrij van politieke gevoeligheid, bij formeel procesrechtelijke bepalingen en materieel pro-

³³⁵ Zie bijvoorbeeld de reactie van Bauw (Rvdr) op het proefschrift van Dijksterhuis, in Bruins 2009, p. 87.

³³⁶ Zoals Giesen 2007, p. 48.

³³⁷ Er moet natuurlijk wel een behoefte zijn aan eenheid. Bovendien is het voor de rechters niet mogelijk om altijd totale eenheid van gronden, zekerheid en gelijkheid te bewerkstelligen, omdat de wetgever soms zijn taak verzaakt, zoals we hebben gezien bij de rechtersregelingen op het gebied van de (proces)kostenveroordelingen en de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters.

³³⁸ Petri 1989, p. 1666.

³³⁹ Köhne 1997, p. 183-191.

³⁴⁰ Petri 1989, p. 1666.

cesrechtelijke bepalingen dient men oplettend te zijn en terughoudendheid te betrachten en tot slot bij materieelrechtelijke bepalingen is politieke gevoeligheid in beginsel aanwezig.

Aan de hand van de inventarisatie die in dit hoofdstuk is gegeven, draag ik in het volgende hoofdstuk enkele alternatieven voor het concipiëren van rechtersregelingen aan, waaruit aanbevelingen voortvloeien. Hoe kan het best (en door wie) op een acceptabele manier worden voorzien in de behoefte aan rechtseenheid, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid? En wat de doen met deze behoefte ten aanzien van de politiek gevoelige onderwerpen, als de wetgever blijft stilzitten c.q. zijn taak verzaakt?

4 Conclusie: alternatieven en aanbevelingen

4.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk kwam naar voren dat van alle besproken rechtersregelingen thans slechts één aan alle vereisten lijkt te voldoen voor het vaststellen van een dergelijke regeling. De overige regelingen kunnen dus niet als acceptabel in een democratische rechtstaat worden gekwalificeerd. Er moet derhalve iets gebeuren. Het is natuurlijk mogelijk dat de regelingen worden vastgesteld conform de drie geformuleerde voorwaarden, kort gezegd: tot stand gebracht door de sector- of gerechtsvergaderingen, niet politiek gevoelig en voorzien in een behoefte aan eenheid en rechtszekerheid. Maar als er toch öietsö moet gebeuren, is het verstandig om de alternatieven c.q. mogelijkheden te bespreken; is een rechtersregeling (vastgesteld conform de drie voorwaarden) wel de beste (acceptabele) manier om in de behoefte aan rechtseenheid, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid te voorzien?

Uitgangspunt bij het beantwoorden van deze vraag is ógezien de in het vorige hoofdstuk geconstateerde (ruime) behoefte aan rechtseenheid en rechtszekerheidó dat de alternatieven niet worden gezocht in het öklassiekeö schema wetgeving-rechtspraak op zichzelf, maar in en net buiten de grenzen van dit schema.³⁴¹ Natuurlijk is de (gedelegeerde)³⁴² formele wetgever, naar aanleiding van zijn politieke, met waarborgen omklede besluitvormingsproces, in de meeste situaties de eerste en beste keuze om de leemtes op te vullen. Maar we hebben gezien dat de wetgever zijn werk niet altijd doet of kan doen, waardoor het gevaar bestaat dat de beslissingen van de (lagere) rechters in concrete geschillen (in het geval van open normen en het ontbreken van een voldoende rechtseenheidsvoorziening) uiteenlopen of tegenstrijdig zijn. Juist daarom stel ik in deze scriptie de vraag of een rechtersregeling een acceptabelere aanvulling is op (en binnen) het schema wetgeving-rechtspraak. De in dit hoofdstuk aan te dragen alternatieven en mogelijkheden zoek ik daarom in dezelfde hoek: een aanvulling op wetgeving door de formele wetgever en de beslechting van een concreet geschil door de rechter. De alternatieven die ik aandraag zijn in de meeste gevallen gebaseerd op ideeën met betrekking tot normstelling door de wetgever, rechter of anderen, die reeds in de literatuur en in de praktijk van zowel Nederland als het buitenland zijn aangedragen.³⁴³ Ik zal steeds ózoveel mogelijk aan de hand van de bevindingen in de vorige hoofdstukkenó gemotiveerd aangeven waarom een dergelijk alternatief al dan niet als aanbeveling is aan te merken.

4.2 Kleine aanpassingen; grote verbetering?

4.2.1 Wetgevingscommissie(s)

De Commissie verbetervoorstellen Civiel heeft in 2004,³⁴⁴ in het kader van de begeleiding van de implementatie van wetgeving in rechtspraak het voorstel gedaan om een (wetgevings)commissie in te stellen. Bij nieuwe wetgeving is het vaak lange tijd onzeker hoe hiermee omgegaan moet worden, en de Raad voor de rechtspraak zou volgens het voorstel van de Commissie ter zake verbetering kunnen bieden. In het voorstel zelf staat niet veel meer dan hierboven uiteengezet, zodat niet helemaal duidelijk is hoe de beoogde begeleiding eruitziet. Maar toegepast op het onderhavige onderwerp, valt niet in te zien hoe (een commissie binnen) de Raad, op een aanvaardbare manier zou kunnen helpen met het invullen van open normen en op die manier als örechtseenheidsvoorzieningö kan fungeren.

Ten eerste geldt het voorstel namelijk alleen voor nieuwe wetten: wat te doen met de bestaande open normen? Wanneer de Raad zelfstandig (bindende) richtlijnen biedt bij het omgaan met de wettelijke normen (bestaand of nieuw) dan voert de Raad dus een verkapte rechtsprekende (of wetgevende) öbevoegdheidö uit, wat in ieder geval niet in overeenstemming lijkt met de huidige (wettelijke) taken van

³⁴¹ Asser-Vranken Algemeen deel***, Hoofdstuk VI, VII en VIII.

³⁴² Het overnemen van een rechtersregeling in een AMvB zonder bijv. nader onderzoek te doen naar de mogelijke (neven)effecten van de regeling, kan omdat het totstandkomingsproces van de regeling dan feitelijk hetzelfde blijft niet als alternatief boven een rechtersregeling worden gezien. Hetzelfde geldt voor het algemeen verbindend verklaren van een rechtersregeling (zoals een CAO), zie daarover: Snijders 2001, p. 17.

³⁴³ Zonder daarbij te trachten alle mogelijke alternatieven te bespreken in het kader van deze scriptie.

³⁴⁴ De rechtspraak, Commissie verbetervoorstellen civiel 2004, p. 21-22, te raadplegen op www.rechtspraak.nl.

de Raad, maar tevens problematisch is vanuit het constitutionele perspectief van de functionele onafhankelijkheid.³⁴⁵ De rechters moeten immers tot een beslissing in een concreet geval of een categorie van gevallen komen zonder (buitenwettelijke) aanwijzingen hoe te handelen en te beslissen.³⁴⁶

4.2.2 *Rechtseenheidskamer*

In plaats van de voorgaande beoogde verbetering van het proces van wetgeving kan een verbetering gezocht worden in een actievere rechtspraak; een aanvulling van de mogelijkheden binnen de rechterlijke macht. Naast de huidige rechtsmiddelen die doorgaans dienen te worden ingesteld door de justitiabelen,³⁴⁷ zou een Rechtseenheidskamer kunnen worden ingesteld waarbij (ook) de rechters in eerste aanleg kunnen aankloppen, zodat deze kamer toezicht kan houden op en een bijdrage kan leveren aan de uniforme invulling van open normen door de rechters in eerste aanleg.

In het (recente) verleden hebben de vreemdelingenrechters hun rechtspraak op een vergelijkbare wijze gecoördineerd, namelijk door af te spreken dat bij het ontstaan van divergentie of als zich een principiële vraag voordeed, zij de zaak zouden verwijzen naar een meervoudige kamer in Den Haag: de Rechtseenheidskamer. Deze kamer werd samengesteld uit rechters uit verschillende arrondissementen en de vreemdelingenrechters kwamen overeen de uitspraken van deze kamer in principe als richtinggevend te beschouwen.³⁴⁸ Ik denk niet dat het onmogelijk is via een speciaal ingestelde (wettelijk geregelde) Rechtseenheidskamer een bijdrage te leveren aan het bewerkstelligen van de rechtseenheid, maar de wijze waarop de Rechtseenheidskamerprocedure toentertijd door de vreemdelingenrechters is vormgegeven lijkt mij in ieder geval geen aanbeveling. Omdat de vreemdelingenrechters in iedere fase van de procedure samenwerkten,³⁴⁹ de procedurele waarborgen ontbraken, terwijl bovendien niet uitsluitend recht werd gesproken c.q. gevormd in het voorliggende geschil, maar ook principiële vragen werden beantwoord, zijn tegen de Rechtseenheidskamer vergelijkbare legitimizeitsbezwaren te uiten als tegen het concipiëren van een rechtersregeling.³⁵⁰ De Rechtseenheidskamer bleek evenwel niet naar wens te functioneren; de kamer kon niet snel genoeg eenheid bewerkstelligen, de procedure kostte veel tijd en de kamer slaagde er niet altijd in om met de uitspraak voldoende duidelijkheid te scheppen.³⁵¹ Een rechtersregeling die is vastgesteld conform de drie voorwaarden verdient zodoende mijns inziens in beginsel de voorkeur boven het oprichten van een dergelijke kamer.

4.2.3 *Jurisprudentiecommissie(s)*

Het instellen van jurisprudentiecommissie(s) kan mijns inziens wel een stap in de goede richting zijn bij het bevorderen van rechtseenheid. In het vorige hoofdstuk hebben we óbijvoorbeeld met betrekking tot de Beslagsyllabusó gezien dat er ook bepalingen in òrechtersregelingenö zijn opgenomen die strikt genomen niet als rechtersregeling kunnen worden gekwalificeerd. Het gaat om bepalingen die een vaste lijn in de jurisprudentie vastleggen, oftewel een bestaande rechtsnorm weergeven; de rechtsvorming heeft dan al eerder plaatsgevonden op grond van en in de met waarborgen omklede procedure van een concreet geschil. Hoewel een rechtersregeling ter zake formeel niet nodig is om eenheid te bewerkstelligen, lijken de rechters behoefte te hebben aan houvast. Dat is begrijpelijk. Door mogelijk tijdgebrek en het ontbreken van (ruimschoots) gepubliceerde jurisprudentie kan een document waaruit kort en bondig blijkt wat collegae (elders) hebben beslist wenselijk zijn.

³⁴⁵ Of eenheid daadwerkelijk kan worden bewerkstelligd, hangt m.i. dan bovendien af van het gezag van de Raad en de mate waarin de regels voorzien in de behoeften.

³⁴⁶ Mak 2006, p. 373-381 zie ook Mak 2008, p. 29-30.

³⁴⁷ Zie voor de eventuele mogelijkheden naar aanleiding van de aanbevelingen van de Commissie Hammerstein (i.c. van belang: het stellen van een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad en cassatie in belang der wet uitbreiden) §2.5.2.

³⁴⁸ Terlouw 2001, p. 151-162.

³⁴⁹ Zo circuleerden er bijvoorbeeld concepten van uitspraken van de kamer, die meestal werden besproken in de zittingsplaatsen, Terlouw 2001, p. 151-162.

³⁵⁰ Met betrekking tot de legitimiteit van de Rechtseenheidskamer is bijvoorbeeld ook aan de orde gesteld of in verband met het *ius non evocando* wel meer rechters mogen deelnemen aan het òraadkameroverlegö dan de drie die de wet RO voorschrijft, en is de vraag gesteld hoe zich het voor- en naoverleg (overleg voor de zitting en daarna) dat in de zittingsplaatsen plaatsvond, tot het onmiddelijkheidsbeginsel verhoudt. Zie overzicht Terlouw 2001, p. 151-162.

³⁵¹ Terlouw 2001, p. 151-162.

In dit kader is het wellicht interessant om één of meer jurisprudentiecommissie(s) op te richten waarin wordt samengewerkt bij het verzamelen en ordenen van rechterlijke uitspraken. Bij de inwerkingtreding van de WSNP is een dergelijke commissie opgericht die regelmatig bulletins produceerde. Uit de interviews van Huls en Schellekens blijkt dat alle rechters en raadsheren deze bulletins met veel aandacht hebben gelezen en daarin een belangrijke inspiratiebron hebben gevonden voor hun uitspraken. Aansluiting kan ook worden gezocht bij de in de Verenigde Staten door het *American Law Institute* verzorgde *restatements of the law*, waarin de stand van de jurisprudentie op bepaalde gebieden met enige regelmaat, als een soort provisorische codificatie, wordt weergegeven.³⁵²

Op dit terrein zie ik mogelijk wel een taak weggelegd voor de Raad voor de rechtspraak. Door het regelmatig verspreiden van bulletins óte vergelijken met de kronieken in de juridische tijdschriften ó kan de Raad de gerechten immers ondersteuning bieden ter bevordering van de uniforme rechtstoepassing en juridische kwaliteit. Een digitaal archief zoals op rechtspraak.nl, waarbij simpel op zoekterm/onderwerp kan worden gezocht zou hierop een goede aanvulling zijn.³⁵³ Verstarring van de rechtsontwikkeling wordt dan voorkomen omdat in een bepaald (gezaghebbend) document niet gekozen wordt voor een bepaalde nog niet uitgekristalliseerde lijn in de jurisprudentie, terwijl een bulletin tegelijkertijd de rechters houvast biedt bij de beslechting van concrete geschillen. Met het oog op de rechtszekerheid verdient het aanbeveling om de bulletins en het archief openbaar toegankelijk te maken.

Opgemerkt moet worden dat deze aanbeveling; het instellen van jurisprudentiecommissies, een goede bijdrage kan leveren aan het bewerkstelligen van rechtseenheid, maar waarschijnlijk op zichzelf niet voldoende is om in de behoefte daaraan te voorzien. Met betrekking tot een veelvoud aan open normen zal immers geen uitgekristalliseerde lijn in jurisprudentie te ontdekken zijn of binnen afzienbare tijd ontstaan.

4.3 Een derde òrechtsvormende macht?

In de juridische wetenschap en literatuur wordt de laatste jaren steeds meer aandacht besteed aan de oprichting van bepaalde gremia om de rechtsvorming op zich te nemen daar waar de wetgever en rechterlijke macht er via de bestaande instrumenten niet voldoende in slagen.

Giesen en Schelhaas hebben bijvoorbeeld het Periodiek Overleg van Rechtsvormers (POR) aangedragen: een overleg- en beslisstructuur bestaande uit de leden van de wetgevende macht, rechterlijke macht, doctrine, practici en maatschappelijke groeperingen, waarin de genoemde partijen met elkaar rond de tafel gaan zitten teneinde de rechtsvorming gezamenlijk ter hand te nemen.³⁵⁴ In het kader van de Fundamentele herbezinning van het Burgerlijk Procesrecht is de oprichting van een soortgelijk gremium aan de orde gekomen: de BPR-raad of de Raad voor het Burgerlijk procesrecht.³⁵⁵ Tot slot noem ik op deze plaats de in het kader van het Voorontwerp Insolventiewet voorgestelde Insolventieraad,

³⁵² De Winter 1998, p. 659.

³⁵³ Huls & Schellekens 2001, p. 73-74 constateerden dat in/voor 2001 internet binnen de rechterlijke macht amper werd gebruikt. Ik weet niet of dat nog zo is, maar het gebruik lijkt mij haast noodzakelijk om goed geïnformeerd te blijven. Een telefonisch te bereiken helpdesk (bestaande uit bijv. ervaren secretaris(sen)) kan voor degenen die thans nog niets willen weten van internet een optie zijn om toegang te krijgen tot de gewenste informatie.

³⁵⁴ Giesen & Schelhaas 2006, p. 159-172, Giesen 2007, p. 119 e.v., Giesen, De Wijkerslooth & Witteveen 2007, p. 135-137 en Giesen & Schelhaas 2008, p. 131-154. Uit het Verslag van de op 8 juni 2007 te Haarlem gehouden algemene vergadering over: Algemene regelgeving, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, 137^e jaargang/ 2007II, Deventer: Kluwer 2008, p. 89-90, blijkt dat de ruime meerderheid van de aanwezigen tegen de oprichting van een overlegorgaan als het POR is. Over alternatieve regelgeving, civiele pseudowetgeving en de algemene verbindendverklaring daarvan, (kritisch) respectievelijk zelfregulering: Hartlief 2007, p. 1289, Konijnenbelt & Kurstjens 2007, p. 1747-1750, Kristic, Van Tilburg & Verbruggen 2009, p. 199-214, Prins 2007, p. 1279, Silvertand & Papeveld 2009, p. 956-957. Een rechtersregeling is evenwel in tegenstelling tot deze private regelgeving een vorm van overheidsregulering.

³⁵⁵ Tweede Kamer, vergaderjaar 2006-2007, 30 951, nr. 1, p. 27-28 met een verwijzing naar Asser-Groen-Vranken, *Een nieuwe balans: interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: BJu 2003 (hoofdstuk 12). Ook helpdesks, leidraden en een instituut voor permanente evaluatie en advisering over de modernisering van het burgerlijk procesrecht worden genoemd als mogelijke alternatieven.

met leden afkomstig uit het veld van de direct betrokkenen, die gezamenlijk bevoegd zijn nadere richtlijnen vast te stellen onder de toepassing van de Insolventiewet.³⁵⁶

Hoewel ik de mogelijke voordelen inzie van deze overlegstructuren, voorzie ik in het beslisaspect ter zake problemen. Want als ik denk aan vertegenwoordigers van de wetgevende macht, denk ik aan een minister, staatssecretaris of secretaris-generaal.³⁵⁷ Wanneer dan samen met enkele rechters en òklanten van het rechtsbedrijf overleg wordt gepleegd, resulterend in bindende richtlijnen,³⁵⁸ komt de rechterlijke onafhankelijkheid al snel in het gedrang. Een minister behoort immers tot de uitvoerende macht en de rechterlijke macht dient in het licht van de jurisprudentie van het EHRM bij art. 6 EVRM, en gelet op de Wet RO, neutraal te kunnen functioneren ten opzichte van de andere staatsmachten.³⁵⁹ Dergelijke constructies (ter vergroting van de rechtseenheid) kunnen dan ook problematisch zijn vanuit het constitutionele perspectief van de functionele onafhankelijkheid, en de feitelijke onafhankelijkheid van de individuele rechter kan hiermee in het concrete geval in het gedrang komen.³⁶⁰ Bovendien kan men zich afvragen of de rechtseenheid door middel van richtlijnen afkomstig van deze gremia daadwerkelijk wordt bewerkstelligd. Heeft het gremium voldoende gezag; sluiten de richtlijnen voldoende aan bij de werkelijkheid van de rechterlijke werkvloer, of blijven de (eigenwijze) rechters behoefte houden aan eigen regels ter invulling van de open normen; en hoe kan dat laatste feitelijk worden voorkomen of worden gesanctioneerd bij het ontbreken van rechtsmiddelen?

Ik zie zodoende meer in het volgende alternatief, waarbij gebruik wordt gemaakt van de voordelen van multidisciplinair overleg, maar door de beslisstructuur waarschijnlijk beter voorziet in de behoefte aan rechtseenheid en rechtszekerheid.

4.4 De rechtersregeling met procedurele waarborgen

Wanneer voor het vaststellen van een rechtersregeling aansluiting wordt gezocht bij het totstandkomingsproces van vergelijkbare regelingen in de Verenigde Staten,³⁶¹ kan mijns inziens op de beste manier worden voorzien in een behoefte aan rechtseenheid.³⁶²

In de Verenigde Staten is wettelijk geregeld dat de rechterlijke macht procesrechtelijke, beleidsneutrale (oftewel: politiek ongevoelige) regels vaststelt om met beslissingsruimte om te gaan.³⁶³ Aan het uiteindelijk in werking treden van een rechtersregeling gaat evenwel een uitgebreide, controleerbare procedure vooraf. De regels dienen tot stand te komen met inspraak voor de rechters, voor juridische beroepsgroepen en voor burgers in het algemeen. Dit alles geschiedt in de openbaarheid: er geldt een publicatieplicht. Bovendien behoudt de macht tot wiens taak normaal gesproken het concipiëren van algemene regels behoort: het *Congress*, een vetorecht. Op deze manier kan ook worden voorkomen dat de rechters regels vormen die politiek gevoelig zijn: de rechtersregeling kan worden tegengehouden zodat deze niet in werking treedt, en de wetgever kan besluiten het (aangepaste) voorstel in wetgeving om te zetten.³⁶⁴ Wanneer de rechtersregeling niet wordt tegengehouden, komt deze dus tot stand zonder inhoudelijke inmenging van andere staatsmachten.

³⁵⁶ Kortmann & Faber 2007, p. 6 en 174-176, zie over de procesrechtelijke aspecten van het voorontwerp Insolventiewet (kritisch): Van der Aa 2009, p. 38, Giacometti-Vermeer & Ynzonides 2008, nr. 10 en Van Mierlo 2008, nr. 6760.

³⁵⁷ Bij het POR wordt bijvoorbeeld gedacht aan een enkele secretaris-generaal van een aantal ministeries, waaronder dat van Justitie. Bij de andere genoemde overleggremia is misschien geen vertegenwoordiger van de wetgever betrokken, maar (ook) daar kunnen vraagtekens worden geplaatst bij de grondslag van de binding van de rechters aan de vast te stellen richtlijnen en het daadwerkelijk bewerkstelligen van eenheid.

³⁵⁸ Dat moet worden onderscheiden van de situatie waarin de wetgever na het overleg zelf gaat wetgeven.

³⁵⁹ Bovend-Eert 2008, p. 21-27.

³⁶⁰ Mak 2007, p. 221-227.

³⁶¹ Zie voor òtekst en commentaarö van en op deze rechterlijke rechtsregels in de Verenigde Staten: *Federal Rules of Civil Procedure And Selected Other Procedural Provisions*, Westbury, New York: The Foundation Press, Inc. 1994. Teuben 2004, p.11 verwijst naar het bestaan van deze regels zonder deze inhoudelijk te bespreken. Zij noemt ook de vergelijkbare *Civil Procedure Rules* die in Engeland en Wales dienst doen.

³⁶² In samenhang met de in §4.2.3 besproken jurisprudentiecommissies.

³⁶³ Zie hierover uitgebreid: Köhne 1997, p. 183-191.

³⁶⁴ Om een regel voor 1 december van een bepaald jaar in te laten gaan moet het *Supreme Court* voor 1 mei de voorgestelde regel aan het *Congress* sturen. In de tussenliggende periode kan het *Congress* door middel van wet

Voor de Nederlandse situatie zou deze procedure, met inachtneming van de bevindingen in de vorige hoofdstukken, als volgt kunnen worden vertaald. De rechters, oftewel de sector- en gerechtshofvergaderingen, kunnen een wettelijke bevoegdheid krijgen tot het vaststellen van politiekneutrale rechtersregelingen. Het gebrek aan procedurele waarborgen bij het vaststellen van een rechtersregeling kan worden gecompenseerd door belanghebbenden de gelegenheid te geven op een concept rechtersregeling te reageren, bijvoorbeeld via internetconsultatie of een internetforum.³⁶⁵ Bij burgers of bedrijven bestaat immers wellicht de behoefte om hun zienswijze en hun belangen naar voren te brengen. Ook omgekeerd zullen de rechters óin het kader van het tot stand brengen van democratisch gelegitimeerd rechtó in bepaalde gevallen behoefte hebben aan voorlichting door anderen dan collega rechters. In dit kader kan ook worden gedacht aan de mogelijkheid dat de rechters de onafhankelijke mening vragen van deskundigen c.q. onderzoekers. Dit zou kunnen in de vorm van *expertmeetings*, via de al genoemde internetconsultatie, naar het model van de Engelse *Law Commission*: via een *Consultation Paper*, of via *amicus curiae*-brieven zoals bekend bij het EHRM en het *Supreme Court* van de Verenigde Staten.³⁶⁶ Het inwinnen van informatie en uitbesteding van onderzoek heeft een hogere kwaliteit van de regels tot gevolg, maar zal tevens tot werkbesparing bij de gerechten leiden, wat in het kader van de *efficiency* gewenst is.

De sector- en gerechtshofvergaderingen blijven eindverantwoordelijk voor de inhoud van de *rechtersregeling*. In het kader van de onafhankelijkheid maken de rechters de belangenafweging, maar op grond van een gedegen informatieverzameling en met inzicht in de betrokken belangen.³⁶⁷ De wetgever heeft vervolgens een vetorecht, zoals hierboven reeds besproken.³⁶⁸ Voor de situaties waarin de rechtersregeling niet wordt tegengehouden of in wetgeving wordt omgezet, lijkt het mij verstandig om ook te voorzien in regels en voorzieningen met betrekking tot de uniforme invoering en toepassing van de rechtersregeling. Hoe deze regels er precies uit moeten zien gaat het bestek van deze scriptie te buiten, maar mijns inziens kan gedacht worden aan de invoeringsprocedure van het Landelijk reglement voor de civiele rol bij de rechtbanken, welke vergezeld ging met de oprichting van een helpdesk en met het verzamelen en ordenen van de jurisprudentie (denk aan de in §4.2.3 besproken jurisprudentiecommissies).³⁶⁹ Om de rechtersregeling blijvend te laten aansluiten op de (eventuele veranderende) wensen, behoeften en opvattingen en om zodoende ook de kwaliteit van de regeling op peil te houden, is het naar mijn oordeel tot slot noodzakelijk om een vaste periodieke evaluatie voor te schrijven, met behoud van de mogelijkheid om eerder te evalueren. De evaluatie kan overeenkomstig de hierboven beschreven procedure voor het vaststellen van een rechtersregeling geschieden.³⁷⁰

Men zou tegen de keuze voor de hier besproken procedure kunnen aanvoeren dat de snelheid, de flexibiliteit en het gemak van het concipiëren van een rechtersregeling verdwijnen. Ik denk echter dat de

de voorgestelde regel veranderen of tegenhouden. Overigens kan de vraag of een regel in strijd is met de *substantive rights* beperking (niet politiek gevoelig) ook in een rechtszaak worden voorgelegd aan de rechter en in hoogste instantie dus aan het *Supreme Court*, maar dit blijkt geen grote filterende functie te hebben.

³⁶⁵ De website www.internetconsultatie.nl bestaat reeds om kennis nemen van en te reageren op wetsvoorstellen.

³⁶⁶ Dit laatste houdt bij het EHRM in dat dit Hof de ruimte heeft zelfstandig de mening van deskundige personen of organisaties te vragen of een rapport te laten opmaken, zie art. 36 lid 2 EVRM. Ook individuen met een relevante specialistische juridische expertise of feitelijke kennis, en commerciële, industriële, ideële organisaties die belanghebbend zijn, kunnen hun mening op deze manier kenbaar maken. Uit een onderzoek naar de vraag waarom de *Supreme Courts amicus briefs* al dan niet invloed hebben, blijkt dat *it appears the Court values the information found within amicus briefs and not in the information found on the covers of the briefs*, zodat het informatieve element de doorslag geeft. Lobbyen via een dergelijk öbriefö lijkt geen effect te hebben binnen het *Supreme Court*. Zie: Kuitenbrouwer 1989, p. 1658 en Langemeijer, Van de Bunt & Sierksma 2009, p. 129-135.

³⁶⁷ öDe luisterend rechter is zich bewust van normen en waarden, doch is vooralsnog vrij in zijn oordeelsvorming over hetgeen wordt voorgelegdö: Brenninkmeijer 1989, p. 1622 met een verwijzing naar Ras. De rechter dient volgens Smits 2008, p. 303-304 op grond van de redelijke uitleg van art. 6 EVRM onafhankelijkheid te zijn van maatschappelijke opvattingen, maar: öCourts cannot operate in a vacuumö, aldus ook het EHRM in het *Sunday-Times*-arrest.

³⁶⁸ Om politiek gevoelige rechtersregelingen te voorkomen, dient de wetgever wel serieus om te gaan met zijn vetorecht. Zoals Donner reageerde op de aanpassing van de kantonrechtersformule (zie §3.5.3) is ter zake uit den boze.

³⁶⁹ Voor een uitgebreidere bespreking: Uniken Venema 2001, p. 141-147.

³⁷⁰ Al kan natuurlijk ook worden begonnen bij het voorleggen van de vraag of de regeling nog aan de wensen voldoet aan de belanghebbenden op een internetforum.

rechtersregeling een flexibele regeling blijft en dat veel tijd kan worden bespaard door de Raad voor de rechtspraak ondersteuning te laten bieden, bijvoorbeeld door de õgedachtewisselingõ te faciliteren, het onderzoek uit te laten besteden, het internetforum te laten ontwikkelen en onderhouden, en door de reacties te ordenen en kort en bondig te laten presenteren. Voor het gemak van het concipiëren van een rechtersregeling komt bovendien een combinatie van *efficiency*, rechterlijke onafhankelijkheid en kwalitatief hogere regelingen in de plaats, wat mijns inziens de voorkeur verdient.

De oplettende lezer zal denk ik al zijn opgevallen dat ik geen õoplossingõ heb gevonden voor de politiek gevoelige onderwerpen, waar de behoefte aan eenheid en rechtszekerheid ook groot is. Ik acht de wetgever tot het vormen van recht met betrekking tot deze onderwerpen namelijk nog steeds bij uitstek (exclusief) bevoegd. Ook al concipiëren de rechters namelijk ter zake een geïnformeerde en gecontroleerde regeling, het feit blijft dat de rechters dan een belangenafweging maken, waarbij een politieke visie de doorslag zal geven.³⁷¹ En aangezien de rechters niet worden benoemd om hun politieke visie, acht ik de rechter daartoe niet bevoegd. Bovendien is een betrokken rechter naar mijn oordeel volgens de jurisprudentie van het EHRM dan niet meer als onpartijdig te beschouwen, wat een (te-recht) wrakingsverzoek niet ondenkbaar maakt.³⁷²

Een periodiek overleg tussen de rechtsvormers, zoals het POR, zou ter zake wel kunnen bijdragen aan de behoefte aan eenheid. In het overleg kunnen de rechters en belanghebbenden aan de wetgever de noodzaak van regelgeving duidelijk maken en ideeën aandragen, hetgeen de wetgever kan aanspreken om tot wetgeven over te gaan.

Wat uit dit alles toch voornamelijk volgt is dat er zeker behoefte is aan rechtersregelingen en het is door de huidige wildgroei en ondoorzichtigheid van deze regelingen hoog tijd voor een wettelijk totstandkomingsprotocol, waarin waarborgen zijn opgenomen om de (politieke, en met de rechterlijke onafhankelijkheid verband houdende) grenzen bij het vaststellen van rechtersregelingen te bewaken, maar waardoor ook de democratische legitimatie (van de inhoud) van de te concipiëren regelingen wordt bevorderd. Op deze manier kan optimaal gevolg worden gegeven aan de drie geformuleerde voorwaarden voor het concipiëren van een rechtersregeling.³⁷³

³⁷¹ Vergelijk: Van der Vlies 2007, p. 1281.

³⁷² Over de verhouding en de afweging tussen en van de onafhankelijkheid, onpartijdigheid (klassiek-rechtsstatelijke beginselen) en *new public management* beginselen (o.a. eenheid, efficiency, transparantie): Mak 2006, 2007 en 2008. Van Slooten 2009, p. 238 en Hofhuis 2009, p. 39 lijken overigens echter de rechtseenheid de rechtszekerheid zwaarder te laten wegen dan deze klassiek-rechtsstatelijke beginselen met betrekking tot het regelen van de ontslagvergoedingen via de kantonrechtersformule, ook al is in ieder geval laatstgenoemde auteur van mening dat de wetgever zich deze materie mag (moet) aantrekken.

³⁷³ De huidige regelingen die niet voldoen aan de geformuleerde totstandkomingsvereisten zijn niet acceptabel in een democratische rechtsstaat en zijn om die reden m.i. nietig c.q. onverbindend. De meeste regelingen zijn evenwel in enige mate in de rechtspraak toegepast en hebben zodoende (bij kenbaarheid) tot op zekere hoogte precedentwaarde/bindende werking kunnen verkrijgen. Zoals we in hoofdstuk 3 hebben gezien, wordt echter (ondanks het voorgaande) nog vaak de eenheid en rechtszekerheid niet bewerkstelligd, zodat er (ook in de praktijk) voor nieuwe acceptabele rechtersregelingen nog steeds plaats is. In de overgangperiode tussen de oude regelingen en de nieuw te concipiëren regelingen zal m.i. *de facto* (ondanks onverbindendheid of nietigheid) de huidige situatie blijven bestaan; sommige rechters zullen een regeling toepassen zonder ernaar te verwijzen en andere rechters zullen de (nietige) regeling naast zich neerleggen. Om deze praktijk te doorbreken is het m.i. noodzakelijk om in de toekomst regelingen te concipiëren die breed gedragen worden door de rechters en die tot stand komen volgens allerlei procedurele waarborgen, zoals in de onderhavige paragraaf is betoogd.

Lijst van verkort aangehaalde publicaties en geraadpleegde literatuur

Van der Aa 2007

M.J. van der Aa, *De afkoelingsperiode in faillissement: een onderzoek naar enkele materieel-rechtelijke aspecten van de afkoelingsperiode tijdens het faillissement van een onderneming naar huidig en mogelijk komend insolventierecht*, (proefschrift Universiteit Groningen) Deventer: Kluwer 2007.

Van der Aa 2009

M.J. van der Aa, *Insolventieprocesrecht (deel I)*, *TCR* 2009, afl.1, p. 37-43.

Agenda van de Rechtspraak 2005-2008

Agenda van de Rechtspraak 2005-2008, *Onafhankelijk en betrokken*. Te raadplegen via www.rechtspraak.nl

Agenda van de Rechtspraak 2008-2011

Agenda van de Rechtspraak 2008-2011, Den Haag 2007. Te raadplegen via www.rechtspraak.nl.

Asser-Groen-Vranken, Eindrapport 2006

W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, *Uitgebalanceerd, Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Barendrecht 2008

M. Barendrecht, *Rechtsvorming via hogere rechtspraak. Heeft de Commissie Hammerstein de oplossing?*, *NJb* 2008, afl. 22, p. 1332-1335.

Bauw 2007

E. Bauw, Th. Groeneveld, *Nut en noodzaak van samenwerking in de Rechtspraak*, *Trema* 2007, afl. 9, p. 382-389.

Bellekom 2007

Th.L. Bellekom e.a., *Compendium Staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2007.

Beltzer 2009

R.M. Beltzer, *Het sociaal plan en de nieuwe formule: de vakbonden hebben andere maatschappelijke opvattingen*, *NJb* 2009, afl. 4, p. 241-242.

Bender 2006

D.J. Bender, *Kantonrechttersformule ter discussie*, *NJb* 2006, p. 2299-2300.

Bodewes 2001

K.W.M. Bodewes, *De ontslagvergoeding in de praktijk*, *ArbeidsRecht* 2001, nr. 44.

Bol 2008

J.P.M. Bol, *Kinderalimentatie II. Tijd voor een principieel andere benadering*, *EB* 2008, nr. 2.

Bosch 2009

J.D.S.L. Bosch, *Boekbespreking* (Rechtters normeren de alimentatiehoogte. Een empirisch onderzoek naar rechterlijke samenwerking in de werkgroep alimentatienormen (1975-2007)), *Trema* 2009, afl. 2, p. 71-72.

Bovend-Eert 2008

P.P.T. Bovend-Eert, *Rechterlijke organisatie, rechtters en rechtspraak*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008.

Brenninkmeijer 1989

A.F.M. Brenninkmeijer, *De grenzen van samenwerking tussen rechtters*, *NJb* 1989, p. 1621-1634.

Brenninkmeijer 1998

A.F.M. Brenninkmeijer, *Gedeelde rechtsorde*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

Brenninkmeijer 2003

A.F.M. Brenninkmeijer, (red.), *De taakopvatting van de rechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Broers 2001

E. Broers, B. Van Klink (red.), *De rechter als rechtsvormer*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

De Bruijn-Lückers 2007

M.L.C.C. de Bruijn-Lückers, 'Intrekking voorstel kinderalimentatie, wat nu?', *EB* 2007, nr. 1.

Bruins 2009

A. Bruins, 'Rechters hebben onvoldoende oog voor algemeen belang. De risico's van rechterlijke samenwerking', *Mr.* 2009 afl. 1, p. 79-87.

Van den Brink & Wamsteker 2005

V. van den Brink, P.M. Wamsteker, 'Contractueel bedongen kosten. Strookt aanbeveling I van rapport Voorwerk II nog met de rechtspraak van de Hoge Raad?', *TCR* 2005, afl.1, p. 3-5.

Buijs 2008

D.J. Buijs, 'De kantonrechttersformule revisited', *Sociaal Recht* 2008, afl. 12, p. 344-345.

Buijs & Stroink 1997

D.J. Buijs, F.A.M. Stroink, 'Landelijke kantonrechttersformule bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Het nieuwe speeltje van de kantonrechtters', *Sociaal Recht* 1997-2, p. 32-37.

Cleiren & Schoep 2001

C.P.M. Cleiren, G.K. Schoep (red.), *Rechterlijke samenwerking*, Deventer: Gouda Quint 2001.

Coenraad 2009

L.M. Coenraad, 'Kronieken: Algemene beginselen', *TCR* 2009, nr. 1, p. 25-29.

Van Dam-Lely & Tuil 2008

J.H. van Dam-Lely, M.L. Tuil, 'De prijs van het gelijk. Een (kritische) bespreking van het systeem van vergoeding van gerechtelijke en buitengerechtelijke kosten. Discussieverslag van de voorjaarsvergadering van de NVvP', *TCR* 2008, afl. 1, p. 15-20.

Van Dam-Lely & Tuil 2009

J.H. van Dam-Lely en M.L. Tuil, 'De reikwijdte van het beslag, Verslag van de voorjaarsvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht', *TCR* 2009, p. 18-24.

Van Delden 1989

A.H. van Delden, 'Samenwerking tussen rechtters', *NJb* 1989, p. 1642-1646.

Van Dijk 2006

Chr.H. van Dijk, '(Buiten)gerechtelijke kosten: de onwenselijkheid van het op grote schaal van kleur verschieten', *MvV* 2006, afl. 7/8, p. 137-142.

Dijksterhuis 2008

B.M. Dijksterhuis, *Rechters normeren de alimentatiehoogte. Een empirisch onderzoek naar rechterlijke samenwerking in de Werkgroep alimentatienormen (1975-2007)*, (proefschrift) Leiden: Leiden University Press 2008.

Dijksterhuis 2009

B.M. Dijksterhuis, 'Drie keer alimentatiewetgeving voorkomen met rechterlijke alternatieven', *FJR* 2009, nr.19.

Dorn 2008

Th.M. Dorn, *Alimentatieverplichtingen. Richtlijnen werkgroep alimentatienormen*, Den Haag: Sdu uitgevers 2008.

Duk 2009

R.A.A. Duk, 'Is ook de 'B' van de aanbevelingen variabel?', *NJb* 2009, afl. 4, p. 238-239.

Fernhout 2007

F.F. Fernhout, 'Uit de school geklapt: over de oorsprong van de kinderalimentatietabellen', *EB* 2007, nr. 66.

Fernhout 2008

F. Fernhout, 'Kunnen ze daar wel googlen?', *NJb* 2008, afl. 29, p. 1800.

Freudenthal, Milo en Schelhaas 2003

M. Freudenthal, J.M. Milo, H.N. Schelhaas, 'Nederlandse zuinigheid bij Europese betalingsachterstand', *NTBR* 2003, p. 83 e.v.

Giacometti-Vermeer & Ynzonides 2008

W.G.L. Giacometti-Vermeer, M. Ynzonides, 'Het voorontwerp Insolventiewet bezien vanuit procesrechtelijk oogpunt', *TvI* 2008, nr. 10.

Giesen 2006

I. Giesen, 'Balanslezen. Reflecteren over sanctionering en zelfregulering naar aanleiding van het Eindrapport van de Commissie Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht', *TCR* 2006, afl. 1, p. 103-109.

Giesen & Schelhaas 2006

I. Giesen, H.N. Schelhaas, 'Samenwerking bij rechtsvorming. De instelling van een Periodiek Overleg van Rechtsvormers (POR)', *AA* 2006, afl. 3, p. 159-172.

Giesen 2007

I. Giesen, *Monografieën Privaatrecht, Alternatieve regelgeving en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2007.

Giesen, De Wijkerslooth & Witteveen 2007

I. Giesen, J.L. de Wijkerslooth, W.J. Witteveen, *Alternatieve regelgeving, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, Preadviezen*, Deventer: Kluwer 2007.

Giesen & Coenraad 2008

I. Giesen, L.M. Coenraad, 'Kroniek van de rechtspleging, Nieuwe fundamenten voor de Nederlandse rechtspleging', *NJb* 2008, afl. 16, p. 989-997.

Giesen & Schelhaas 2008

I. Giesen, H.N. Schelhaas, 'Samenwerking bij rechtsvorming. De instelling van een periodiek overleg van rechtsvormers (POR)', in: W.M.T. Keukens, M.C.A. van den Nieuwenhuijzen, (red.), *Raad & Daad. Over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 131-154.

Groen 2008

H.A. Groen, 'Selectie aan de poort, Het rapport van de commissie normstellende rol van de Hoge Raad', *Trema* 2008, afl. 8, p. 340-347.

Hammerstein 2006

A. Hammerstein, 'Rechterregelingen in het Burgerlijk (proces)recht. Proefschrift van mr. K. Teuben', *MvV* 2006, afl. 1, p. 13-15.

Hansma 2000

R. Hansma, 'De collectieve waanzin rond de kantonrechtersnorm', *NJb* 2000, afl. 7, p. 363-365.

Harreman & Tuil 2003

M.M.L. Harreman, M.L. Tuil, 'Verslag van de voorjaarsvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, Interim-rapport van de commissie Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht', *TCR* 2003 afl. 3, p. 49-58.

Hartlief 2007

T. Hartlief, 'Alternatieve regelgeving in privaatrechtelijke verhoudingen. Opmerkingen bij het preadvies van prof. mr. I. Giesen', *NJb* 2007, afl. 21, p. 1288-1294.

Hartlief 2008

T. Hartlief, 'Belangrijke mensen in het recht: Lucia de B., Hammerstein en Kooiker', *NJb* 2008, afl. 15, p. 869.

Hartlief 2009

T. Hartlief, 'Den Haag, let op Uw saeck!', *NJb* 2009, afl. 17, p. 1073.

Heerma van Voss 2009

G.J.J. Heerma van Voss, 'De gemiste kansen van de nieuwe aanbevelingen', *NJb* 2009, afl. 4, p. 236-237.

Heerma van Voss & Van Sloten 2009

- G.J.J. Heerma van Voss, J.M. Van Sloten, *öKroniek Sociaal Rechtö*, *NJb* 2009, afl. 14, p. 874-880.
- Van der Heijden 2008**
P.F. van der Heijden, *öOntslagrechtstatelijke overpeinzingö*, *NJb* 2008, p. 2696-2697.
- Hendrikse 2009**
R. Hendrikse, *öNieuwe Beslagsyllabusö*, *Advocatenblad* 2009, p. 145.
- Hendriksen 2001**
W.F. Hendriksen, *öRechterlijke samenwerking in het civielrecht. Enige opmerkingen met betrekking tot het rolreglementö*, in: Cleiren, C.P.M., Schoep, G.K. (red.), *Rechterlijke samenwerking*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 149-150.
- Hofhuis 2009**
H.F.M. Hofhuis, *öDe kantonrechter op de stoel van de wetgeverö*, *Trema* 2009, afl.2, p. 38-39.
- Huls & Schellekens 2001**
N.J.H. Huls, V.M. Schellekens, *öRechterlijke samenwerking in de praktijk: de Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen als sprekend voorbeeldö*, in: C.P.M. Cleiren, G.K. Schoep, (red.), *Rechterlijke samenwerking*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 71-87.
- Huydecoper 2005**
J.L.R.A. Huydecoper, *öVerhaal van (buitengerechtigde)kosten ó wat doen we ermeeö*, *VrA* 2005-3, p. 4-31.
- IJzermans 2001**
M. IJzermans, *öDe verhouding tussen heuristisch en legitimatie bij rechtsvormingö*, in: E. Broers, B. van Klink, (red.), *De rechter als rechtsvormer*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 89-104.
- Janssen 2008**
M.A.J.G. Janssen, *öHoor en wederhoor. Tijdig overleggen van stukkenö*, *Advocatenblad* 2008, p. 546-549.
- Jongbloed 1999**
A.W. Jongbloed, *öHoofdbeginselen en algemene leerstukken. Hoor en wederhoor in anderhalf jaar rechtspraak van de Hoge Raadö*, *TCR* 1999, afl. 1, p. 13-15.
- Jongbloed 2001**
A.W. Jongbloed, *öRechtsmiddelenö*, *AA* 2001 (50), afl. 1, p. 14-22.
- Jongbloed 2008**
A.W. Jongbloed, *Executierecht*, Deventer: Kluwer 2008.
- Kapteyn 1989**
P.J.G. Kapteyn, *öVormen van samenwerking tussen rechters: de afdeling rechtspraakö*, *NJb* 1989, p. 1648-1654.
- Ten Kate en Van Koppen 1984**
J. ten Kate, P.J. van Koppen, *Determinanten van privaatrechtelijke beslissingen*, Arnhem: Gouda Quint B.V. 1984.
- Knijp 2002**
G.J. Knijp, *öBuitengerechtigde kosten in Europees perspectiefö*, *NbBW* 2002, afl.7/8,p. 100-103.
- Knipschild 2009**
E. Knipschild, *öFormule als vast uitgangspuntö*, *OR informatie* 2009, p. 46.
- Knipschild & Van der Meer 2009**
E. Knipschild, S.M. van der Meer, *öDe kantonrechttersformule anno 2009ö*, *MvV* 2009, afl. 3, p. 78-82.
- Köhne 1997**
F.M. Köhne, *öDe rechter als wetgeverö*, *Bestuurswetenschappen* 1997, afl. 3, p. 183-191.

Konijnenbelt & Kurstjens 2007

W. Konijnenbelt, H. Kurstjens, *De Juristen-Vereniging en de alternatieve regelgeving. Verslag van de Jaarvergadering van de Nederlandse Juristen-Vereniging*, *NJb* 2007, afl. 28, p. 1747-1750.

Kortmann & Faber 2007

S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet. Voorontwerp Insolventiewet*, Deventer: Kluwer 2007.

Kristic, Van Tilburg & Verbruggen 2009

A. Kristic, F.A. van Tilburg, P.W.J. Verbruggen, *Private normstelling: criteria voor toepassing van private regelgeving in de rechtszaal*, *RegelMaat* 2009 (24), 4, p. 199-214.

Kuitenbrouwer 1989

F. Kuitenbrouwer, *Lof der onmiddellijkheid*, *NJb* 1989, p. 1655-1659.

Van der Laan 2007

N. van der Laan, *Het toepassingsbereik van de Handhavingsrichtlijn en de uitvoeringswet*, *IER* 2007, nr. 96.

Langemeijer, Van de Bunt & Sierksma 2009

F.F. Langemeijer, J.E. van de Bunt, S. Sierksma, *Het raadplegen van externe deskundigen in burgerlijke zaken door de Hoge Raad of het parket*, *Trema* 2009, afl. 4, p. 129-135.

Lankhorst 2008

G.H. Lankhorst, *Insolventierechters maken nieuwe richtlijnen voor beleid in schuldsaneringszaken*, *BJB* 2008, nr. 10.

Leijten 1989

J.C.M. Leijten, *Eigen wijsheid en andermans recht*, *NJb* 1989, p. 1660-1663.

Leijten 2000

J.P. Leijten, *Een landelijk reglement voor de civiele rol bij de rechtbanken*, *TCR* 2000, afl. 2, p. 31-37.

Lever & De Vree 1995

A.B. Lever en A.P. de Vree, *Civiele rolrichtlijnen voor de rechtspraak*, Deventer: Kluwer 1995.

Lindahl 2001

H. Lindahl, *Rechtsvorming als politieke representatie: de kwestie van constitutionele toetsing*, in: E. Broers, B. van Klink (red.), *De rechter als rechtsvormer*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 173-197.

Lindo 2009

C.M.Th. Lindo, *Tussen ideaal en nuchterheid, Interview met de nieuwe president van de Hoge Raad, mr. G.J.M. Corstens*, *NJb* 2009, afl. 17, p. 1074-1081.

Loonstra & Zondag 2000

C.J. Loonstra, W.A. Zondag, *Ontslagvergoedingsrecht: stand van zaken en perspectief*, *NJb* 2000, afl. 26, p. 1267-1277.

Loth 2001

M.A. Loth, *Rechterlijke samenwerking en rechtsvinding*, in: C.P.M. Cleiren, G.K. Schoep (red.), *Rechterlijke samenwerking*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 111-120.

Loth, Den Hollander, Schild, Wiegerink en Schuten 2007

M.A. Loth e.a. *Rechtsvinding door de Hoge Raad; de breedte en/of de diepte in?*, *Trema* 2007, afl. 8, p. 317-325.

Mak 2006

E. Mak, *De structuur van effectiviteit en onafhankelijkheid. Een analyse van de herziening van de Nederlandse rechterlijke organisatie in het licht van het beginsel van onafhankelijkheid*, *Trema* 2006, afl. 9, p. 373-381.

Mak 2007

E. Mak, *De rechtspraak in balans: een onderzoek naar de rol van klassiek-rechtsstatelijke beginselen en new public management-beginselen in het kader van de rechterlijke organi-*

satie in Nederland, Frankrijk en Duitsland, (proefschrift Erasmus Universiteit Rotterdam), Nijmegen: WLP 2007.

Mak 2008

E. Mak, *Rechtspraak en rechtspraak: een precaire balans*, *Rechtstreeks* 2008- nr.4, Raad voor de rechtspraak. Te raadplegen via www.rechtspraak.nl.

Martens 2000

S.K. Martens, 'De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter', *Trema* 2000, afl. 5, p. 171-181.

Van Marwijk Kooy 1996

A.G. van Marwijk Kooy, 'Een rondje langs de velden', *ArbeidsRecht* 1996, nr. 68.

Van der Meer & Rensink 1997

H.Th. van der Meer, G.J.J. Rensink 'Achter de aanbevelingen. De aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters d.d. 8 november 1996 nader bezien', *SMA* 1997, p. 7-19.

Van der Meer 2003

H.Th. van der Meer, 'Kantonrechters tevreden over kantonrechtersformule', *ArbeidsRecht* 2003, nr. 1.

Meijsen-Tierates scriptie 2007

M. Meijsen-Tierates, *Conservatoir beslag in Nederland, een hatelijk middel ter bewaring van een recht?*, scriptie Universiteit Utrecht, juli 2007.

Meijsen-Tierates 2008A

M. Meijsen-Tierates, 'De praktijk van de beoordeling van verzoekschriften tot het verlenen van verlof tot het leggen van conservatoir beslag', *Praktisch Procederen* 2008-6, p. 165-170.

Meijsen-Tierates 2008B

M. Meijsen-Tierates, 'Onderzoek naar het opheffingskortgeding in theorie en praktijk', *Executief* 2008-1, p. 2-4.

Van Mierlo 1998

A.I.M. van Mierlo, *Rolrecht in Nederland*, Deventer: Gouda Quint 1998.

Van Mierlo 2008

A.I.M. van Mierlo, 'Vernieuwd Insolventieprocesrecht', *WPNR* 2008, nr. 6760.

Numann 2008

E.J. Numann, 'Rechtshandhaving en procesrecht', *IER* 2008, nr.15 XII.

Oberman 2009

C. Oberman, 'Goedkoper ontslag in zware tijden. Nieuwe kantonrechtersformule', *Advocatenblad* 2009, p. 62-64.

Peters 2009

S.S.M. Peters, 'Het A en C van de nieuwe kantonrechtersformule', *NJb* 2009, afl. 4, p. 240-241.

Petri 1989

J.H.M. Petri, 'Tussen eenheid en versnippering', *NJb* 1989, p. 1666-1671.

Pitlo/Van der Burght & Doek 2002

A. Pitlo, G. van der Burght, J.E. Doek, *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek. Dl. 1. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2002.

Polak 1989

J.M. Polak, 'Samenwerking tussen rechters en rechterlijke colleges', *NJb* 1989, p. 1611-1614.

Prins 2007

J.E.J. Prins, 'Alternatieve regulering als evenwichtskunst', *NJb* 2007, afl. 21, p. 1279.

Rammeloo & Knapen 2006

L. Rammeloo, M. Knapen, 'Rechtbanken op weg naar uniforme rechtstoepassing, 'Minder ieder-voor-zich-cultuur, meer oog voor elkaar'', *Advocatenblad* 2006, afl. 12, p. 540-542.

Rapport Commissie Deetman 2006

Rapport van de Commissie evaluatie modernisering rechterlijke organisatie, *Rechtspraak is kwaliteit*, Den Haag 2006. Te raadplegen via www.rechtspraak.nl.

Rapport Commissie Hammerstein 2008

Rapport van de commissie normstellende rol Hoge Raad, *Versterking van de cassatierecht-spraak*, Den Haag februari 2008. Te raadplegen via www.rechtspraak.nl.

Rijkema 2000

P.P. Rijkema, 'Rechtsvorming en geschillenbeslechting', *NJb* 2000, afl. 13, p. 719-721.

Rijkema 2001

P.P. Rijkema, *Rechttersrecht. Over de rechtsvormende rol van de rechter in een democratische rechtsstaat*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

Rijkema 2008

P.P. Rijkema, 'Aanpassing van de kantonrechttersformule is geen taak voor de rechter', *NJb* 2008, afl. 44/45, p. 2754-2758.

Rood 1993

M.G. Rood, 'Rechtters en politiek' in: M.G. Rood, Th.H.M. de Beer (red.), *Rechtters en politiek*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 1-8.

Rutgers 2006

G.R. Rutgers, 'Boekbespreking' (Karlijn Teuben, *Rechttersregelingen in het burgerlijk (proces)recht*, diss. Leiden 2005, XIV + 393, p., verschenen in de Serie Burgerlijk Proces & Praktijk, Kluwer Deventer 2005, ISBN 90 1302 143 3; dit proefschrift verschijnt ook in de Meijers-reeks, ISBN 90 1302 144 1), *WPNR* 2006, nr. 6651.

Rutgers 2008

D.J. Rutgers, 'Wijziging Kantonrechttersformule per 1 januari 2009', *Bb* 2008, nr. 72.

Van Schaik 2000

A.C. van Schaik, 'Proceskostenveroordeling en buitengerechtelijke kosten', *NTBR* 2000-7, p. 313-315.

Von Schmidt auf Altenstadt 2005

P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, 'Begroting volgens krachtens de wet vastgestelde tarieven', *TCR* 2005, afl. 1, p. 14-16.

Von Schmidt auf Altenstadt 2006

P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, 'Is betalen dan toch voor de dommen?', *TCR* 2006, afl. 1, p. 17-22.

Scholtens 1995

C.G. Scholtens, 'Statistiek ontbindingsvergoedingen 1994: het blijft behelpen', *ArbeidsRecht* 1995, nr. 26.

Scholtens 1997

C.G. Scholtens, 'Statistiek ontbindingsvergoedingen 1996: het einde van een tijdperk?', *ArbeidsRecht* 1997, nr. 10.

Scholtens 1998

C.G. Scholtens, 'Statistiek ontbindingsvergoedingen 1997: iudex calculat', *ArbeidsRecht* 1998, nr. 7.

Scholtens 2000

C.G. Scholtens, 'De kantonrechttersformule en normering van de ontslagvergoeding, voort-schrijdend inzicht en de commissie ADO', *NJb* 2000, afl.1, p. 15-17.

Scholtens 2000B

C.G. Scholtens, 'Dolende ridders en de kantonrechttersformule? Naschrift', *NJb* 2000, afl. 7, p. 365-366.

Scholtens 2001

C.G. Scholtens, 'Statistiek ontbindingsvergoedingen 2000: de kantonrechttersformule, een formule -for all seasons', *ArbeidsRecht* 2001, nr. 14.

Scholtens 2002

C.G. Scholtens, 'Kennelijk-onredelijk-ontslagvergoedingen 1992-2001, verschil moet er zijn (?)', *ArbeidsRecht* 2002, nr. 59.

Scholtens 2004

C.G. Scholtens, 'Statistiek ontslagvergoedingen 2003: gerommel in de polder (II)', *Arbeids-Recht* 2004, nr. 12.

Scholtens 2005

C.G. Scholtens, 'Statistiek ontslagvergoedingen 2004: de gordiaanse knoop (I)', *ArbeidsRecht* 2005, nr. 14.

Scholtens 2005B

C.G. Scholtens, 'De muziek van de kantonrechttersformule', *ArbeidsRecht* 2005, nr. 33.

Sijmonsma 2008

J.R. Sijmonsma, 'Vergelijking tussen het tot 1 september 2008 geldende Landelijk reglement voor de civiele rol bij de rechtbanken en het vanaf 1 september 2008 geldende Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de rechtbanken', *Praktisch Procederen* 2008-5, p. 145-150.

Silvertand & Papeveld 2009

R.H.J.M. Silvertand, J.C.Th. Papeveld, 'Civiele Pseudowetgeving? Een praktische brug te ver', *NJb* 2009, afl. 15, p.956-957.

Van Slooten 2009

J.M. van Slooten, 'Meer respect graag voor de vuilnismannen van het ontslagrecht', *NJb* 2009, afl. 4, p. 237-238.

Smit 2009

D.J.A. Smit, 'Pleidooi voor één vergoedingssysteem bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst', *NJb* 2009, afl. 9, p. 558-559.

Smits 2008

P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2008.

Snijders 1997A

H.J. Snijders, 'Rechtsvinding door de burgerlijke rechter in (dood)gewone zaken', *Trema* 1997, afl. 2, p. 43-50.

Snijders 1997B

H.J. Snijders, 'Wordt de samenwerkende rechter tot bestuurder en/of wetgever?', *NJb* 1997, afl. 39, p. 1793-1797.

Snijders 2001

H.J. Snijders, 'Rechterlijke samenwerking in het burgerlijk recht; een tussenstand en voorzichtige vooruitblik', in: C.P.M. Cleiren, G.K. Schoep (red.), *Rechterlijke samenwerking*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 15-31.

Snijders/Ynzonides/Meijer 2002

H.J. Snijders, M. Ynzonides, G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2002.

Splinter 2009

J.J. Splinter, 'Nieuwe kantonrechttersformule en maximering ontslagvergoeding: bezorgt de golden parachute de werknemer een zachte landing?', *V&O* 2009, afl. 2, p. 40-43.

Stein/Rueb 2007

P.A. Stein, A.S. Rueb, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2007.

Stolker 1993

C.J.J.M. Stolker, 'De politieke rol van de rechter in het burgerlijk recht', in: M.G. Rood, Th.H.M de Beer (red.), *Recht en politiek*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 53-83.

Stroink 2001

F.A.M. Stroink, 'Afstemming van rechterlijke uitspraken. Kwaliteit van rechtspraak en rechterlijke samenwerking', *Trema* 2001, afl. 4a, p. 51-55.

Taekema 2001

S. Taekema, 'De rol van idealen bij de rechtsvinding', in: E. Broers, B. van Klink (red.), *De rechter als rechtsvormer*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 135-147.

Terlouw 2001

A.B. Terlouw, 'Vreemdelingenrechters en samenwerking', in: C.P.M. Cleiren, G.K. Schoep (red.), *Rechterlijke samenwerking*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 151-162.

Teuben 2004

K. Teuben, *Rechtersregelingen in het burgerlijk (proces)recht*, (proefschrift Universiteit Leiden) Deventer: Kluwer 2004.

Teuben 2004B

K. Teuben, 'Rechterlijke samenwerking op de helling?', *NJb* 2004, afl. 14, p. 737-738.

Den Tonkelaar 2000

J.D.A. den Tonkelaar, 'Reactie op artikel 'De achterblijvers' van de rechtsontwikkeling: over verouderde rechtspraak en hoe er weer vanaf te komen' van mr. I. Giesen in *WPNR* (2000) 6494, *WPNR* 2002, 6498, p. 541-542.

Trap & Vogel 1996

J.J. Trap, M.P. Vogel, 'Ontbindingsvergoeding: is het einde van de tombola in zicht?', *Sociaal Recht*, 1996-10, p. 251-252.

Ulrici 2009

M.V. Ulrici, 'Wat die vreemde mannen met puntmutsen allemaal denken. Achtergronden van de herziening van de aanbevelingen', *NJb* 2009, afl. 4, p. 234-236.

Uniken Venema 2001

H.A.E. Uniken Venema, 'Het Landelijk reglement voor de civiele rol bij de rechtbanken' in: Cleiren, C.P.M., Schoep, G.K. (red.), *Rechterlijke samenwerking*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 139-148.

Venhuizen 1999

S.M.A.M. Venhuizen, 'De incassokosten volgens Rapport voor-werk', *De Gerechtsdeurwaarder* 1999 (109-10), p. 234-243.

Venhuizen 2000

S.M.A.M. Venhuizen, 'De incassokosten volgens het gewijzigde rapport voor-werk', *Executief* 2000 (10), p. 217-218.

Verburg 2009

L.G. Verburg, 'De nieuwe kantonrechtersformule: een balancing act', *ArbeidsRecht* 2009, nr. 7.

Verkerk 2006

R.R. Verkerk, 'Procesrechtelijke aspecten van het wetsvoorstel handhaving intellectuele eigendom', *TCR* 2006, nr. 4, p. 110-115.

Visser en Tsoutsanis 2006

D.J.G. Visser, A. Tsoutsanis, 'De volledige proceskostenveroordeling in IE-zaken', *NJb* 2006, afl. 34, p. 1940-1946.

Van der Vlies 2007

I.C. van der Vlies, 'De vele gezichten van de wetgever, gezien door Witteveen. Opmerkingen bij het preadvies van prof. dr. W.J. Witteveen', *NJb* 2007, afl. 21, p. 1280-1287.

Van Vonderen 2004

M.P.P.M. van Vonderen, 'RECOFA, van het oude liedje naar toekomstmuziek', *TvI* 2004, nr.50.

Vranken 2009

J.B.M. Vranken, 'Consequenties van een versterking van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad: talrijk, divers en soms vergaand', *NJb* 2009, afl. 17, p. 1082-1093.

De Waard 1994

B.W.N. de Waard, *Samenwerkende machten. Wetgeving en rechtspraak, in dienst van het recht. Rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van gewoon hoogleraar in het staats- en bestuursrecht aan de Katholieke Universiteit Brabant op woensdag 2 november 1994*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Weinans 1999

H. Weinans, 'De kantonrechttersformule: het spoor bijster in de polder', *NJb* 1999, afl. 30, p. 1425-1427.

De Werd 1998

M. de Werd, 'De trias politica van Montignac', *NJb* 1998, afl. 14, p. 660-661.

Wessling-van Gent c.s. 2001

E.M. Wessling-van Gent c.s., 'Het uniform rolreglement voor de rechtbanken', *Trema* 2001, nr. 4 (april), p. 135-150.

De Wild 2001

A.H. de Wild, 'Rechterlijke samenwerking, verantwoord beslissen en legitimiteit', in: C.P.M. Cleiren, G.K. Schoep (red.), *Rechterlijke samenwerking*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 121-124.

De Winter 1998

R. de Winter, 'De Raad voor de Rechtspraak: een raadsel voor het staatsrecht', *NJb* 1998, afl. 14, p. 658-660.

Ynzonides 1994

M. Ynzonides, 'Grijs en/of zwart maken van conservatoire beslagen', *TCR* 1994, afl. 1, p. 10-13.

Van Zanten-Baris 2008

A. van Zanten-Baris, 'Ontslagvergoeding op een verkeerd moment verlaagd?', *Juridisch up to date* 2008, afl. 21, p. 9-10.

Zonnenberg 2007

L.H.M. Zonnenberg, 'Knelpunten van alimentatienormen en ójaarrekening', *EB* 2007, nr. 71.