

De Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, een wenkend perspectief

Op 7 februari 2012 heeft de Eerste Kamer de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad aangevaard¹. Een nieuw artikel 81a Wet op de rechterlijke organisatie bepaalt dat de Hoge Raad kennis neemt van door de rechtbanken en gerechtshoven gestelde prejudiciële vragen. De prejudiciële procedure wordt geregeld in de artikelen 392, 393 en 394 van een nieuw Tiende titel A van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Deze procedure voor de civiele kamer² van de Hoge Raad staat naast de cassatieprocedure. De term cassatie ware voor deze nieuwe procedure te vermijden. De prejudiciële procedure is in meerdere opzichten een novum voor de civiele rechtspleging. De wetwijziging zal met onmiddellijke ingang en dus ook voor lopende procedures in werking treden, naar verwachting per 1 juli 2012.³

1. Inleiding en geschiedenis

De gedachte van een prejudiciële procedure is gerevitaliseerd door de Commissie Hammerstein in haar rapport 'Versterking cassatierechtspraak'.⁴ Nieuw was zij niet.⁵ Na mijmeringen van enkelen⁶, waren het de fundamentele herbezimmers die een prejudiciële procedure bij de civiele kamer op de agenda zetten.⁷ De Hoge Raad, de NVvR en de advocatuur reageerden afwijzend. De Hoge Raad herhaalde zijn bezwaren in twee eerdere adviezen uit 1991 en 1997: er is een risico dat prejudiciële procedures en cassatieprocedures door elkaar lopen, er valt met art. 6 EVRM onverenigbare vertraging voor partijen van te verwachten en er is een risico van (verdere) overbelasting van de Hoge Raad. Die door de NVvR gedeelde bezwaren overtuigden de herbezimmers niet, maar leidden hen er wel toe prejudiciële vragen te beperken tot de hoven.⁸ De Commissie Hammerstein pakte de draad weer op in haar in februari 2008 verschenen rapport. De Commissie beval nader onderzoek aan door het WODC, noemde enkele voor- en

- 1 Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Wet op de Rechterlijke Organisatie in verband met de invoering van de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen aan de civiele kamer van de Hoge Raad, *Stb.* 2012, 65.
- 2 Blijkens *Kamerstukken I*, 32 612C, p. 3, wil de Minister in de voorziene evaluatie na twee jaar, ook de vraag betrekken of uitbreiding van de reikwijdte naar het strafrecht aanbeveling verdient.
- 3 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, nr. 3, p. 11. De datum dient nog bij KB te worden vastgesteld.
- 4 www.rechtspraak.nl, te vinden onder 'Hoge Raad' bij 'publicaties'.
- 5 In haar reactie in de internetconsultatie (brief van 18 september 2009, <www.nvvr.nl>) bracht de NVvR in herinnering dat in het oudvaderlandse recht voor plaatselijke rechtbanken, wanneer de schepenen twijfelden over de inhoud van een rechtsregel, de mogelijkheid bestond om bij de rechters in de hoofdplaats van het rechtsgebied 'ten hoofde te gaan' en aldus een bindende uitspraak over de uitleg van het recht te verkrijgen. Deze 'hofvaart' of 'hoofdvaart' ontstond in de 12e eeuw bij de stichting van steden. Moedersteden handhaafden daarmee hun suprematie, terwijl de lagere lekenrechters uitlegkwesties over (onbekende) (costumiere) rechtsregels op een ander gerecht konden afwentelen. Veel appelinstanties zijn vervolgens uit deze 'hofvaart' ontstaan. Zie o.m. Hugo de Groot (bew. S.J. Fockema Andreae), *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid* (deel II), Arnhem: S. Gouda Quint 1910, p. 326-328 en M.-C. le Bailly, *Recht voor de Raad. Rechtspraak voor het Hof van Holland, Zeeland en West-Friesland in het midden van de vijftiende eeuw* (reeks Hollandse Studiën, nummer 38), Hilversum: Verloren 2001, p. 78. In zoverre leidt de prejudiciële procedure, die mede beoogt het aantal reguliere cassatieberoepen te verminderen, ons dus eigenlijk terug in de middeleeuwen.
- 6 Zie o.m. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, 'De Hoge Raad op de helling', in: J. van Schellen e.a., *De Marisbundel. Opstellen aangeboden aan Mr. A.G. Maris*, Deventer: Kluwer 1989, p. 72, en noot 75.
- 7 W.D.H. Asser, H.A. Groen en J.B.M. Vranken (m.m.v. I.N. Tzankova), *Een nieuwe balans. Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.
- 8 Zie W.D.H. Asser, H.A. Groen en J.B.M. Vranken (m.m.v. I.N. Tzankova), *Uitgebalanceerd. Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006. Daarmee werden de voordelen ten opzichte van een cassatieberoep, eventueel na verkregen verlof voor tussentijds beroep, wel erg beperkt, aldus terecht F.B. Bakels, 'Kopstation Den Bosch, en nu naar Den Haag?', in: *Beschouwingen over het Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 54.

nadelen en formuleerde een aantal vragen voor het geval de uitkomst van het WODC-onderzoek zou zijn dat een prejudiciële procedure wenselijk is. Het ministerie heeft vervolgens, zonder onderzoek maar kennelijk wel na overleg met de Hoge Raad, in juni 2009 een voorontwerp ter (internet)consultatie gepubliceerd.⁹ Dit voorontwerp ging nog uit van een ‘pilot’ voor uitsluitend ‘massavorderingen’, een door het voorontwerp geïntroduceerde term. Het voorontwerp is gunstig ontvangen door onder meer de Hoge Raad, de NVvR en de Vereniging van civiele cassatieadvocaten (VCCA). De NVvR ging overstap door de opzet als een pilot, geruststellende woorden over het beperkte gebruik van de Franse prejudiciële procedure (*saisine pour avis*)¹⁰ en de sinds 2004 voortgewoekerde effectenleasezaken. Vanuit de cassatieadvocatuur is hoofdzakelijk technisch commentaar geleverd op het voorontwerp. In de cassatiebalie kwam naar voren dat de Dexia-affaire een gericht en beheerst gebruik van een prejudiciële procedure legitimeerde. Wel was de gedachte dat de beperking tot massavorderingen deze alternatieve rechtsgang geen faire kans zou geven, omdat het aantal rechtsvragen over massavorderingen te dun gezaaid is om ervaring te kunnen opdoen met de prejudiciële procedure.¹¹

De verkregen consultaties hebben geleid tot een aangepast wetsvoorstel. Het werkingsgebied daarvan was niet meer beperkt tot collectieve acties en andere massavorderingen, maar omvatte, kort gezegd, ook rechtsvragen die een zaakoverstijgend belang hebben omdat zij aan de orde zijn of kunnen komen in talrijke zaken. Het gewijzigde voorstel kreeg een negatief advies van de Afdeling advisering van de Raad van State.¹² De Raad van State zag een serieus risico in de omstandigheid dat bij een prejudiciële verwijzing onzekerheid kan bestaan over de feitelijke grondslag van de gestelde rechtsvragen. Daarnaast sprak de Raad van State zijn zorg uit dat, anders dan bij de ‘incrementele’ rechtsvorming in de cassatieprocedure, prejudiciële antwoorden het karakter van pseudowetgeving kunnen krijgen. Het primaat van de wetgever motiveerde ook zijn verzet tegen de uitbreiding tot rechtsvragen met een zaakoverstijgend belang, die volgens de Raad van State louter werd ingegeven door het motief om voldoende ervaring te kunnen opdoen. In zijn reactie¹³ benadrukte de Minister dat de prejudiciële procedure niet zo’n ingrijpende wijziging van het takenpakket van de Hoge Raad vormde en dat de beoogde (meer) ‘rechtsvraag-geörienteerde’ benadering al sinds lang en breed in cassatieprocedures was ingezet. Daarbij merkte hij op dat “de Hoge Raad [hem] in dit verband [heeft] laten weten van mening te zijn dat de prejudiciële procedure een noodzakelijk middel is om de hem opgedragen taken goed te kunnen vervullen en dat deze procedure geen afbreuk doet aan de ‘reguliere taak’ van de Hoge Raad.” In de Tweede Kamer ontmoette het voorstel geen serieuze kritiek en in de Eerste Kamer is het als hamerstuk afgedaan.

Het wat wonderlijke resultaat is dat de Hoge Raad, daarin gesteund door derden en vermoedelijk gedreven door het judiciële Dexia-debacle, in krap vijf jaar een volte face maakte ten opzichte van zijn negatieve adviezen uit 1991, 1997 en 2004. Zonder het door de Commissie Hammerstein aanbevolen onderzoek is een nieuwe rechtsgang voor de civiele kamer gecreëerd. Voor die rechtsgang hebben de Europese prejudiciële procedure, een Belgische procedure in mededingingszaken en met name ook de Franse *saisine pour avis* als lichtende voorbeelden gediend.¹⁴ De fre-

9 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, nr. 3, p. 1 en E.J. Numann, ‘Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad’, in: *Massificatie in het privaatrecht. Opstellen ter gelegenheid van het 200-jarig bestaan van het genootschap Iustitia et Amicitia*, Deventer: Kluwer 2010. De balie is in dit stadium niet geconsulteerd.

10 R.P.J.L. Tjittes en R. Meijer, ‘Franse en Europese lessen voor een prejudiciële procedure bij de Hoge Raad’, *RMThemis* 2009, p. 164-175.

11 De twijfel of met een tot massavorderingen beperkte prejudiciële procedure voldoende ervaring zou worden opgedaan werd gedeeld door de Hoge Raad, zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, nr. 3, p. 4.

12 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, nr. 4.

13 Nader rapport van 24 januari 2011.

14 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, nr. 3, p. 2.

quente verwijzingen naar het beperkte aantal saisines pour avis¹⁵ en de daaraan ontleende prognose voor het gebruik van de Nederlandse prejudiciële procedure is echter niet gelukkig. Vanaf het wetsontwerp was duidelijk dat ratio en inrichting van de Nederlandse prejudiciële variant wezenlijk verschilt van haar Franse tegenhanger. De Franse saisine pour avis is niet gedreven door de wens van (tijdige) massaconflictoplossing en een tekort aan rechtsvragen voor de Cour de cassation.¹⁶ Zij beoogt tijdige rechtseenheid en rechtszekerheid ten aanzien van problematische vragen over nieuw recht (questions de droits nouvelles présentant une difficulté sérieuse). Daarmee is haar toepassingsbereik niet alleen anders, maar ook veel beperkter afgebakend. De Franse Cour de cassation heeft het vereiste van nieuw recht beperkt tot 'nieuwe teksten'.¹⁷ Dat betekent bijvoorbeeld dat alle relevante rechtsvragen in de effectenlease-affaires (art. 1:88 en 89 BW jo. 7A:1576h e.v. BW, 6:162 BW; 6:98 BW, 6:101 BW; 3:310 BW; WcK; etcetera) niet-ontvankelijk zouden zijn in Frankrijk. Alleen al daarom laat het beperkte aantal saisines pour avis geen daarop gebaseerde kwantitatieve prognoses toe voor de Nederlandse prejudiciële procedure.

De Nederlandse prejudiciële procedure dient andere doeleinden en heeft een ander toepassingsbereik en zal daardoor haar eigen dynamiek krijgen. Die dynamiek zal wel in de eerste plaats worden bepaald door de massavorderingen waarvoor de procedure in de eerste plaats is ontwikkeld. Kwesties die aanleiding geven tot massavorderingen zijn er, gelukkig voor velen en helaas voor sommigen, ook weer niet al te veel, en het aantal kwesties met zuivere rechtsvragen of geschikte vragen over gemengd feitelijk-juridische oordelen nog substantieel minder. Een mogelijke katalysator voor gebruik van de prejudiciële procedure kan zijn dat het Ministerie van Veiligheid en Justitie in een opwelling van charitas voor de rechtzoekende geen griffierecht zal heffen van partijen in de prejudiciële procedure.¹⁸ Mocht het nog komen van een significante verhoging van griffierechten¹⁹, dan zal er van de cassatieprocedure weinig overblijven voor de vele vorderingen van bepaalde waarde, die zich niet tot een lagere vastrechtscategorie of tot vorderingen van onbepaalde waarde laten omkatten.

Zo lang er nog enige onzekerheid bestaat omtrent de voorgenomen verhoging van griffierechten – een onderwerp dat vele malen méér aandacht verdient dan welke cassatie-innovatie ook – wil ik mij niet een te terughoudende visie aanmeten op de prejudiciële procedure. Het kan immers zijn dat die prejudiciële procedure ook buiten massavorderingen nog hard nodig kan blijken voor de rechtsvorming door de Hoge Raad. Voor dat geval, maar ook voor het geval dat de prejudiciële procedure beperkt zal (kunnen) worden ingezet overeenkomstig de bedoeling van de wetgever, wil ik een aantal 'wenken' formuleren voor de feitenrechter bij het beslissen over en formuleren van prejudiciële vragen. Het HvJ EU heeft wenken geformuleerd voor de nationale rechters die prejudicieel (overwegen te) verwijzen.²⁰ Mijn wenken hebben een advocatuurlijk perspectief. Voor een deel zullen het allicht geen wenken zijn maar wensen blijven. Voor de niet-ingewijden bespreek ik eerst enkele hoofdlijnen van de prejudiciële procedure.

15 Laatstelijk: *Kamerstukken I*, 32 612C, p. 1.

16 De Commissie Hammerstein noemde uitsluitend de effectenleasekwesties. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, nr. 3, p. 4-5 geeft een vijftal andere voorbeelden.

17 J. Boré et L. Boré, *La cassation en matière civile*, Paris: Dalloz 2008, p. 77, no. 24.32.

18 Zie artikel III van de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad.

19 Wijziging van de Algemene wet bestuursrecht, de Wet griffierechten burgerlijke zaken en enige andere wetten in verband met de verhoging van griffierechten, thans nog aanhangig in de Tweede Kamer onder nummer 33071. Bij finalisering van dit artikel werd net bekend dat de SGP heeft verklaard in de Eerste Kamer tegen het wetsvoorstel te zullen stemmen, zo lang hieraan een 'bezuinigingsmotief' ten grondslag ligt. Veel ruimte voor compromissen geeft dit niet. Daarmee lijkt het wetsvoorstel in zijn huidige vorm van de baan.

20 Wenken van het HvJ EU voor indiening van prejudiciële verzoeken door nationale rechters (Pb 2009, C 297/1).

2. Hoofdpijnen van de prejudiciële procedure bij de Hoge Raad

Art. 392, lid 1, Rv bepaalt dat de rechter in de procedure op verzoek van een partij of ambtshalve de Hoge Raad een rechtsvraag kan stellen ter beantwoording bij wijze van een prejudiciële beslissing, indien een antwoord op deze vraag nodig is om op de eis of het verzoek te beslissen en rechtstreeks van belang is voor:

- a. een veelheid aan vorderingsrechten die gegrond zijn op dezelfde of soortgelijke feiten en uit dezelfde of soortgelijke samenhangende oorzaken voortkomen, of
- b. de berechting of beëindiging van talrijke andere uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen, waarin dezelfde vraag zich voordoet.

Wij kennen dus a-vragen en b-vragen. De eerste categorie omvat collectieve acties en individuele zaken die samenhangen met massavorderingen. De afbakening daarvan zal niet problematisch zijn. De tweede categorie roept meer vragen op. De Memorie van Toelichting²¹ maakt duidelijk dat de te stellen vraag aan de orde dient te zijn in 'talrijke' op dat moment bestaande geschillen, die overigens niet in (meerdere) procedures behoeven te zijn uitgemond. De Memorie van Toelichting prefereert terecht geen kwantitatief minimum, maar wenst een weging met andere factoren, zoals de maatschappelijke onrust en de omvang van de betrokken vorderingen. Zo veel is zeker, dat niet elke rechtsvraag aan het b-criterium voldoet: de vraag moet massa hebben, zij het dat van soortgelijke feiten of oorzaken geen sprake behoeft te zijn. De vragen kunnen, het ligt voor de hand, zowel de grondslag voor de vordering of het verzoek betreffen als het verweer daartegen.²² Bij meerdere vragen dient elke vraag aan de vereisten van onderdeel a of b te voldoen.²³ De vragen kunnen zowel zuivere rechtsvragen zijn als vragen over gemengde oordelen.

De aanvankelijke beperking in het ontwerp en wetsvoorstel tot een meervoudige kamer is tijdens de parlementaire behandeling geschrapt. Deze beperking miste een dwingende rechtvaardiging en was onhandig, omdat de sectoren kanton dan steeds zouden moeten verwijzen naar een meervoudige kamer. De duizenden thans bij kantonrechters aanhangige zaken over compensatie in geval van vertraging van passagiers van luchtvaartmaatschappijen onderstrepen de juistheid van het besluit van de wetgever.²⁴ Het Amsterdamse Hof als WCAM-rechter is op goede gronden als enige rechter niet bevoegd tot het stellen van prejudiciële vragen (art. 392, lid 1, slot Rv). Net zo min als cassatieberoep verdraagt een prejudiciële procedure zich met de redelijkheidstoetsing van een vaststellingsovereenkomst, die door vele non-juridische factoren wordt beïnvloed. Uitsluitend civiele overheidsrechters kunnen prejudiciële vragen stellen, arbiters zijn niet bevoegd.

De wet voorziet in hoor en wederhoor van partijen. Partijen worden gehoord over de opportuniteit van een prejudiciële verwijzing en over de inhoud van de te stellen vraag (art. 392 lid 2). Komt het tot een prejudiciële verwijzing, dan geeft art. 392 lid 3 Rv enige instructies aan de feitenrechter: hij dient het onderwerp van het geschil te vermelden, de door hem vastgestelde feiten, de door partijen ingenomen standpunten²⁵ en hij dient per vraag te motiveren dat aan onderdeel a of b van lid 1 is voldaan. Dat kan hij doen door te verwijzen naar publiciteit, literatuur en rechtspraak.²⁶ Belangrijk

21 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, nr. 3, p. 12-13.

22 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, nr. 3, p. 12.

23 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, nr. 3, p. 13, onder 4.

24 Het gaat hier om vrijwel uitsluitend onder de appelgrens vallende vorderingen tot gestandaardiseerde vergoeding van schade op grond van Verordening 261/2004, zoals uitgelegd in het Sturgeon-arrest van het HvJ EU (zaken C-402/07 en C-432/07). Van de door de kantonrechters gewezen vonnissen staat op de voet van art. 80 Wet RO slechts zeer beperkt cassatieberoep open.

25 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, nr. 3, p. 14 onder 7 clausuleert deze verplichting (indien daarvoor relevant) en zou ik aldus willen uitleggen, dat de ingenomen standpunten over de betreffende vraag moeten gaan.

26 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, nr. 3, p. 13, bovenaan.

is dat de rechter niet gebonden is aan het standpunt van partijen. Hij kan een eensluidend bezwaar tegen een prejudiciële verwijzing naast zich neerleggen. De Minister verwacht echter niet dat de rechter een prejudiciële vraag zal stellen indien (beide) partijen te kennen hebben gegeven er de voorkeur aan te geven dat hun procedure wordt voortgezet.²⁷

De verwijzende rechter houdt zijn beslissing op de eis of het verzoek aan totdat de Hoge Raad heeft beslist.²⁸ Gaat het om een voor een verweer relevante vraag, dan zal de rechter zijn beslissing over dat verweer moeten aanhouden. Tegen de beslissing om een vraag te stellen en de inhoud daarvan staat geen hogere voorziening open (art. 392, lid 3, laatste volzin, Rv). Partijen kunnen zich daarover nog wel na prejudiciële verwijzing beklagen bij de Hoge Raad en aansturen op herformulering of ongeschiktverklaring van de vragen, maar hun invloed zal in dat stadium, in elk geval voor wat betreft de opportuniteit van de prejudiciële verwijzing, vermoedelijk beperkt zijn.²⁹ De feitenvaststelling door de verwijzende rechter is wel vatbaar voor appel of cassatie en dat geldt ook voor de weigering om een prejudiciële vraag te stellen. Feitenrechtters zullen echter wel hoogst zelden verlof verlenen tot het tussentijds instellen van een rechtsmiddel als zij prejudicieel verwijzen, en evenmin als zij weigeren prejudiciële vragen te stellen. Dat rechtsmiddel zal daarom in de praktijk pas aan de orde zijn bij een einduitspraak.

De inrichting van de prejudiciële procedure wijkt in meerdere opzichten af van de reguliere dagvaardings- en rekestprocedure in cassatie. De procedure is gericht op snelheid en de verwachting lijkt gerechtvaardigd dat een reglement van de civiele kamer zal voorzien in korte termijnen. De Hoge Raad heeft de bevoegdheid om prejudiciële vragen aanstonds ongeschikt te verklaren voor behandeling ervan. Gebeurt dat niet, dan krijgen partijen de gelegenheid om, naar Europese terminologie, schriftelijke opmerkingen in te dienen. Een bijzonderheid is dat de Hoge Raad ook bepaalde derden of derden in het algemeen kan uitnodigen om schriftelijke opmerkingen in te dienen. Partijen mogen op die schriftelijke opmerkingen reageren. Uitsluitend als het belang van de zaak het geraden doet voorkomen, wordt gelegenheid geboden voor een schriftelijke of mondelinge toelichting. De Hoge Raad kan 'derden-insprekers' ter zitting horen over hun opmerkingen en kan partijen op de voet van art. 22 Rv om inlichtingen en overlegging van bescheiden vragen. De uitkomst na dit alles kan nog steeds zijn dat de Hoge Raad de vragen ongeschikt bevindt voor een prejudiciële procedure. De eerste jaren zal dat vermoedelijk niet al te vaak gebeuren, als de prejudiciële vragen niet aanstonds ongeschikt zijn bevonden.

3. Wenken (wensen)

Het gemeenschappelijk belang van Hoge Raad, feitenrechtters, advocaten en vooral de justitiebele is dat de prejudiciële procedure een succesvolle start krijgt. Het instrument zal niet te lang onbenut mogen blijven. Haar succes is echter niet zo zeer afhankelijk van de kwantiteit van vragen, maar vooral van de kwaliteit ervan. Het is zaak dat de eerste vragen 'ertoe doen' en een duidelijk a- of b-karakter dragen. Bovenal dienen zij geschikt te zijn om de Hoge Raad zijn rechtsvormende taak in de prejudiciële procedure effectief te laten uitoefenen, met behoud van zijn in 200 jaar in concrete zaken opgebouwde gezag. Niemand, behalve wellicht een enkele wetenschapper, zit te wachten op abstracte antwoorden die de rechtspraktijk niet verder brengen, en het valt te vermijden dat de Hoge Raad genooddaakt is om 'nee te verkopen' aan de daardoor ontmoedigde feitenrechter. Ik meen dat hierover niet principieel anders moet worden gedacht als het gaat om massavorderingen met dwingende belangen van rechtseenheid en een hanteerbare rechtspleging. Ook daarbij zijn er dezelfde systeemrisico's van wat de Raad

27 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, nr. 3, p. 14.

28 Art. 392, lid 5, Rv.

29 De civiele kamer zal naar verwachting in elk geval de eerste tijd terughoudend zijn met het weigeren van prejudiciële vragen.

van State aanduidt als pseudowetgeving – de Franse prejudiciële zorgen heten arrêts de règlements³⁰ – en een door massaconflictoplossing gedreven overspanning van een ‘rechtsvraag-georiënteerde’ benadering. Die meer structurele risico’s maken dat de prejudiciële procedure een subsidiair karakter moet behouden ten opzichte van de cassatieprocedure. Daarnaast zijn er risico’s die inherent zijn aan de prejudiciële procedure, en die vergen dat daarvan met beleid gebruik wordt gemaakt.

I. Zaakselectie

De selectie van een zaak als voorbeeldzaak voor een prejudiciële verwijzing is sturend voor de in die zaak te stellen vragen en de daarop te verkrijgen antwoorden. Bijvoorbeeld: het maakt uit of een effectenleasecontract een restschuld risico kent, welke rente in rekening wordt gebracht, of de documentatie compleet is, wat het informatieniveau is van die in het verleden dikwijls veranderde documentatie, hoe het beleggingsresultaat heeft uitgepakt, etcetera. Er wordt geen recht gedaan aan partijen door een voor één van hen verhoudingsgewijs slechter liggende zaak te selecteren om daarin vervolgens de Hoge Raad de piketpalen te laten slaan in thema’s die deze zaak gemeenschappelijk heeft met andere zaken. Ook als partijen en derden-insprekers catalogi van (andere) voorbeeldzaken uit de matrix van variabelen aan de Hoge Raad presenteren zal er, naar ik wil aannemen, een rechterlijke neiging bij de raadsheren zijn om (in elk geval óók) recht te doen aan de partijen in de geselecteerde zaak. *Wenk 1* houdt in dat feitenrechtters intensief het spectrum van zaken (zo nodig: van verschillende partijen) onderzoeken, daarover op de voet van art. 392, lid 3, Rv verantwoording afleggen en afzien van het stellen van prejudiciële vragen als een onvoldoende aantal verschillende zaken voorhanden is. Een alternatief is dat zij het er in een comparitie toe leiden dat zo nodig nieuwe zaken worden aangebracht. Daarbij valt niet alleen overleg met partijen, maar ook met andere gerechten die gelijke of vergelijkbare zaken aanhangig hebben, aan te bevelen. Dit overleg zou dan wel transparant moeten zijn voor partijen: zij mogen niet worden geconfronteerd met onderling afgestemde prejudiciële vragen in verschillende zaken zonder dat zij zich daarover hebben kunnen uitlaten. Voorstelbaar is dat de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad een informele, vooral informatieve functie vervult bij dit interrechterlijk overleg. Dat zou tevens verzekeren dat de Procureur-Generaal beschikt over de informatie die nuttig is bij zijn afweging om geen cassatieberoep in het belang der wet in te stellen zolang er zaken lopen waarin mogelijk prejudiciële vragen kunnen worden gesteld. Overigens hebben derden (belangenorganisaties, maar ook gedaagde instellingen in andere vergelijkbare procedures) in beginsel geen processuele mogelijkheid om te worden gehoord over zaakselectie, opportuniteit en inhoud van prejudiciële vragen. Derden zullen geen of onvoldoende belang hebben om voeging te kunnen vorderen vanwege een mogelijke precedentwerking van een uitspraak in andere zaken (art. 217 Rv)³¹ en op die grond zullen zij naar valt aan te nemen evenmin als belanghebbende in een rekestprocedure worden toegelaten.³² Zij hebben bij die stand van zaken als niet-partij hooguit spreekrecht in de procedure bij de Hoge Raad, als de Hoge Raad dat wenselijk acht, maar ook dan zijn de processuele belangen van partijen leidend (uitsluitend zij mogen immers reageren op de schriftelijke opmerkingen van derden en

30 Vgl. Hondius, *Roma Locuta, causa non finita*, Over het zwijgen van de Hoge Raad in: *Het zwijgen van de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2009, p. 22.

31 Zie o.m. G. Sniijders, ‘Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering. Artikel 217. Aantekening 2’, in: *Groene Serie Privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2009 (losbl.) en A.C. van Schaik, *Eerste aanleg (Asser Serie Procesrecht, deel 2)*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 46, met verwijzing naar verschillende rechtsopvattingen in het Franse en Duitse recht.

32 Zie o.m. ‘Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering. Artikel 282. Aantekening 2 en 3’, in: *Groene Serie Privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2009 (losbl.), HR 25 oktober 1991, *NJ* 1992, 149 en HR 6 juni 2003, *NJ* 2003, 486 met conclusie A-G Wesseling-van Gent vóór die beschikking.

kunnen schriftelijke of mondelinge toelichting vragen). Ook de rechter is volgens mij afhankelijk van de bewilling van partijen of derden al in het voorstadium worden gehoord (vgl. het tot partijen beperkte art. 88 Rv en de onzekerheid of een oproeping ex art. 118 Rv wel mogelijk is³³).

II. *Contra wil van partijen: alleen bij hoge uitzondering*

De wetgever wilde de rechter niet binden aan het standpunt van partijen over de opportuniteit en de inhoud van prejudiciële vragen. De rechter kan een eensluidend bezwaar tegen een prejudiciële verwijzing naast zich neerleggen. Zoals gezegd verwacht de Minister echter niet dat de rechter een prejudiciële vraag zal stellen indien (beide) partijen te kennen hebben gegeven er de voorkeur aan te geven dat hun procedure wordt voortgezet. Niettemin is de mogelijkheid om dat wél te doen opgehouden: partijen moeten dus kennelijk soms het zaakoverstijgend belang van een rechtsvraag in hun zaak tegen zich laten gelden.³⁴ In een zaak van de a-categorie, als de eiser een belangenorganisatie achter zich heeft staan, valt dat wel als hoge uitzondering te billijken, mits dwingende belangen van een goede rechtspleging, rechtseenheid of rechtszekerheid dat daadwerkelijk vergen. Die belangen moeten wel pregnant zijn, willen partijen tegen hun zin kunnen worden opgehad met de kosten en de vertraging van een prejudiciële procedure, waarin zij niets zien of die zij mogelijk zelfs riskant achten. Een prejudiciële procedure valt niet gelijk te stellen aan de rechterlijke bevoegdheid om een deskundigenbericht te gelasten of om inlichtingen in te winnen over buitenlands recht.³⁵ Beide leiden weliswaar ook tot kosten en vertraging, maar zij leiden niet tot een (hoger) rechterlijk oordeel³⁶, waarvoor het alternatief bestaat van de cassatieprocedure. In zaken van de b-categorie is mijn devies van deze tweeledige *Wenk II* dat, behoudens een nog op te richten kostendekkend rechtsvormingsfonds, geen prejudiciële vragen worden gesteld tegen het (gemotiveerde) eensluidend bezwaar van partijen. Ik vermoed echter dat de Minister van Veiligheid en Justitie thans nog geen gevolg heeft gegeven aan het advies van de Raad voor de Rechtspraak om partijen daarvoor, bijvoorbeeld ten laste van de post 'gerechtskosten', te compenseren.³⁷ In elk geval voor wat betreft de b-categorie zou de rechtspraak de verwachting van de Minister onverkort gestand behoren te doen.³⁸

III. *Wanneer (geen) prejudiciële vragen?*

Tijdens de internetconsultatie is door sommigen gepleit voor een beperking van prejudiciële vragen tot zuivere rechtsvragen,³⁹ maar die suggestie heeft de wetgever terecht niet overgenomen. Numann⁴⁰ en Frenk⁴¹ hebben de overwegingen daarvoor in de Memorie van Toelichting geflankeerd met aanvullende inzichten en voorbeelden van arresten, waarin beslissingen van de

33 Zie voor een pleidooi voor een ruime toepassing van art. 118 Rv in ander verband: B. Boele, 'Schadevergoeding wegens overschrijding van de redelijke termijn en de civiele rechter', in: *Uit de praktijk, Liber amicorum mr.P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 52 e.v.

34 Vgl. ook *Kamerstukken I* 2011/12, 32 612 C, p. 4.

35 Zie o.m. *Kamerstukken I* 2011/12, 32 612 C, p. 4.

36 Dat dikwijls zal zijn beïnvloed door een visie op de uitkomst van de zaak. Bij een deskundigenbericht of bij het vragen van inlichtingen over buitenlands recht ex art. 67 Rv is dat niet of behoort dat niet het geval te zijn.

37 Zie advies van 16 september 2009, p. 3, te vinden op <www.rechtspraak.nl/NR/rdonlyres/939B7379-A7C8-4C3F-9760-B47C529A805F/0/500AdviesvoorontwerpprejudiciëlevragnaandeHogeRaad160909.pdf>. Vgl. hierover ook E.J. Numann, 'Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad', in: *Massificatie in het privaatrecht. Opstellen ter gelegenheid van het 200-jarig bestaan van het genootschap Iustitia et Amicitia*, Deventer: Kluwer 2010, p. 111.

38 Hieruit moge blijken dat ik de opvattingen van Numann en Tjittes en Meijer op dit punt niet deel.

39 R.P.J.L. Tjittes en R. Meijer, 'Franse en Europese lessen voor een prejudiciële procedure bij de Hoge Raad', *RMThemis* 2009.

40 Zie Numann, a.w. p. 109.

41 Zie Frenk, a.w. p. 115 e.v.

Hoge Raad omtrent zgn. gemengde oordelen centraal stonden. Vele prangende rechtsvragen hebben betrekking op gemengde oordelen en dat geldt zeker ook voor de a-categorie van massavorderingen. Met deze waarheden komen wij echter niet zo veel verder. Laten wij eens bezien waar de ondergrens zich zo ongeveer zou kunnen bevinden bij gemengde beslissingen.

Wenk III is dat naarmate de feitelijke component in een gemengde beslissing complexer is in beginsel een grotere terughoudendheid is geboden om prejudicieel te verwijzen en partijen niet de reguliere cassatieprocedure te laten doorlopen.⁴² Een cassatiemiddel laat zich slijpen en krijgt vorm door de daarin bestreden uitspraak. Het is een medium waaraan het dossiergebonden denkwerk van rechters ten grondslag ligt. In bijvoorbeeld complexe zorgplichtzaken zal menig (cassatie)advocaat de ervaring bevestigen dat het inzicht omtrent en weging van de werkelijk relevante feiten groeit in de loop van de procedure in eerste aanleg en appel. Dit discours zet zich in cassatie voort. Afgezien van enkele deelvragen, laat naar mijn overtuiging de hoofdmoot van gemengde oordelen in bijvoorbeeld *Vie d'Or*⁴³, *World Online*⁴⁴ en de *Vuurwerkcramp te Enschedé*⁴⁵ zich niet (adequaat) in een prejudiciële procedure aan de Hoge Raad voorleggen. Zonder een zichzelf steeds verdiepende feitenselectie zijn prejudiciële vragen prematuur en ontbreken gemengde beslissingen waartegen vragen scherpte krijgen. De techniek van het formuleren van vragen schiet bij dit soort kwesties tekort. De meerwaarde van het middel is dat concrete gemengde eindbeslissingen zich met stellige rechts- en motiveringsklachten laten bestrijden. Cassatieadvocaten zijn geoefend in de 'interplay' tussen feit en recht, het opbouwen van een middel met afnemende abstractie en toenemende geslotenheid van klachten, en het inzetten van motiveringsklachten als instrument voor een effectieve, verfijnde rechtsvorming door de civiele kamer. Prejudiciële antwoorden met (te) veel slagen om de arm⁴⁶ zullen een riskante aangelegenheid kunnen blijken, afgemeten aan het met de prejudiciële procedure beoogde resultaat van rechtsontwikkeling en/of rechtseenheid. Voor de zaken van de a-categorie, de massavorderingen, valt in dit opzicht ter wille van een efficiënte conflictbeslechting wel meer flexibiliteit toe te geven. Ook voor massavorderingen geldt echter wat mij betreft dat een te grote feitelijke complexiteit – die zich in bijvoorbeeld de effectenleasezaken niet voordeed – tot prejudiciële abstinentie en (dus) tot de cassatieprocedure moet leiden. Het risico dat een uitspraak wordt misverstaan en, met name ook buiten het beslechte massageschil, tot ongewenste uitkomsten kan leiden valt niet te onderschatten.

Feitelijke complexiteit is één gezichtspunt. Een ander gezichtspunt is dat de feitenrechter, als zich een vraag met zaakoverstijgend belang aandient, zich ook vanuit het belang van een evenwichtige rechtsvorming de vraag zal moeten stellen of de prejudiciële procedure wel de juiste procedure is. Het recht vormt zich immers al te vaak en dient zich ook veelal te vormen langs lijnen van geleidelijkheid. De Franse ervaring met de *saisine pour avis* zou hier tot richtsnoer behoren te dienen. Zie *Boré/Boré*⁴⁷:

42 Vgl. Numann, a.w., p. 110 (in iets andere context: vragen die vanwege de complexiteit van de antwoorden erop geen antwoord van de Hoge Raad krijgen).

43 HR 13 oktober 2006, *NJ* 2008, 527.

44 HR 27 november 2009, «JOR» 2010/43.

45 HR 9 juli 2010, «JOR» 2010/ 295.

46 Zie Numann, a.w. p. 109 die dit kennelijk wil aanvaarden als een 'te betalen prijs'. Vgl. voorts Hondius, *Roma Locuta, causa non finita*, Over het zwijgen van de Hoge Raad in: *Het zwijgen van de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2009, p. 22.

47 J. Boré et L. Boré, *La cassation en matière civile*, Paris: Dalloz 2008, nr. 24.20.

“On ne peut méconnaître le processus de formation progressive du droit jurisprudentiel: c’est de l’application de la loi au cas d’espèce que naissent les difficultés qui obligent à polir et souvent même à infléchir la règle de droit. Il n’est aucun principe qui ne soit assorti de conditions d’applications plus ou moins nombreuses, que seule la pratique permet de dégager.”

Zo is het. Het is een illusie te denken dat de Hoge Raad steeds in staat is om tot evenwichtige rechtsvorming te komen zonder dat zich een normatief discours in de lagere rechtspraak of, zoals dikwijls voorkomt, met eerdere uitspraken van de Raad zelf heeft voltrokken. Denk bijvoorbeeld aan de rechtspraak over de omkeringsregel, het jurisprudentieel bewijsvermoeden bij onzeker *condicio sine quo non*-verband.⁴⁸ Die rechtspraak heeft zich gevormd door herhaalde heroverweging en herijking van een rechtsvraag in steeds nieuwe casus die zich in de lagere rechtspraak en de cassatierechtspraak aandienen. *Wenk IV* is dat de feitenrechter in zijn afweging om prejudicieel te verwijzen betreft of een vraag, en dat met name in gevallen van de b-categorie, een voldoende scherpe afbakening heeft voor een specifieke groep van gevallen of dat het een vraag is die casusafhankelijk anders wordt of kan worden beantwoord. In het eerste geval zullen de voordelen van een incrementele rechtsvorming in de cassatieprocedure de rechter niet van zijn verwijzing behoeven af te houden, ook als het normatief discours nog niet of slechts beperkt gevorderd is. Voor wat betreft de gevallen van de *saisine pour avis* waarvoor de Nederlandse prejudiciële procedure ook is bedacht – verse vragen van nieuw recht – is dat vanzelfsprekend. In het tweede geval kan de feitenrechter het zeker de eerste jaren aan de Hoge Raad overlaten om de koers te bepalen. Ik denk dat het goed zou zijn als de civiele kamer die eerste jaren een duidelijk onthoudingsbeleid voor die tweede groep van gevallen formuleert en verwijst naar de (reguliere) cassatieprocedure als de *primaire procedure* bij de Hoge Raad. Het komt mij minder goed voor als de Hoge Raad die koers pas later inzet, om de vraagbereidheid van de feitenrechters in die eerste jaren te stimuleren.

In het verlengde van het voorgaande ligt dat een prejudiciële procedure en de daarin te stellen vragen een voldoende uitzicht moeten bieden op conflictoplossing of tenminste een significante bijdrage daaraan. Deze *Wenk V* is vooral relevant voor de massavorderingen en berust op de subsidiariteit van de prejudiciële procedure ten opzichte van de cassatieprocedure. Zij strookt met een inzet van die procedure overeenkomstig de daarmee door de wetgever beoogde doeleinden van het bevorderen van schikkingen en het verminderen van individuele procedures.⁴⁹ Enigszins verwant hieraan is dat er nogal wat zaken zijn waarin partijen, of één daarvan, er belang bij heeft dat als een zaak bij de Hoge Raad komt, samenhangende thema’s ook samenhangend aan de Hoge Raad kunnen worden gepresenteerd, omdat het stellen van deelvragen in een massageschil een evenwichtige conflictoplossing verstoort. De mogelijkheden tot inspraak in cassatie en informatiegaring door de Hoge Raad zullen er niet (steeds) toe kunnen leiden dat dit evenwicht wel wordt bereikt. Een voorbeeld. In de effectenleasezaken waren verschillende vorderingsgrondslagen gevonden die zich leenden voor een generieke afwikkeling van deze massavorderingen. Stel dat de dwalingsvraag de Hoge Raad geïsoleerd als eerste had bereikt. Zou hij het cassatieberoep hebben verworpen, in de wetenschap dat de zorgplichtgrondslag hem nog wel zou bereiken? Ik denk dat dit problematisch zou zijn geweest, omdat van zo’n verwerping een verkeerd te begrijpen signaal was uitgegaan. Het resultaat zou niet evenwichtig zijn geweest tegenover de aanbieders van effectenleaseovereenkomsten, omdat geen betekenis zou worden toegekend aan de aansprakelijkheidsverminderende factoren van causaal verband

48 Te beginnen bij HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607 en tot dusverre eindigend met HR 3 februari 2012, NJ 2012, 95.

49 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, nr. 3, p. 3-4, onder 1 t/m 7.

en eigen schuld. *Wenk VI*, of zesde wens, is dat de feitenrechters zich van een evenwichtige presentatie rekenschap geven en daarvan ook blijk geven in de van hen door art. 392, lid 2, Rv verlangde motivering.

Dan is er, last but not least, nog de precaire balans die de feitenrechters zullen moeten vinden bij de afweging van het belang van een prejudiciële verwijzing tegenover het nadeel dat het feitencomplex nog niet vaststaat.⁵⁰ Dat hoeft niet steeds het geval te zijn, maar vermoedelijk toch vaker wel dan niet. Immers, een vaststaand feitencomplex impliceert een uitspraak in appel waarin eindbeslissingen zijn gegeven over alle relevante feiten. Uitgaande van het subsidiaire karakter van de prejudiciële procedure ten opzichte van de cassatieprocedure, heeft het behoudens uitzonderingen de voorkeur dat cassatieberoep wordt ingesteld. Daartoe kan verlof worden verleend en in een comparitie worden aangestuurd op de binding van partijen aan het instellen van cassatieberoep.⁵¹ In verreweg het merendeel van de gevallen staan de feiten nog niet vast, met het risico dat een prejudiciële uitspraak geen relevantie meer heeft voor partijen en mogelijk afbreuk wordt gedaan aan het gezag van een op een ondeugdelijke feitelijke grondslag gewezen uitspraak. Nu behoeft dat in de zaakoverstijgende vragen, waarover slechts enkele 'feitelijke' gezichtspunten relevant zijn, geen probleem te zijn. Ik noem het door Frenk besproken voorbeeld van de aan de lange verjaringstermijn derogerende redelijkheid en billijkheid in asbestzaken.⁵² Daargelaten dat een tot spoedige duidelijkheid leidende prejudiciële verwijzing in die zaken wel bijzonder in de rede ligt, valt van het wegvallen van (een deel van) de feitelijke grondslag ook geen averechts effect te verwachten. Dat het slachtoffer in een individuele zaak met extra (en mogelijk vergeefse) kosten en vertraging wordt geconfronteerd, is in die zaken in mijn ogen gerechtvaardigd, omdat het welslagen van zijn beroep op de derogerende redelijkheid en billijkheid voor hem en andere slachtoffers van wezenlijk belang is. Er zijn andere gevallen, waar een verschuiving van panelen na verkregen prejudiciële antwoorden evenmin op doorslaggevende bezwaren behoeft te stuiten. Denk bijvoorbeeld aan de waarschuwings- en onderzoeksplicht voor aanbieders van effectenleasecontracten. Het is op zichzelf denkbaar dat prejudicieel wordt verwezen, hoewel nog niet is beslist over bijvoorbeeld het verweer van de aanbieder dat een waarschuwing of het van hem geveerde onderzoek niet aan contractsluiting in de weg hadden gestaan of behoeven te staan.⁵³ De door de wetgever⁵⁴ en de Raad van State terdege onderkende problematiek van een onvast feitelijk substraat is er echter onverkort naarmate de complexiteit van de feitelijke aspecten in gemengde oordelen toeneemt. Zij is er eens te meer wanneer bepaalde nog onbewezen verwijten van eiser kunnen leiden tot een op een ondeugdelijke feitelijke grondslag rustend precedent, dat vervolgens onvermijdelijk impact zal hebben voor de afwikkeling van de betrokken massavorderingen. Ik verwacht in dit verband zeer weinig van de op instigatie van de Hoge Raad op het wetsontwerp aangebrachte wijziging, dat de Hoge Raad niet

50 Numann, a.w. p. 109, 111.

51 De voordelen ten opzichte van cassatieberoep zijn dan wel zéér beperkt, zie noot 9 hierboven.

52 Frenk, a.w. p. 119, met verwijzing naar HR 28 april 2000, NJ 2000, 430.

53 Een evenwichtige prejudiciële verwijzing conform mijn *Wenk VI* zal echter ook rechtsvragen van causaal verband en eigen schuld omvatten, teneinde te vermijden dat schikkingsonderhandelingen onevenwichtig zouden worden beïnvloed door een selectieve vraagstelling.

54 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, nr. 3, p. 7-8: volgens de MvT kan de feitelijke rechter niet in een vroeger stadium een prejudiciële vraag stellen dan wanneer de procedure zover gevorderd is dat de voor beantwoording relevante feiten voldoende afgebakend zijn. Op p. 8 van de MvT heet het dat het *wenselijk* is dat de feiten vaststaan, maar dat dit geen *absolute* voorwaarde is. Zie echter, naar het lijkt, minder terughoudend *Kamerstukken I* 2011/12, 32612 C, p. 5. De verwijzing daarin naar het leerstuk van de 'hypothetisch feitelijke grondslag' ter rechtvaardiging van prejudiciële antwoorden op een onzeker feitelijk substraat, is ongelukkig. De hypothetisch feitelijke grondslag is een instrument in motiveringsklachten en de op basis daarvan uit te oefenen motiveringscontrole ten gunste van de eiser tot cassatie. De voor hem ongunstige eindbeslissingen moeten het kunnen 'houden' in cassatie, uitgaande van de juistheid van zijn niet-verworpen feitelijke stellingen.

gebonden is aan de feitenvaststelling door de verwijzende rechter⁵⁵ en evenmin van de mogelijkheid dat de Hoge Raad ex art. 22 Rv informatie opvraagt bij partijen⁵⁶ en van de mogelijkheid om derden te laten inspreken.⁵⁷ Ik wil aannemen dat dit in de praktijk hoofdzakelijk zal worden ingezet om macrogegevens over belangen en informatie over het processuele *Umfeld* te verkrijgen, maar niet om, anders dan voor incidentele bijsturing op een enkele feitelijke variabele, het werk van de feitenrechter (over) te doen. Een en ander voert mij tot *Wenk VII* dat de feitenrechter, behoudens de uitzondering van overzichtelijke feitelijke gezichtspunten voor een rechtsvraag met dwingende belangen van massaconflictbeslechting, geen prejudiciële vragen stelt op basis van een op relevante onderdelen onzeker feitencomplex.⁵⁸

IV. Overige desiderata

Tot zover enkele praktijkwenken of -wensen over het (niet) stellen van prejudiciële vragen. De inrichting van de prejudiciële procedure geeft nog aanleiding tot enkele opmerkingen. Een bijzonderheid van deze procedure is dat er een andere verhouding ontstaat tussen verwijzende rechter en Hoge Raad dan het geval is in de cassatieprocedure, waarin het werk van de feitenrechter door de Hoge Raad wordt beoordeeld. De zaak blijft aanhangig bij het vragende gerecht⁵⁹ zij het dat de rechter op grond van art. 392, lid 5, Rv de beslissing op de eis of het verzoek dient aan te houden. Art. 393, lid 11, Rv voorziet in terbeschikkingstelling van processtukken⁶⁰ aan de verwijzende rechter en de Memorie van Toelichting wijst op de bevoegdheid van de Hoge Raad ex art. 83 RO om inlichtingen te vragen bij de verwijzende rechter. Van die mogelijkheid wordt in cassatieprocedures bij mijn weten vrijwel nooit gebruikgemaakt. Het lijkt geboden om, als dit gebeurt, partijen van (inhoudelijke) communicatie met de verwijzende rechter in kennis te stellen en partijen in de gelegenheid te stellen om zich daarover uit te laten. Ik meen dat hierover niet te licht mag worden gedacht. Ook van 'neutrale' informatie zoals gegevens over het aantal en de aard van bij een gerecht aanhangige zaken is voor partijen in een massageschil relevante informatie. In voorkomende gevallen zouden zij een te eenzijdig beeld dat uit verschafte informatie naar voren komt kunnen corrigeren door een volledig beeld van de dreigende en lopende procedures bij overheidsrechters en andere instanties.

Een tweede opmerking betreft de mogelijkheid voor de Hoge Raad om op grond van art. 393, lid 8, Rv alsnog af te zien van het beantwoorden van prejudiciële vragen. Met Numann⁶¹ meen ik dat verwacht mag worden dat de Hoge Raad zich, zeker de eerste jaren, ruimhartig zal opstellen, maar ik meen ook dat de Hoge Raad al in die eerste jaren een beleid zal moeten formuleren voor wat thuishoort in de reguliere cassatieprocedure. Daarbij past het dat de Hoge Raad effectief gebruikmaakt van zijn bevoegdheid om die ongeschiktheid bij aanvang van de procedure te constateren op de voet van art. 393, lid 1, Rv. Dat is ook wel zo fair naar partijen, die kosten hebben gemaakt voor bijstand in de prejudiciële procedure en zeker de eerste jaren niet zullen kunnen bevroeden welke vragen van 'voldoende gewicht' zijn om beantwoording te rechtvaardigen (lid 8). Het belang van partijen zou er ook mee gediend zijn als de Hoge Raad zo vroeg mogelijk in de procedure (bij voorrang) beslist of hij, ondanks dat prejudiciële antwoorden niet langer relevant zijn voor de uitkomst van de zaak, die antwoorden toch zal geven (art. 393, lid 9, Rv). Partijen kunnen er immers groot belang bij hebben dat vragen niet worden

55 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, nr. 3, p. 7.

56 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, nr. 3, p. 8.

57 *Kamerstukken I* 2011/12, 32 612 C, p. 6.

58 Vgl. *wenk 19* van de wenken van het HvJ EU voor indiening van prejudiciële verzoeken door nationale rechters (Pb 2009, C 297/1).

59 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, nr. 3, p. 15, onder 8.

60 Opmerkelijk: behalve een eventuele 'Borgersbrief' op de voet van art. 44 Rv.

61 Numann, a.w. p. 111.

beantwoord, bijvoorbeeld omdat zij menen dat de zaak ongeschikt is of omdat er andere (cassatie)zaken lopen die geschikter zijn. Het ligt in de rede dat de Hoge Raad partijen in de gelegenheid stelt om zich hierover uit te laten, voor het geval partijen dat niet al uit zichzelf zouden doen.

Ten slotte een laatste opmerking in het bestek van dit artikel. Volgens art. 393, lid 10, Rv begroot de Hoge Raad in zijn beslissing de kosten die partijen in de prejudiciële procedure hebben gemaakt. Het zou de rechtspraak dienen als de Hoge Raad zijn te hanteren beleid (forfaitaire of volledige kosten) vroegtijdig kenbaar maakt. Het is weliswaar niet zo dat een kostenveroordeling in cassatie wordt uitgesproken, maar het verdient de voorkeur een mitigering van kosten niet geheel aan de feitenrechter over te laten, zo lang het kostendekkend rechtsvormingsfonds nog niet is opgericht.

5. Tot besluit

De Wet prejudiciële vragen bij de Hoge Raad voorziet zonder meer in een behoefte indien daarvan gepast gebruik wordt gemaakt. De prejudiciële procedure zoals die in Nederland het licht heeft gezien is een instrument met een specifieke ratio (massavorderingen, talrijke zaken) en met specifieke beperkingen. Die beperkingen vormen geen beletselen om van die naast de cassatieprocedure geïntroduceerde nieuwe rechtsgang een succes te maken. Die beperkingen mogen evenwel niet worden genegeerd, zulks mede omwille van het welslagen van de prejudiciële procedure op (middel)lange termijn. Vanaf 1 juli 2012 is het waarschijnlijk zover. De landelijke cassatiebalie staat in de startblokken voor haar rol in de prejudiciële procedure. Wellicht zijn er rechters in den lande nu al aan het nadenken over lopende procedures en zullen zij kort na 1 juli partijen confronteren met het voornemen om prejudicieel te gaan in Den Haag. Wij gaan zien.

mr. F.E. Vermeulen, advocaat bij NautaDutilh te Amsterdam, werkzaam in de cassatiepraktijk