

Kees Streefkerk
Mr. C.A. Streefkerk is
raadsheer in de Hoge Raad
der Nederlanden.

100 jaar Lindenbaum/Cohen

Deze bijdrage is een ingekorte versie van het openingswoord dat door de voorzitter van de civiele kamer van de Hoge Raad is uitgesproken bij het laatste gedeelte van het symposium op 31 januari 2019 ter gelegenheid van 100 jaar Lindenbaum/Cohen.

Over de geboorte van het arrest Lindenbaum/Cohen is al veel geschreven. Ik beperk mij in deze bijdrage tot enkele punten.

In 1910 werd een wetsontwerp tot wijziging van art. 1401 BW ingediend door minister Regout. Dat ontwerp stuitte op forse kritiek vanwege de gekozen nieuwe omschrijving voor onrechtmatige daad. Op 8 maart 1912 schreef de voorzitter van de 'Commissie van Rapporteurs' van de Tweede Kamer een briefje aan minister Regout, en opvallend is dat dit briefje is geschreven op papier van Hotel Des Indes. Was het de neerslag van een overleg dat de heren in Hotel Des Indes gevoerd hadden?

Het briefje luidde als volgt:

"Amice,

De C.v.R. voor het wetsontwerp onrechtmatige daad is het gisterenavond eens geworden over de definitie van hetgeen in het BW als onrechtmatige daad behoort te worden bepaald. Zij is van oordeel dat alle bezwaren, die tegen uwe redactie zijn aangevoerd zullen vervallen, als deze definitie wordt voorgesteld:

'Onder onregtmatige daad wordt verstaan eene handeling of nalatigheid, die òf in strijd is met des daders regtspligt òf inbreuk maakt op eens anders regt, òf wel ernstig indruischt tegen de regelen van betamelijkheid, die in het maatschappelijk verkeer behooren te worden in acht genomen.'

Zoals u hieruit zult hebben gezien omvat de definitie zoowel datgene wat de Hooge Raad thans onder onrechtmatige daad verstaat als dat wat prof. Molengraaff daaronder wenscht te verstaan."

(Citaat uit F. Ketelaar, De schepping van het arrest Lindenbaum-Cohen, in: Kabaal in Holland (1993, afscheidsbundel Ben Asscher))

Deze embryonale omschrijving van de onrechtmatige daad is vervolgens uitgegroeid tot de gerijpte omschrijving die een jaar later, in 1913, in het gewijzigd ontwerp van wet is neergelegd door toenmalig minister Heemskerk, welke omschrijving weer zes jaar later, in 1919, door de Hoge Raad woordelijk is overgenomen. In Hotel Des Indes vond dus een belangrijke ontwikkelingsfase plaats in de conceptie van het arrest Lindenbaum/Cohen.

In Hotel Des Indes vond een belangrijke ontwikkelingsfase plaats in de conceptie van het arrest Lindenbaum/Cohen.

Op de keper beschouwd is het arrest niet veel meer dan een onbeschaamd stukje plagiaat. Het is letterlijk overgenomen uit het gewijzigd ontwerp uit 1913, en dat ook nog eens zonder enige bronvermelding. Het ontwerp wordt niet eens genoemd, alsof de Hoge Raad de nieuwe omschrijving helemaal zelf verzonnen heeft. Dat plagiaat in Lindenbaum/Cohen was weliswaar niet “in strijd met enige rechtsplicht”, noch maakte het “inbreuk op eens anders recht”. Maar je kunt je benauwd afvragen of het arrest vanwege dat plagiaat niet zelf een schoolvoorbeeld is van een handeling die “indruischt tegen de zorgvuldigheid welke in het maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed”. Vereiste die maatschappelijke zorgvuldigheid niet wat meer respect jegens de persoon van de wetgever? Ik kom op de verhouding tot de wetgever straks nog terug.

Wist u dat het arrest al een eeuw lang foutief in de NJ is opgenomen?

De geboorte van het arrest is aangekondigd in twee juridische periodieken: in W 10365 en in NJ 1919, p. 161. Maar wist u dat het arrest al een eeuw lang foutief in de NJ is opgenomen? Dat is recentelijk ontdekt door een medewerker van de bibliotheek van de Hoge Raad. Hij heeft de originele handgeschreven minuut van het arrest (geschreven door de oudste raadsheer Loder en bewaard in het Nationaal Archief) minutieus vergeleken met de publicatie in de NJ. En wat blijkt, in de NJ staat geschreven:

“O., ten aanzien van het eerste middel:

dat 's-Hofs beslissing aan de uitdrukking 'onrechtmatige daad' eene beteekenis toekent dermate beperkt, dat daaronder alleen kunnen begrepen worden die handelingen waarvan het geoorloofde uit eenig wetsvoorschrift rechtstreeks is af te leiden, terwijl daarbuiten vallen alle handelingen van welke dit niet kan worden aangetoond, ook al mogen deze strijdig zijn met maatschappelijke betamelijkheid en zedelijkheid.”

U begrijpt: er had moeten staan

“...waarvan het ongeoorloofde uit eenig wetsvoorschrift rechtstreeks is af te leiden”.¹

Een nogal kapitale zetfout in een overweging van de Hoge Raad. Zij het dan (gelukkig) een overweging waarin de Hoge Raad het oordeel van het hof parafraseert.

Dat onderzoek van de bibliotheekmedewerker stond in verband met een project om oude arresten van de Hoge Raad die van belang zijn geweest voor de rechtsontwikkeling, alsnog in rechtspraak.nl op te nemen. Dat project heeft tot resultaat dat het arrest Lindenbaum/Cohen op 31 januari 2019, 100 jaar na zijn geboorte, opgenomen is in rechtspraak.nl – en wel foutloos. En dat mag ook wel na 100 jaar trouwe dienst.

Gelukkig kon het arrest Lindenbaum/Cohen, zij het op hoge leeftijd, wel met pensioen. Toen hij 73 jaar oud was, dus ruim na de toenmalige pensioengerechtigde leeftijd, werden zijn taken eindelijk overgenomen door een wetsbepaling. Sinds de invoering van het nieuw BW in 1992 wordt nu in artikel 6:162 BW bepaald wat opa Lindenbaum/Cohen al vanaf 1919 verkondigd heeft. Sedertdien kan opa Lindenbaum/Cohen van zijn oude dag genieten en vanuit zijn leunstoel toekijken hoe met zijn geestelijke erfenis wordt omgesprongen.

De civiele kamer heeft zich afgevraagd welke inspiratie zij uit het arrest Lindenbaum/Cohen kan putten voor de toekomst. Het arrest is in zijn tijd en daarna van grote betekenis geweest. Meijers vergeleek het in belangrijkheid met de invoering van een geheel nieuw boek in het Burgerlijk Wetboek. En Molengraaff – in wezen de voorvader en inspirator van het arrest – schreef:

“Er is door ons hoogste rechtscollege zelden een arrest geweest, waarvan zoo heilzame invloed op ons rechtsleven mag worden verwacht.”

Die loftrampet is terecht. Het gaat om een uitspraak die door zijn algemene reikwijdte en principiële toonzetting de maatschappelijke zorgvuldigheid heeft verheven tot een fundamentele rechtsnorm. Ik noem het de grondtoon van ons recht.

Is een dergelijke principiële en verreikende uitspraak nu of in de toekomst nog steeds mogelijk?

Maar dat was een eeuw geleden. De vraag is of een dergelijke principiële en verreikende uitspraak nu of in de toekomst nog steeds mogelijk is? Welke ruimte heeft de Hoge Raad in de 21^e eeuw voor een dergelijke *landmark decision*, voor een rechtsontwikkeling die van fundamentele betekenis is? Ziedaar de vraag waarover wij willen nadenken, en die wij op het bordje van prof. Roel Schutgens hebben gelegd.

Mocht u zich afvragen welke mogelijkheden de civiele kamer van de Hoge Raad op het oog heeft voor nieuwe baanbrekende arresten, dan moet ik u helaas teleurstellen. Wij hebben geen agenda waarin de gewenste rechtsontwikkeling voor de komende vijf of vijftien jaar is vastgelegd. “Ius in causa positum”, of vrij vertaald: het recht ligt in de feiten van het geval besloten. De Hoge Raad is noodgedwongen aangewezen op stapsgewijze ontwikkeling, en afhankelijk van de zaken die hem worden voorgelegd. Wij laten ons bij die arbeid wel graag inspireren door anderen, de samenleving, de literatuur, het juridische veld, de wetenschap. Maar laat ik tot slot drie aspecten benoemen die in het arrest Lindenbaum/Cohen besloten liggen, en die ook voor de mogelijkheden voor toekomstige rechtsontwikkelingen van belang zijn.

In de eerste plaats: de verhouding tussen rechter en wetgever. Het arrest is geweest hoewel er een wetsontwerp lag dat een fundamentele koerswijziging belichaamde maar dat nog niet in het parlement behandeld was. Past het de rechter om het wetgevingstraject te doorkruisen door zelf die koerswijziging te propageren? Soms past de rechter terughoudendheid, met name als het om controversiële kwesties gaat, of aan de te maken keuze rechtspolitieke of beleidsmatige afwegingen ten grondslag liggen. Maar soms moet de rechter ook doorpakken, bijvoorbeeld als fundamentele rechten in het geding zijn en niet of niet langer op wetgeving gewacht kan worden. In dit geval heeft de Hoge Raad doorgepakt. Terecht?

Dat raakt direct aan het tweede aspect dat ik u noem, de verhouding tussen rechter en beleid of politiek. Gerrit van Maanen heeft uit zijn onderzoek naar de totstandkoming van het arrest Lindenbaum/Cohen geconcludeerd dat de rechtsontwikkeling die met het arrest werd beklonken, gezien kan worden tegen de achtergrond van verschuivende maatschappelijke opvattingen. In de periode rond de eeuwwisseling, toen de Nederlandse economie zich in rap tempo ontwikkelde, paste het om niet al te streng te zijn voor vormen van oneerlijke concurrentie zoals het namaken van buitenlandse producten en het ontfutselen van bedrijfsgeheimen. “Ieder voor zich, God voor ons allen”, aldus ook de onuitgesproken boodschap achter het arrest over de Zutphense juffrouw in 1910². De omslag in 1919 markeerde volgens Van Maanen dat Nederland de opbouwfase achter zich liet en zijn verworven economische positie juist wilde beschermen tegen oneerlijke concurrentie. Wat er zij van deze analyse, niet te ontkennen valt dat juridische keuzes vaak – bewust of onbewust – verband houden met een maatschappijbeeld of een bepaalde (rechts)politieke visie. Wat betekent dat aspect van het arrest Lindenbaum/Cohen voor toekomstige ontwikkelingen? Wij rechters zijn enerzijds kind van onze tijd, beïnvloed door de heersende denkbeelden. Anderzijds kunnen wij ook stem geven aan nog verborgen, maar zich baanbrekende nieuwe stromingen. Hoe worden we ons daarvan bewust? En moet daarvan verantwoording worden afgelegd, en zo ja, hoe dan?

En tot slot het derde aspect. De casusposities van Zutphense juffrouw en Lindenbaum/Cohen toveren vaak nog een vertederde glimlach op ons gezicht. De samenleving van een eeuw geleden weerspiegelt zich in die rechtszaken, ze hebben iets van Hollandse kneuterigheid. Maar een eeuw later leven we in een ingrijpend veranderde samenleving. De wereld is veel groter geworden dan de Hollandse polder, de technologische en demografische ontwikkelingen hebben een enorme vlucht genomen. Wat mag en niet mag, wat kan en niet kan, wordt in steeds sterkere mate bepaald door technologische ontwikkelingen en door internationale en supranationale regelgeving. Is er in die context nog ruimte voor baanbrekende *landmark decisions*?

Misschien is de tijd van grootse en meeslepende rechtsvorming voorbij, en moeten we ons tevreden stellen met kleinere stappen met een kleinere uitstraling. Daar is helemaal niets mis mee. Maar intussen zijn we de jubilaris, het arrest Lindenbaum/Cohen, eeuwige dank verschuldigd. Dat hem nog een lang en vitaal leven beschoren moge zijn.

¹ Inmiddels is de fout in de digitale *NJ* gecorrigeerd.

² HR 10 juni 1910, W 9038.