

De vragende feitenrechter?

6

Redactioneel

De regering heeft een wetsvoorstel ingediend dat het mogelijk gaat maken voor de feitenrechters om prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad. Dat is een interessante gedachte, vooral ook voor het aansprakelijkheidsrecht. Een openstaande vraag is echter of deze regeling feitelijk wel benut zal gaan worden. Er is reden om daaraan te twijfelen, omdat de wetgever van enkele niet evidente vooronderstellingen lijkt uit te gaan.

De regering heeft een wetsvoorstel ingediend (*Kamerstukken II 2010/11, 32 612*) dat het mogelijk gaat maken voor de feitenrechters om prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad. Dat is een interessante gedachte, vooral ook voor het aansprakelijkheidsrecht dat immers sterk afhankelijk is van de ontwikkelingen in de rechtspraak. De eerste geluiden naar aanleiding van een conceptvoorstel waren redelijk positief.¹ Een openstaande vraag is echter of deze regeling na introductie ervan, feitelijk wel benut zal gaan worden. Er is reden om daaraan te twijfelen, omdat de wetgever van enkele niet evidente vooronderstellingen lijkt uit te gaan.

Een eerste vooronderstelling is dat de feitenrechter de prejudiciële vraag – althans het probleem dat daaraan ten grondslag ligt – als zodanig tijdig herkent, en inziet dat hij van doen heeft met een rechtsvraag ten aanzien waarvan het antwoord van belang is voor talrijke andere feitelijk vergelijkbare zaken, zoals het criterium luidt. Of dat steeds het geval zal zijn, is nog maar de vraag. Niet iedere rechter in eerste aanleg heeft al meteen de daartoe benodigde ervaring en voelsprietten, en zeker als een kwestie voor de eerste keer opkomt bij een rechtbank, kan dit aspect zomaar over het hoofd gezien worden.

De rechter zal dus al zijn antennes moeten benutten, zowel intern (wat ligt er op het bord van mijn collega's?) als extern (waarover ging 'Kassa!' vorige week?). Gelukkig bestaat de mogelijkheid dat de advocatuur een helpende hand kan toesteken, door aan te geven dat er een veel voorkomend geschil speelt. Ook andere 'repeat players', zoals het Verbond van Verzekeraars, kunnen informatie verstrekken. En de rechterlijke macht kan zelf natuurlijk ook een handje toesteken door onderlinge informatie-uitwisseling te faciliteren (bijvoorbeeld doordat rechters landelijk de nieuwe rechtsvragen signaleren).² Soms zal het ook voor de hand liggen dat een rechtsvraag vaker speelt. Denk aan de vele vragen die de net ingevoerde Wet Deelgeschilprocedure oproept. Die rechtsvragen zijn voor de gehele letselschadebranche van belang en voldoen daarmee aan het criterium dat het antwoord van belang is in talrijke andere feitelijk vergelijkbare zaken. Ook los van die deelgeschillenregeling zullen rechtsvragen op het terrein van de letselschade, zoals in de *Hangmat-zaak*,³ maar denk ook aan de in het verleden gevoerde procedures inzake de omkeringsregel of de patiëntenkaart,⁴ geregeld van gewicht zijn voor meerdere zaken.

Naast het probleem dat de rechtsvraag als een prejudicieel te stellen vraag herkend moet worden, veronderstelt de wetgever ook dat de feitenrechter in staat is de juiste rechtsvragen op de juiste wijze *aan te brengen* en te onderbouwen. Maar is dat wel zo? Die feitenrechter mist nu nog de ervaring daarmee en dus zal hij nog moeten leren om op de juiste manier zijn rechtsvraag aan

1. Zie A.M. Hol, I. Giesen & F.G.H. Kristen, *De Hoge Raad in 2025*, Den Haag: Bju 2011, en daarin vooral de bijdragen van Frenk en ondergetekende, met verdere verwijzingen. Deze bijdrage is daarop gebaseerd.

2. Vgl. Tjittes/Meijer, *RMThemis* 2009, p. 165.

3. HR 8 oktober 2010, *LJN* BM6095.

4. HR 22 februari 2008, *RvdW* 2008/256 en 261.

de Hoge Raad voor te leggen. De feitenrechter zal dus nog moeten 'experimenteren'.

Dat leerproces vergt tevens dat de Hoge Raad aangeven gaat wat de feitenrechter goed en fout doet, dat de Hoge Raad dus vertelt hoe het wel moet. De Raad zal streng moeten zijn en bepaalde vragen niet mogen 'doorlaten' omdat deze niet aan de maat zijn. Dat oordeel, die ontvankelijkheidsbeslissing, zal dan vervolgens ook stevig en didactisch voldoende onderbouwd moeten worden om een leereffect te hebben. Uiteraard betekent dit alles dat de aanwas van vragen ingeperkt zal worden, maar als dit leereffect goed wordt benut, zal het selecteren op kwaliteit slechts een tijdelijke teruggang in de toeloop betekenen.

Een derde vooronderstelling is dat de feitenrechters ook *bereid* zullen zijn om de daartoe geschikte rechtsvragen inderdaad voor te leggen aan de Hoge Raad, en dus niet zelf te beoordelen. Ook dat is echter niet evident. We vragen dan immers van de feitenrechter om juist in de gevallen waarin er een echt interessante (maatschappelijke belangrijke en onopgeloste) juridische kwestie aan de orde komt, niet zelf te gaan studeren, beslissen en motiveren maar om dat aan een hogere instantie in de rechterlijke kolom over te laten, terwijl hij ook zelf ongetwijfeld in staat is om de vraag van een juridisch fatsoenlijk antwoord te voorzien. Of de feitenrechters dat verlies aan autonomie, aan rechtsvormende kracht, aan werkplezier en aan reputatieverlies massaal zullen accepteren, valt te bezien.

Er zal dan ook stevig aan gewerkt moeten worden ('flankerend beleid') om de feitenrechters ervan te overtuigen dat het niet om hen zelf en zeker niet om hun competentie gaat, maar dat het overwegende belang hier is gelegen in de maatschappelijke winst die een snelle uitspraak van de hoogste rechter opleveren kan. Dat is ook mogelijk, want die boodschap is helder en het achterliggende belang is groot genoeg om van de feitenrechter een 'offer' te vragen, maar dat vergt wel enig geduld en enige overredingskracht, temeer omdat een rechter de procespartijen wel op extra kosten jaagt en de oorspronkelijke procedure vertraagt. Voor die overreding is nodig dat de Hoge Raad zijn leiderschap laat zien. Het draagvlak voor de regeling zal van de feitenrechters niet met de enkele aanname van het wetsvoorstel verkregen worden. Dat vereist een nadere investering, en daarmee zou op tijd gestart moeten worden, in elk geval ruim voor het wetsvoorstel wet wordt.