

# Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad: onbedoelde neveneffecten op de positie en taak van de Hoge Raad

I. Giesen\*

## 1 Inleiding

### 1.1 Onderwerp van bespreking

Als de normstellende taak en meer in het algemeen de positie van de Hoge Raad aan de orde is, komt tegenwoordig belangrijke betekenis toe aan de door de wetgever in 2010 in de steigers gezette mogelijkheid voor feitenrechters om, na invoering van het betreffende wetsvoorstel, in civiele zaken prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te gaan stellen. Dat is dan ook het onderwerp van deze bijdrage. Ik poneer hierna een visie, vanuit de Nederlandse rechtspleging,<sup>1</sup> op die toekomstige mogelijkheid om prejudiciële vragen te stellen. Daarbij richt ik mij vooral op de (on)verwachte en (on)bedoelde consequenties van dat voorstel voor de taakvervulling door de Hoge Raad.

### 1.2 Enige context

Sinds februari 2008 ligt er het rapport van de *Commissie normstellende rol Hoge Raad*<sup>2</sup> (ook wel: commissie-Hammerstein) die tot doel had te onderzoeken of het

---

\* Ivo Giesen is hoogleraar Privaatrecht aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht en raadsheer-plaatsvervanger in het Hof's-Hertogenbosch. Met dank aan Jan Vranken en François Kristen voor waardevolle feedback op eerdere versies van deze bijdrage.

- 1 Op prejudiciële vragen naar Europees recht ga ik hierna niet in, zie daarover bijv. W.T. Eijsbouts e.a., *Europees Recht: Algemeen Deel*, Groningen: Europa Law Publishing 2007, p. 284 e.v. Voor een vergelijking met zowel het Franse recht als het Europese recht, zie R.P.J.L. Tjittes & R. Meijer, 'Franse en Europese lessen voor een prejudiciële procedure bij de Hoge Raad', *RM Themis* 2009, p. 164 e.v. Over Frankrijk ook: M. Köhne, *Coördinatie van rechtspraak*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 70 e.v.
- 2 Commissie normstellende rol Hoge Raad, *Versterking van de cassatierechtspraak*, Den Haag: 2008, te vinden via <www.minjus.nl>, aangeboden aan de Tweede kamer via *Kamerstukken II*, 2007-08, 29 279, nr. 69 (verder ook: rapport-Hammerstein).

huidige Nederlandse cassatiestelsel nog goed functioneert en om oplossingen te adviseren. De noodzaak daartoe lag hierin dat de Hoge Raad wellicht onvoldoende aan zijn rechtsvormende taak kan toekomen, vooral door de groeiende werklust. Na een analyse van de knelpunten bij verwerking van de toenemende instroom (voor de civiele kamer is verdere specialisatie geen optie; zaken die rechtsvorming behoeven, blijken de Raad niet te bereiken, en soms ontbreekt noodzakelijke informatie voor een betekenisvolle beslissing<sup>3</sup>), beveelt de commissie aan om een selectiemethode te introduceren om zaken die ongeschikt zijn voor cassatie (zaken waarin geen vragen betreffende de rechtseenheid of rechtsvorming aan de orde zijn) niet-ontvankelijk te kunnen verklaren. Selectie aan de poort dus, door een selectiekamer, en niet meer erachter, zoals nu via art. 81 RO.<sup>4</sup>

Om meer belangrijke zaken ook daadwerkelijk te kunnen beslissen, wil men verder het instituut van de cassatie in het belang der wet meer gaan benutten<sup>5</sup> (en meteen ook belanghebbenden gelegenheid bieden om daarbij informatie en commentaar te leveren). Ook mogen rechters en raio's (en studenten) stage lopen bij de Hoge Raad,<sup>6</sup> en wordt de mogelijkheid van prejudiciële vragen van lagere rechters aan de Hoge Raad genoemd, op dat moment nog als een optie die nader onderzoek vergt.<sup>7</sup>

Het rapport heeft inmiddels de nodige pennen in beweging gebracht en tot congressen en seminars geleid.<sup>8</sup> De algemene lijn daaruit, vanuit de civielrechtelijke hoek, lijkt te zijn dat men kritisch maar vanuit een welwillende grondhouding meedenkt of, iets neutraler, de zaak nog even aanziet.<sup>9</sup> Vanuit de Hoge Raad zelf wordt sterk benadrukt dat deze nieuwe lijn algemeen gedeeld wordt.<sup>10</sup> Wat mij betreft, gaat het hier in hoofdlijnen om een uitstekend initiatief dat ik graag ondersteun; het past

3 Rapport-Hammerstein, p. 26.

4 Zie ook de civielrechtelijke bijdragen van Asser en Keirse aan deze bundel.

5 Zo ook I. Giesen, 'Onderzoekende arbiter wraken?', *WPNR* 6722 (2007), p. 735 e.v. Inmiddels is er ook een oproep gedaan om zaken voor te dragen aan de commissie die de cassatie in het belang der wet onder haar hoede heeft genomen, zie *NJB* 2009, p. 1314. Zie ook de civielrechtelijke bijdragen van Hartlief en Van der Wiel aan deze bundel.

6 Waarom overigens die stageplaatsen niet ook voor anderen (wetenschappers) opengesteld? Voor de onderlinge begripsvorming zou het goed kunnen zijn.

7 Zie p. 56-58 van het rapport-Hammerstein. Zie ook de civielrechtelijke bijdrage van Frenk aan deze bundel.

8 Vgl. het naar aanleiding van een Rotterdams symposium verschenen boek door N.J.H. Huls (red.), *Versterking van de cassatierechtspraak door de Hoge Raad*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

9 Zie J.M. Barendrecht, 'Rechtsvorming via hogere rechtspraak', *NJB* 2008, p. 1332 e.v.; H.A. Groen, 'Selectie aan de poort', *Trema* 2008, p. 340 e.v.; T. Hartlief, 'Belangrijke mensen in het recht: Lucia de B., Hammerstein en Kooiker', *NJB* 2008, p. 869, en idem, 'Den Haag, let op Uw saeck', *NJB* 2009, p. 1073; J.B.M. Vranken, 'Consequenties van de versterking van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad: talrijk, divers en soms vergaand', *NJB* 2009, 1082 e.v. Vgl. verder nog het interview met de president van de Hoge Raad, mr. G. Corstens, door C. Lindo, 'Tussen ideaal en nuchterheid', *NJB* 2009, 1074 e.v.

10 Zie de lezing voor de NVvP op 5 juni 2009 van G.J.M. Corstens, 'Versterking van de cassatierechtspraak', in: G.J.M. Corstens e.a., *De positie van de Hoge Raad*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 14.

in de lijn die ik zelf voorsta (focus op de rechtsvormende taak van de Hoge Raad) en die wat mij betreft nodig ingezet moest worden.<sup>11</sup>

Ten aanzien van de al genoemde, hierna centraal te stellen optie om de mogelijkheid te openen om prejudiciële vragen te stellen, heeft de minister niet gearzeld, en dus geen nader onderzoek gelast, maar meteen een wetsvoorstel gemaakt.

### 1.3 Vertrekpunt, doel en plan van behandeling

Het wetsvoorstel dat de mogelijkheid van het stellen van prejudiciële vragen in ons interne Nederlandse recht introduceert, ligt ten tijde van het schrijven van deze bijdrage<sup>12</sup> nog bij de Raad van State en is nog niet openbaar. Het hieraan voorafgaande conceptwetsvoorstel heeft echter ter consultatie op de internetpagina van het ministerie van Justitie gestaan en is deskundig en redelijk uitvoerig besproken in de vakpers.<sup>13</sup> Na de goedkeuring door de regering van het uiteindelijke wetsvoorstel, is het bericht doorgekomen dat er (in elk geval) nog één belangrijke wijziging ten opzichte van het eerdere concept heeft plaatsgevonden, namelijk dat het toepassingsbereik van de regeling ten opzichte van hetgeen in de conceptregeling stond, in belangrijke mate is opgerekt (zie par. 2.2). Deze informatie, het conceptvoorstel en de berichten van nadien, vormen het vertrekpunt voor deze bijdrage, waarbij dus aangetekend moet worden dat ik de exacte bewoordingen van het uiteindelijke wetsvoorstel nog niet kan presenteren.

Gezien het doel dat ik voor ogen heb, doet dat er overigens ook niet toe. Ik wil mij namelijk, juist omdat hetgeen we wel kennen (het conceptwetsvoorstel) al zo gedegen is besproken, niet richten op de meer technische kant en de details van het voorstel en dus ook niet op de vele voetangels en klemmen die inzake het voorstel te bedenken zijn en al bedacht zijn.<sup>14</sup> In plaats daarvan leg ik de nadruk op de hoofdlijnen van de nieuwe regeling (par. 2), het te verwachten gebruik dat van de regeling zal worden gemaakt (par. 3), de onuitgesproken vooronderstellingen dienangaande (par. 4), en in het bijzonder op een belangrijk onbedoeld effect van deze nieuwe wet, uiteraard met het oog op de taakopvatting van de Hoge Raad (par. 5). In paragraaf 6 volgt een korte afronding.

11 Zie I. Giesen & L.M. Coenraad, 'Nieuwe fundamenten voor de Nederlandse rechtspleging', *NJB* 2008, p. 997, en I. Giesen, 'De normstellende taak van de Hoge Raad in het aansprakelijkheidsrecht', *AV&S* 2008, p. 111.

12 We spreken over juni/juli 2010.

13 Zie m.n. V. Lindijer, 'Het voorontwerp Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad', *VR* 2009, p. 297 e.v.; N. Frenk & A.M. Wolffram-Van Doorn, 'Het voorontwerp prejudiciële vragen aan de Hoge Raad', *RM Themis* 2009, p. 154 e.v.; Tjittes/Meijer, *RM Themis* 2009, p. 164 e.v.

14 Zo is wel opgeworpen (zie W.H. van Boom, in M.B.M. Loos & W.H. van Boom, *Handhaving van het consumentenrecht. Preadvies VBR*, Deventer: Kluwer 2010, p. 166 e.v.) dat beantwoording van de prejudiciële vragen vrij snel zal moeten gebeuren (want anders is de wachtende justitiebele in de betreffende procedure nog verder van huis, zie ook par. 5.2) zodat extra menskracht op die zaken zal moeten worden gezet, zodat tevens noodzaak is dat het (reguliere) zaaksaanbod inderdaad zal afnemen. Ook de kwestie dat de Hoge Raad vaak gemengde beslissingen te beoordelen heeft en niet louter rechtsvragen, is bijvoorbeeld voorwerp van discussie. Zie daarover onder andere de bijdrage van Frenk aan deze bundel, en Tjittes/Meijer, *RM Themis* 2009, p. 173.

## 2 Het wetsvoorstel prejudiciële vragen

### 2.1 Achtergrond, doel en belang

Het ter consultatie geopenbaarde (concept)wetsvoorstel 'Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad' voorziet in de mogelijkheid voor lagere rechters om belangrijke rechtsvragen aan de Hoge Raad voor te leggen alvorens zelf in de betreffende zaak een uitspraak te doen (zie art. 392 (nieuw) Rv). De achtergrond daarvoor was de constatering in het rapport van de commissie-Hammerstein,<sup>15</sup> gegeven de daaraan voorafgaande probleemanalyse van die commissie, dat het nodig was om er zorg voor te dragen, door een daartoe geschikte regeling te ontwerpen, dat voorkomen wordt dat zaken die rechtsvragen behelzen welke vanuit maatschappelijk oogpunt snel een antwoord behoeven, toch niet tijdig de Hoge Raad bereiken. Dit soort hiaten in het zaaksaanbod,<sup>16</sup> waarbij de Dexia-affaire steeds als het meest sprekende voorbeeld van stal wordt gehaald,<sup>17</sup> ontstaan bijvoorbeeld doordat partijen niet de tijd hebben om te (kunnen) wachten op een uitspraak door de Hoge Raad na een al afgeronde procedure in eerste aanleg en hoger beroep, of doordat de financiële middelen ontbreken om (ook nog) in cassatie te gaan. Het belang van deze regeling is dan hierin gelegen dat daarmee belangrijke juridische (en maatschappelijke) kwesties wél tijdig bij de Hoge Raad komen, en het liefst zo vroeg mogelijk. Dat bevordert de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid.

### 2.2 Uitbreiding van het toepassingsbereik van de voorgestelde regeling

Vanuit het ministerie werd in eerste instantie de gedachte geopperd dat er geëxperimenteerd zou moeten worden met het stellen van dit soort prejudiciële vragen in het kader van zaken die massavorderingen betreffen<sup>18</sup> (doch niet die zaken welke via de WCAM<sup>19</sup> tot een algemeen verbindende schikking zouden leiden). Omdat het in dat soort gevallen steeds om massale aantallen claims gaat, lag het op zichzelf voor de hand om juist daar te gaan experimenteren; een prejudicieel antwoord zou dan immers in één klap vele (duizenden) justitiabelen vooruit helpen.

Het grote probleem met deze op het eerste gezicht fraaie, hoewel slechts experimentele oplossing om de rechtsvorming in Nederland vooruit te helpen, was echter dat – paradoxaal genoeg – massaschadezaken, hoe omvangrijk deze op zichzelf ook zullen zijn, zich feitelijk toch te weinig aandienen om voldoende oefenterrein te bieden voor het stellen van, werken met, beantwoorden van en vooral ook wen-

15 Zie het rapport-Hammerstein, p. 23-24.

16 Zie Lindijer 2009, p. 297.

17 Zie bijv. de discussie tussen I. Giesen en W.J.M. Davids in: *Alternatieve regelgeving, Handelingen NJV, 137e jaargang / 2007-2*, Deventer: Kluwer 2008, p. 48-51.

18 Zie het interview met Corstens (Lindo, *NJB* 2009, p. 1075), en diens eerder genoemde lezing voor de NVvP: Corstens 2009, p. 21-22, en het conceptwetsvoorstel zelf.

19 Zie de memorie van toelichting van het concept-wetsvoorstel, op p. 8, zoals dat werd gepubliceerd op <[www.justitie.nl](http://www.justitie.nl)>.

nen aan prejudiciële vragen.<sup>20</sup> Ongetwijfeld zitten er meerdere massaal af te wikkelen (schade)kwesties in de maatschappelijke pijn (denk aan het DSB-debacle en aan de seksueelmisbruikaffaire binnen de Katholieke kerk), maar dat laat onverlet dat het enkel kunnen benutten van dit soort megazaken te weinig 'stof' zou genereren om werkelijk zinvol te kunnen gaan experimenteren.<sup>21</sup> Daar komt nog bij dat zelfs als er zich al een massaschadezaak aandient, daar ook nog wel een 'prejudiciële kwestie' aan moet kleven die zich ervoor leent om alvast aan de Hoge Raad voor te leggen. Dat zal niet steeds het geval zijn.

Gegeven dit alles heeft de wetgever er, zoals blijkt uit de laatste (pers)berichten, voor gekozen om in feite niet langer van een experiment uit te gaan, doch in plaats daarvan gewoon met het concept van prejudiciële vragen aan de slag te gaan door de mogelijkheid van het stellen van dergelijke prejudiciële vragen door de feitenrechter in brede zin, en dus niet louter voor massavorderingen, te gaan introduceren.<sup>22</sup> Daarbij geldt dan wel nog steeds, zo lijkt het, dat het om een vraag van een meervoudige kamer moet gaan.<sup>23</sup> De belangrijkste voorwaarde is echter dat de rechtsvraag in kwestie er één moet zijn waarvan het antwoord van belang is voor 'talrijke andere feitelijk vergelijkbare zaken'<sup>24</sup> (waaronder de oorspronkelijk bedoelde massaschadezaken zeker zullen vallen).<sup>25</sup> Wat dit criterium precies behelst, is zonder toelichtende stukken nog niet helemaal duidelijk, maar de optie van een ruimhartiger regeling was wel al eerder vanuit het ministerie van Justitie als mogelijkheid geopperd.<sup>26</sup> Verder kan de Hoge Raad nog steeds, zoals blijkt uit art. 393 lid 8 (nieuw) Rv, afzien van beantwoording als hij oordeelt dat de vraag zich niet voor beantwoording leent of de vraag van onvoldoende gewicht is om

20 Zo ook Tjittes/Meijer, *RM Themis* 2009, p. 174. Ter vergelijking: er zijn tot nu toe, na vijf jaar WCAM, in totaal vijf zaken aangebracht teneinde algemeen verbindend te worden verklaard door het Hof Amsterdam, vgl. A.R.J. Croiset van Uchelen, 'Handhaven of bijschaven? De effectiviteit van de WCAM', *WPNR* 6772 (2008), p. 799. Als er echt zoveel grote massaschadezaken zouden bestaan, zou dit aantal ongetwijfeld hoger gelegen hebben.

21 Corstens leek dit reeds dit te onderkennen waar hij in zijn eerder genoemde lezing voor de NVvP stelt: 'Hopelijk levert dit experiment voldoende materiaal op.' Zie Corstens 2009, p. 22. Zie ook het NVvR-advies over het concept-wetsvoorstel, via <www.nvvr.org>, op p. 5 en 9 (hoewel men twijfelt op dit punt, vgl. ook p. 4).

22 Dezelfde ruimere strekking bestaat in Frankrijk, alwaar het antwoord overigens slechts als advies geldt, zie Tjittes/Meijer, *RM Themis* 2009, p. 165 en p. 174.

23 Zie Frenk/Wolffram-Van Doorn, *RM Themis* 2009, p. 159. Kritisch daarover Tjittes/Meijer, *RM Themis* 2009, p. 174. Omdat zodoende na de aanstaande verhoging van de competentiegrens tot € 25.000 alle consumentenzaken worden uitgesloten, zal men creatief moeten zijn, bijv. door het bereik van art. 15 lid 2 Rv ruim uit te leggen en eerst te verwijzen naar een meervoudige kamer om daarna de vraag te kunnen stellen. Zie hierover nader het al genoemde NVvR-advies over het concept-wetsvoorstel, p. 6-7.

24 Zo luidt althans de formulering volgens het concept-wetsvoorstel Versterking cassatierecht-spraak (p. 14) dat eind mei 2010 openbaar werd en in september 2010 naar de Raad van State werd gestuurd. Zie over dat voorstel *NJB* 2010, p. 1510-1511 en *NJB* 2010, p. 2062-2063; M. Bruning, 'Verbetering van de cassatiëpraktijk', *NJB* 2010, p. 1593 e.v., en L. Bruins, 'Kloppen aan de poort van de Hoge Raad', *Adv.bl.* 2010, p. 348 e.v.

25 Zie o.a. *NJB* 2010, p. 1094. Uit het persbericht volgt impliciet dat het daarbij om nieuwe, *nog niet beantwoorde* rechtsvragen zou gaan. Of dat straks een echte voorwaarde zal zijn, is nu nog niet helder maar dat lijkt niet nodig want als de rechtsvraag al beantwoord is, is het antwoord op de vraag niet meer van belang voor meerdere, feitelijk vergelijkbare zaken.

26 Toen werd erover gesproken dat de 'vraag ook relevant is voor vele andere identieke zaken'. Zie de notitie van het ministerie van Justitie, opgenomen als bijlage 2, in: *Huls* 2009, op p. 62-63.

beantwoording te rechtvaardigen. Uiteindelijk bepaalt de Raad dus zelf of een vraag beoordeeld wordt.

Wat mijns inziens in overtuigende mate voor deze verruimde, brede insteek pleit, is dat de Hoge Raad zodoende een groot en breed palet aan mogelijke rechtsvragen én mogelijke vragenstellers (lees: alle rechtbanken en gerechtshoven) ter beschikking krijgt. Het ‘experimenteren’ (beter wellicht: het nader zijn weg vinden) zoals dat in eerste instantie beoogd werd, geschiedt dan ‘regulier’, te weten gaandeweg, door na afronding van het wetgevingsproces dit soort zaken af te wikkelen en vragen te beantwoorden.

De nieuwe regeling betekent uiteraard wel dat er, in potentie in elk geval, meer werk op de Hoge Raad zal afkomen, zeker in vergelijking met de oorspronkelijk bedachte optie om alleen met massavorderingen te experimenteren (zie nader hierna par. 3.2). Ik ben er echter van overtuigd dat als men inderdaad serieus werk wil maken van het eerder kunnen beslissen over maatschappelijke relevante, veelvoorkomende juridische problemen, dat alleen maar kan gebeuren door het bereik en de omvang van mogelijke ‘testcases’ groot genoeg te kiezen. Bovendien hebben alle betrokkenen, de Hoge Raad voorop, dan meteen een stevige prikkel om ook de overige door de commissie-Hammerstein geopperde (en door mij gesteunde) maatregelen – maatregelen die mede bedoeld zijn om de werklast terug te dringen zodat de focus echt (meer) op de rechtsvormende taak kan komen te liggen<sup>27</sup> – met de nodige voortvarendheid in te voeren.<sup>28</sup>

Ik ben er dus voorstander van om de spreekwoordelijke koe bij de horens pakken, de in algemene zin toegejuichte<sup>29</sup> wettelijke mogelijkheid van prejudiciële vragen direct in te voeren, om vervolgens via het reguliere proces van *learning by doing* – waarbij de term *trial by error* ongetwijfeld ook geregeld zal vallen – wijzer te worden en nadere richting te geven. Die ‘traditionele’ manier van werken met nieuwe wetgeving, is mijns inziens ook ten aanzien van deze vernieuwingsimpuls voldoende robuust.

### 2.3 Terzijde: andere mogelijke compromissen

De hiermee gekozen, brede insteek past uiteraard ook bij de manier waarop we normaal gesproken wetgeving invoeren, namelijk meteen en ineens voor al die gevallen waarvoor het voorstel is bedoeld, zonder eerst te experimenteren op een beperkt deelgebied. Juist experimenten met nieuwe wetgeving voor beperkte terreinen zijn uiterst zeldzaam omdat de gelijkheid daarmee niet gediend is, en de rechtszekerheid ook niet. De gedachte om zonder een kleinschaliger experiment aan het invoeren van prejudiciële vragen te beginnen, komt dus enkel vreemd over als het oorspronkelijke vertrekpunt is dat er een experiment noodzakelijk zou zijn. Ik waag dat echter te betwijfelen. Ten eerste omdat ik mij afvraag waar hier dan de blijkbaar méér dan gewoonlijk knellende pijnpunten zitten waardoor een regulier

27 Corstens 2009, p. 15, heeft dat benadrukt. Vgl. ook *Kamerstukken II*, 2007-2008, 29 279, nr. 78, p. 14.

28 Terwijl daardoor tevens de werklast bij de rest van de rechterlijke macht zal (kunnen) verminderen, zie *Kamerstukken II*, 2007-2008, 29 279, nr. 78, p. 15.

29 Zie bijv. Van Boom 2010, p. 166: de Hoge Raad moet het eerste, niet het laatste woord hebben.

wetgevingsproces – inclusief de ongetwijfeld soms lastige, maar niet onoverkomelijke keuzes<sup>30</sup> – niet mogelijk zou zijn. Ten tweede omdat we hier veel kunnen leren van het Europese systeem van prejudiciële vragen; we opereren niet in een juridisch zwart gat.<sup>31</sup>

Voor zover er binnen het parlement wellicht nog weerstand zou bestaan tegen de door de regering gekozen bredere insteek, kan er uiteraard over andere mogelijke compromissen nagedacht worden. Een alternatief plan zou bijvoorbeeld kunnen zijn om een aantal rechtbanken (of kantonrechtbanken), bijvoorbeeld die in een bepaald ressort, aan te wijzen als ‘test-rechtbanken’. Die rechtbanken mogen dan alvast prejudiciële vragen gaan stellen, waar andere rechtbanken dat nog niet kunnen of mogen. De rechtsgelijkheid is daarmee echter direct in het geding, reden ook waarom we in Nederland weinig met wetgeving experimenteren. Waarom zou justitiabele Jansen in, bijvoorbeeld, Heerhugowaard niet ‘prejudicieel’ snel geholpen kunnen worden, maar justitiabele Pieterse in Roermond wel?

Een ander alternatief zou wellicht hierin kunnen bestaan dat niet de rechtbanken, maar alleen alle gerechtshoven de bevoegdheid zouden krijgen om prejudiciële vragen te stellen.<sup>32</sup> Dat scheelt in de aanwas van zaken (waar de hoven zelf minder zaken krijgen, dienen zich ook minder potentieel door te spelen vragen aan) zonder de vijver waarin gevist kan worden, zoals bij de beperking tot massaschadegevallen, té klein te maken. De rechtsgelijkheid is dan gewaarborgd; elke zaak, mits maar in hoger beroep is gegaan, komt in aanmerking. Het probleem hier is echter dat de noodzaak voor prejudiciële vragen op dit niveau veel minder dringend is. De procespartijen staan al bij een hof, en dus is de te boeken tijdwinst geringer, de raadsheren mogen geacht worden (beter dan rechtbanken in eerste aanleg) in staat te zijn en tijd te hebben om lastige vragen zelf uit te zoeken, terwijl daarnaast van een hof eerder verwacht mag worden dat men de lastige vraag in kwestie ook zelf zal willen oplossen. De animo om vragen aan de Hoge Raad te stellen zou daarmee wel eens gering kunnen blijven.<sup>33</sup>

Een volgende optie die ik nog zie, is om niet alleen in massaschadegevallen, maar om in al die gevallen waarin er een specialistische rechter is aangewezen om een bepaald soort geschillen af te wikkelen (octrooizaken, pachtzaken, etc.) de mogelijkheid van prejudiciële vragen te openen. Dat beperkt het prejudiciële bereik aanzienlijk ten opzichte van de net besproken varianten, zonder de rechtsgelijkheid al te zeer geweld aan te doen (want het zijn toch al ‘speciale gevallen’). Mijn zorg is dan echter weer of deze variant wel voldoende testcases zal voortbrengen, terwijl het eerder besproken probleem dat juist specialistische rechtbanken minder genegen zullen zijn de vraag aan een ander te laten, blijft bestaan.

30 In het rapport-Hammerstein zijn deze lastige, maar wel te maken keuzes keurig opgesomd, zie p. 51-52. De vragen worden veelal overigens ook meteen min of meer beantwoord in de memorie van toelichting, hetgeen mij sterkt in de hierboven verwoorde gedachte. Mogelijke antwoorden op die keuzevragen staan ook in de notitie van het ministerie van Justitie zoals opgenomen als bijlage in Huls 2009.

31 Zoals ook het rapport-Hammerstein al constateert, zie p. 51.

32 In die zin P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, ‘Wat moet de Hoge Raad?’, in: J.F. de Groot & H.M. Slaghekke (red.), *Frank en Vrij. Thunissen-bundel*, Den Haag: IBR 2009, p. 13, en W.D.H. Asser e.a., *Uitgebalanceerd*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 167. Anders: Frenk/Wolffram-Van Doorn, *RM Themis* 2009, p. 158-159.

33 Zie ook par. 4 hierna.

### 3 De te verwachten mate van gebruik van de regeling

#### 3.1 Inleiding

Gegeven het zojuist besproken uitgebreide toepassingsbereik van de aanstaande<sup>34</sup> mogelijkheid om prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad, rijst ten eerste de vraag wat we vervolgens feitelijk kunnen verwachten als het om het toekomstig gebruik van de regeling gaat. Wordt het een juridische hit? Of een marginaal wetje? Dit vergt uiteraard een blik in een onzekere toekomst, maar dat is nu eenmaal de rode draad van deze bundel.<sup>35</sup> Die onzekerheid dan ook voor lief nemend, spreek ik hier de verwachting uit dat er in voldoende ruime mate van de regeling gebruikgemaakt zal gaan worden. Ik licht die optimistische verwachting hierna eerst nader toe en benoem vervolgens (in par. 4) welke tot nu toe onuitgesproken vooronderstellingen nog aan die verwachting afbreuk zouden kunnen doen.

#### 3.2 De regeling zal voldoende worden gebruikt

Zoals eerder gezegd, vind ik de uitbreiding tot een veel ruimer palet van mogelijke zaken waarin een prejudiciële vraag gesteld kan worden, een verstandige keuze. Als meer rechters vragen kunnen stellen, komen er meer testcases, en hoe ruimer het gebruik, hoe beter. Maar ik zie natuurlijk ook dat hierin ook een zeker gevaar schuilt, en dat is het gevaar dat de Hoge Raad zal worden ‘overspoeld’ met vragen.<sup>36</sup> Het makkelijke antwoord op die dreiging is uiteraard dat de Raad dat helemaal zelf in de hand heeft, want de Raad mag zelf beslissen of men een vraag beantwoorden wil (vgl. art. 393 lid 8 (nieuw) Rv).

Dit is echter nauwelijks een bevredigend antwoord te noemen. Als feitenrechters straks té regelmatig een ‘nul op rekest’ zouden krijgen, bijvoorbeeld omdat de werkdruk aan de zijde van de Hoge Raad te groot zou zijn (gebleven of geworden), zou dat de dood in de pot zijn van deze vernieuwing, en wellicht ook bij voorbaat van elke mogelijke toekomstige vernieuwingsgedachte (onder het mom: wat heeft het immers voor zin?). De nieuwe regeling zal ongetwijfeld een stille, doch zekere dood sterven als de Hoge Raad zou besluiten, of zelfs maar zou uitstralen door zijn handelwijze, dat slechts sporadisch een rechtsvraag van een feitenrechter gezien wordt of kan worden als een vraag waarop het antwoord van belang is voor talrijke andere feitelijk vergelijkbare zaken.<sup>37</sup> Die kant kan de Hoge Raad, gezien de zelf verkozen vernieuwingsdrang en het eigen verzoek aan de wetgever om het eerder geconstateerde hiaat in het zaaksaanbod aan te pakken, eenvoudigweg niet

34 Ik verwacht eigenlijk weinig weerstand, en terecht, van het parlement gezien de lichtkritische tendens in de reacties tot op heden, maar dat zeiden we over het wetsvoorstel affectieschade ook, en dat haalde de eindstreep niet (vgl. R. Rijnhout, ‘Wetsvoorstel affectieschade verworpen door de Berste kamer’, *TVP* 2010, p. 37 e.v.). Het blijft dus speculeren en afwachten.

35 Ook M.A. Loth, ‘Reparaties aan de “cassatiemotor”’, in: *Huls* 2009, p. 5 e.v., denkt in scenario’s.

36 Zie het discussieverslag in *Huls* 2009, op p. 42, en de reactie van de NVVR, voornoemd, op p. 4, die dat argument gebruikt om een voorkeur voor een beperking tot massavorderingen uit te spreken.

37 Vgl. Tjittes/Meijer, *RM Themis* 2009, p. 174: de rechter moet erop kunnen vertrouwen een antwoord te krijgen.



op. De Raad zelf heeft ook steeds beklemtoond dat de huidige gedachtevorming niet (slechts) is ingegeven door werklastperikelen, maar (vooral) door de wens om inhoudelijk te vernieuwen.<sup>38</sup>

Gegeven dit alles zal de Hoge Raad eerder het tegendeel moeten doen en welhaast moeten vragen aan de rechterlijke macht om prejudiciële vragen aan te brengen. De regeling gaat immers alleen voldoende effectief zijn en naar tevredenheid werken als de Hoge Raad (a) voldoende vragen krijgt en dan (b) op behoorlijk ruimhartige wijze vragen gaat beantwoorden. Dat laatste gaat de Hoge Raad, als gezegd, zeker (moeten) doen; hij kan niet anders, het is het directe gevolg van de mede door hem zelf ingezette koers. Dat alles maakt dat ik de verwachting durf uit te spreken dat de regeling in voldoende ruime mate benut zal gaan worden.

Daarbij is het goed om 'in voldoende mate' dan nog iets nader te kwantificeren. Ik doel daarmee op een aantal zaken dat in de buurt komt van het gemiddelde in Frankrijk, dat ligt op dertien zaken per jaar.<sup>39</sup> Rekening houdend met het feit dat Frankrijk meer inwoners en meer rechters heeft, denk ik aan zo'n tien zaken per jaar gemiddeld.

## 4 Enkele niet uitgesproken vooronderstellingen

### 4.1 Introductie

De verwachting zoals hiervoor verwoord, stoelt op een drietal vooralsnog niet door de wetgever uitgesproken of aangepakte vooronderstellingen die echter het verwachte gebruik van 'de prejudiciële vraag' danig kunnen compliceren. Deze presumpties zullen dus alsnog geëxpliciteerd én waar nodig aangepakt moeten worden. Ik bespreek hierna de vraag of de rechter de vraag wel herkennen zal, de vraag of hij in staat zal zijn de vraag vervolgens op een goede wijze aan te brengen, en de vraag of de rechter eigenlijk wel bereid zal zijn om prejudiciële vragen te stellen.

### 4.2 Eerste vooronderstelling: de rechter herkent de vraag

De eerste vooronderstelling hangt nauw samen met een aspect dat hiervoor al aangestipt werd, namelijk de vraag of er wel voldoende vragen gaan komen. De daaraan gekoppelde vooronderstelling is dat de feitenrechter de prejudiciële vraag, althans het probleem dat daaraan ten grondslag ligt, als zodanig herkent, en wel tijdig, en dus inziet dat hij van doen heeft met een rechtsvraag ten aanzien waarvan het antwoord van belang is voor talrijke andere feitelijk vergelijkbare zaken. Of dat steeds het geval zal zijn, is echter 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 bepaalde rechtbank, kan dit aspect zomaar over het hoofd gezien worden.<sup>40</sup>

38 Zie vooral Corstens 2009, p. 15. Vgl. ook Von Schmidt auf Altenstadt 2009, p. 10 en 11.

39 Zie Tjittes/Meijer, *RM Themis* 2009, p. 165.

40 Hierbij moet uiteraard ook bedacht worden, maar dat is een ander punt, dat niet elke regelmatig terugkerende rechtsvraag meteen bij een rechter wordt aangebracht.

Bij de megakwesties zoals de Aandelenlease-affaire lost zich dit vanzelf op, maar daarbuiten zal dat minder snel het geval zijn. De rechter zal dus zijn antenne voortdurend moeten benutten, zowel intern (wat ligt er op het bord van mijn collega's) als extern (wat speelt er in de maatschappij?; waarover ging 'Kassa!' vorige week?). Gelukkig bestaat de mogelijkheid dat de advocatuur een helpende hand kan (en zal) toespelen, door aan te geven dat er een veelvoorkomend geschil speelt. Ook andere 'repeat players' zoals de Consumentenbond, de ConsumentenAutoriteit, het Verbond van Verzekeraars, allerlei inspectiediensten, ministeries, etc., kunnen hieromtrent informatie laten doorsijpelen. En de rechterlijke macht kan zelf natuurlijk ook een handje toesteken door de onderlinge informatie-uitwisseling indachtig dit aspect te faciliteren (bijvoorbeeld doordat rechters landelijk de nieuwe rechtsvragen signaleren).<sup>41</sup>

Daarnaast zal het op andere vlakken soms evident zijn dat een rechtsvraag vaker spelen zal. Denk bijvoorbeeld aan de vele uitlegvragen die de nieuwe per 1 juli a.s. in te voeren Wet Deelgeschilprocedure nu al oproept.<sup>42</sup> Die rechtsvragen zijn allemaal voor de gehele letselschadebranche van belang en voldoen daarmee aan het criterium dat het antwoord van belang moet zijn in talrijke andere feitelijk vergelijkbare zaken. Een concreet voorbeeld is de straks wellicht opkomende vraag of een onderhandelingsimpasse tussen de betrokken partijen over de vraag of er een zorgplicht op de laedens rustte, een vraag dus over de aansprakelijkheid als zodanig, kan kwalificeren als een deelgeschil onder die Wet Deelgeschilprocedure. Ook los van die deelgeschillenregeling zullen rechtsvragen op het terrein van bijvoorbeeld de letselschade,<sup>43</sup> denk aan de in het verleden gevoerde procedures inzake de omkeringsregel<sup>44</sup> of de patiëntenkaart,<sup>45</sup> maar ook op het vlak van zekerheidsrechten, de positie van banken, het faillissementsrecht en het burgerlijk procesrecht, etc., zeer geregeld, om niet te zeggen vrijwel steeds, van gewicht zijn voor meerdere zaken. Een andere mogelijke 'Fundgrube' voor prejudiciële vragen, betreft de toetsing van wetgeving aan de grondrechten als het wetsvoorstel Halsema ook in tweede lezing zou worden aanvaard.<sup>46</sup>

#### 4.3 Tweede vooronderstelling: de rechter stelt de juiste vraag op de juiste wijze

Naast het probleem dat de rechtsvraag als een prejudicieel te stellen vraag herkend moet worden, veronderstelt de wetgever voorsnog ook, zonder dat deze daar zeker van kan zijn, dat de feitenrechter in staat zal blijken de juiste rechtsvragen op

41 Vgl. Tjittes/Meijer, *RM Themis* 2009, p. 165.

42 Vgl. daarover bijv. de special van het tijdschrift *Verkeersrecht* van juni 2010.

43 Ik denk ook aan de (door Hartlief in deze bundel ook genoemde) Hangmat-zaak (Rb. Den Bosch 21-1-2009, *NJF* 2009, 105): kan een medebezitter van een opstal ex art. 6:174 BW (een risicoaansprakelijkheid) procederen tegen de andere medebezitter (en echtgenoot) om zo de verzekeraar tot uitkering te dwingen?

44 Voor een overzicht verwijs ik korthedshalve naar I. Giesen, 'De aantrekkingskracht van Loreley. Over de opkomst en ondergang (?) van de "omkeringsregel"', in: T. Hartlief, S.D. Lindenberg (red.), *Tien penneanstreken over personenschade*, Den Haag: Vermande/Sdu 2009, p. 69 e.v.

45 Na HR 22 februari 2008, *RvdW* 2008, 256 en 261, lijkt het iets rustiger te zijn geworden op dat vlak, zie echter A. Kolder, 'De Hoge Raad en de patiëntenkaart: een gemiste kans', *NJB* 2008, p. 1278 e.v.

46 Zie ook de bijdrage van Vranken aan deze bundel.

de juiste wijze aan te brengen en te onderbouwen. Of dat nu al zo is, is nog maar de vraag. Die feitenrechter mist nu nog de ervaring met die vaardigheid en dus zal hij nog moeten leren om op de juiste manier zijn rechtsvraag aan de Hoge Raad voor te leggen. Als dat niet lukt, blijft het aantal rechtsvragen alsnog onder de verwachting. De feitenrechter zal dus moeten 'experimenteren', ervaring opdoen, en leren.<sup>47</sup> Dat leerproces vergt tevens dat de Hoge Raad vervolgens laat weten wat de feitenrechter daarbij goed en fout doet, dat de Hoge Raad dus aangeeft hoe het moet. De Raad zal dus soms 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. Aangezien de procespartijen en hun advocaten inspraak in dit proces hebben, kan ook dat behulpzaam zijn. Uiteraard betekent dit alles dat de aanwas van vragen iets beperkter zal kunnen blijken te zijn dan ik zonet veronderstelde, maar als dit leereffect goed wordt benut, zal het selecteren op kwaliteit slechts een tijdelijke teruggang in de toeloop betekenen.

#### 4.4 Derde vooronderstelling: de rechter is bereid de vraag te stellen

De derde, nog impliciet gebleven vooronderstelling is dat de feitenrechters ook bereid zullen zijn om die rechtsvragen die in breder verband van belang zijn, inderdaad voor te leggen aan de Hoge Raad, en dus niet zelf te beoordelen. Ook dat is echter niet evident, en betreft een kwestie die nader onderzoek en straks een evaluatie zou vergen. Men vraagt dan immers van de feitenrechter om juist in de gevallen waarin er een echt interessante (want maatschappelijke belangrijke en onopgeloste) juridische kwestie aan de orde komt, en het niet 'slechts' gaat om het toepassen van een juridische regel op de eenmaal vastgestelde feiten, niet zelf te gaan studeren, analyseren, beslissen en motiveren maar om dat aan een ander, een hogere instantie in de rechterlijke kolom, over te laten. Juist als het echt leuk wordt voor de rechter, moet deze pas op de plaats maken, terwijl hij ook zelf ongetwijfeld in staat zal zijn om de vraag van een juridisch fatsoenlijk antwoord te voorzien. Of de feitenrechters dat verlies aan autonomie, aan rechtsvormende kracht<sup>48</sup> en het daaraan wellicht ook verbonden verlies aan werkplezier en reputatieverlies, massaal zullen accepteren, valt te bezien.<sup>49</sup> Rechters houden er niet van als er beleid over hen wordt uitgestort,<sup>50</sup> zeker niet als dat beleid hun beslissruimte inperkt; ze koesteren juist graag hun eigen positie en verantwoordelijkheid.

47 Daarbij kunnen we uiteraard leren van de Europese prejudiciële vraagprocedure, vgl. op dit punt Tjittes/Meijer, *RM Themis* 2009, p. 169. Zo moet de rechter bijv. zijn reden van twijfel over de uitleg van het Europese recht melden, zijn redenen voor de vraag aangeven, en de band met de toepasselijke wetgeving schetsen. Ook in Nederland moet straks de vraagsteller onderbouwen waarom hij de vraag stelde en de feiten nauwkeurig formuleren, zie de memorie van toelichting van het concept-wetsvoorstel, p. 14.

48 Köhne 2000, p. 123-124.

49 Dat het doorschuiven van een zaak tijdwinst oplevert, omdat een ander het moeilijke werk doet, kan daartegenover gesteld worden; dat geeft de feitenrechter (meer) tijd voor andere klussen.

50 Zie recent (in een andere context overigens) nog P. Messer-Dinnissen & J. Tromp, 'Bestuurders van en raad voor de rechtspraak: houd het bij raad aan de rechtspraak', *NJB* 2010, p. 1291 e.v.

Bij dit alles schat ik overigens in, maar empirische data om dit te staven heb ik niet, dat de hoven wellicht iets minder genegen zullen zijn om een kwestie naar de Hoge Raad door te schuiven.<sup>51</sup> Zij mogen immers geacht worden (beter nog dan de rechter in eerste aanleg) in staat te zijn en de tijd te hebben om lastige juridische vraagstukken zelf uit te zoeken en te doordenken. Daarnaast is het niet vreemd om van raadsheren eerder te verwachten dat men die lastige vragen ook zelf zal *willen* oplossen, daarvoor is men opgeklimmen naar het niveau van een Hof. De animo om vragen aan de Hoge Raad te stellen zou daarmee wel eens minder dan gedacht kunnen blijken.<sup>52</sup>

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 competenties 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 uiteraard mogelijk, want die boodschap is op zich helder en duidelijk en het achterliggende belang is groot en gerechtvaardigd genoeg om van de feitenrechter een 'offer' te vragen, maar dat vergt wel enig geduld en enige overredingskracht, te meer omdat een rechter de procespartijen op extra kosten jaagt en de oorspronkelijke procedure vertraagt.<sup>53</sup>

Voor die overreding is waarschijnlijk nodig dat de Hoge Raad laat zien, dat past ook bij zijn leiderschapspositie, dat het hier om samenwerking<sup>54</sup> binnen de rechterlijke kolom gaat teneinde samen, ten behoeve van de maatschappij als geheel, verder te komen dan men in zijn eentje zou kunnen geraken. Een 'cassatiefonds' of een voorziening van vergelijkbare strekking, om de kosten van de procespartijen te dekken (en dan niet alleen van procederende minvermogens), zou daarnaast allicht een extra steuntje in de rug geven en dus zeer welkom zijn. Het draagvlak voor de regeling zal onder de feitenrechters naar verwachting immers niet met de enkele aanname van het wetsvoorstel verkregen worden. Dat vereist een investering om draagvlak te creëren en misschien ook om (een deel van) de kosten te dekken, waarmee op tijd gestart zou moeten worden, liever vandaag dan morgen en in elk geval ruim voor het wetsvoorstel wet wordt.

51 Die gedachte sluit aan bij het gegeven dat in Frankrijk de meeste vragen gesteld zijn door rechters in eerste aanleg, zie Tjittes/Meijer, *RM Themis* 2009, p. 165. Uiteraard is het op zichzelf logisch dat in eerste aanleg meer vragen worden gesteld, want daar rijzen die vragen als eerste (als een hof de vraag nog moet stellen, is het misschien al te laat), maar daarbij dient wel bedacht te worden dat de 'meervoudigheid' van de rechtsvraag in kwestie wellicht pas ontdekt wordt als de eerste zaken al bij een hof liggen.

52 Ter vergelijking: de strafvorderlijke regel van art. 14 Sv die het mogelijk maakt dat de strafrechter de vervolging schorst en het oordeel van de civiele rechter afwacht over een geschilpunt van burgerlijk recht – ook een soort prejudiciële aangelegenheid – wordt naar het zich laat aanzien nauwelijks benut omdat de strafrechter bevoegd is de zaak zelf af te doen. Zie nader de bijdrage van Kristen aan deze bundel.

53 Vgl. het NVVR-advies over het concept-wetsvoorstel, p. 4. Om die vertraging te beperken, zal de Hoge Raad ervoor moeten kiezen prejudiciële vragen voorrang te geven, zie nader par. 5.2.

54 F.B. Bakels, 'Aan de vooravond van de derde van Bruinsma', *NJB* 2010, p. 547, en idem, 'Rechtspraak in een veranderende samenleving', *AA* 2010, p. 431.

## 5 De (on)voorzienbare gevolgen van een en ander?

### 5.1 Inleiding

We hebben inmiddels gezien dat het te verwachten en beoogde ruime gebruik van de wet ondermijnd zou kunnen worden door een drietal ten onrechte door de wetgever niet aangevoerde ideeën, doch dat die valkuilen wel te omzeilen zijn. Daar aanbeland, rijst dan nog de kernvraag van deze bijdrage, namelijk welke mogelijk onvoorzienbare consequenties aan het wetsvoorstel verbonden zouden kunnen zijn. In paragraaf 5.2 en 5.3 benoem en onderzoek ik een belangrijk, maar onbedoeld neveneffect, en in paragraaf 5.4 memoreer ik kort nog een tweede, waarschijnlijk wel beoogd en gewenst neveneffect.

### 5.2 Het aanbod aan prejudiciële vragen ruimhartig honoreren vergt een 'agenda'...

Zolang de Hoge Raad niet in staat is zelf die zaken naar zich toe te trekken die er echt toe doen, maar afhankelijk blijft van het 'toeval' dat een procespartij wel de daadkracht en de financiën heeft en kan en wil opbrengen om door te stoten tot aan de Kazernestraat, zullen diverse relevante vragen niet op tijd, maar steeds te laat aan bod komen.<sup>55</sup> Om dat tegen te gaan moet de werkwijze anders. Diverse mogelijkheden dienen zich daarbij aan.

Ten eerste zou de Hoge Raad zelf actief op zoek kunnen naar die kwesties die zijn aandacht vragen en nodig hebben. Daartoe kan een overleg met de afnemers van de producten van de Hoge Raad georganiseerd worden.<sup>56</sup>

Inherent aan het huidige cassatiesysteem is dat de Hoge Raad een individueel geschil beslecht dat hem voorgelegd wordt. De Raad wacht totdat dat geschil zijn burelen bereikt. Daarmee is hij echter even inherent te laat met zijn antwoord, want zoveel jaren verder. Kwesties betreffende de omgang met de omkeringsregel, de Dexia-zaak, etc. zijn bekende voorbeelden. Ons huidige stelsel kan daar niet omheen; sprongcassatie zou wel kunnen helpen maar is afhankelijk van de wil van partijen. De negatieve kanten hiervan zijn in het verleden al afdoende belicht, en de volgende mogelijk slepende zaken doemen alweer op (afwikkeling DSB faillissement;<sup>57</sup> misbruik binnen de katholieke kerk) en dus zou een pleidooi om het roer radicaal om te gooien, wellicht weerklank kunnen vinden. Een eerder, mede door mezelf geïnitieerde optie zou zijn om een overlegstructuur te organi-

55 Zie het nu al klassieke opstel van J.B.M. Vranken, 'Toeval of beleid? Over rechtsvorming door de hoogste rechters', *NJB* 2000, p. 1. e.v.

56 Vgl. het eerder gelanceerde Periodiek Overleg van Rechtsvormers (I. Giesen & H.N. Schelhaas, Samenwerking bij rechtsvorming, *AA* 2006, p. 159 e.v.) waarin rechter, wetgever en wetenschap, evt. ook de advocatuur, samen komen om de rechtsvormingsagenda te bepalen. Zie over de verhouding wetgever/rechter in het post-Hammerstein-tijdperk ook nog M. Adams, 'Toekomstmuziek bij de Hoge Raad: waarom geen jaarverslagen à la française?', *NJB* 2009, p. 1442-1443.

57 Vgl. de speciale procedure die bij de hoven in Amsterdam en Den Bosch wordt geopend om de veelheid van klachten van DSB-klanten in een beperkt aantal proefprocessen ter beoordeling voor te leggen, zie de aankondiging in *NJB* 2010, p. 1511-1512.

seren (al dan niet institutioneel) zodat betrokkenen samen<sup>58</sup> de noden kunnen bepalen en oplossingen kunnen zoeken. Zodoende kunnen de rechtsvormers de problemen actief naar zich toe halen<sup>59</sup> en zelf de instrumenten benutten die nodig en bruikbaar zijn. Daarmee kan eerder worden ingegrepen en gestuurd worden. Zo'n radicale ommezwaai lijkt er voorlopig echter niet in te zitten; de visie van een hoogste rechter die geschillen beslecht, al is dat dan niet als feitenrechter, beklijft en wordt nog steeds wijdverbreid gekoesterd.

De Hoge Raad kan *ten tweede*, en die lijn staat in de huidige discussie en ook hierna centraal, eraan meewerken dat het traject om bij de Hoge Raad te komen, sterk vereenvoudigd (en sterk ingekort) wordt voor die gevallen die ertoe doen, doordat de justitiabele via de feitenrechter alvast zijn juridische vraagstuk kan laten beoordelen door de Hoge Raad.<sup>60</sup> Dit alternatief dient zich uiteraard straks aan via de mogelijkheid van het stellen van prejudiciële vragen, zeker nu het wetsvoorstel dienaangaande is verruimd zoals hiervoor aangegeven. Daarmee komen straks, in theorie en in potentie in elk geval als de besproken valkuilen omzeild kunnen worden,<sup>61</sup> de meest prangende juridische en maatschappelijke vragen wél op tijd bij de Hoge Raad, mits de Raad, als gezegd en hiervoor verdedigd, inderdaad ruimhartig gaat zijn bij de toelating van de vragen en de beantwoording ervan. Het is echter wel verstandig om daarbij te bedenken dat er dus (ook in deze variant) een keuze van de Hoge Raad nodig is, namelijk de keuze om ruimhartig rechtsvragen te beantwoorden, om een ruim 'vragenbeantwoordingsbeleid' te entameren.

Die wat mij betreft noodzakelijke keuze leidt dan echter meteen weer tot andere, evenzeer noodzakelijke keuzemomenten, want 'ruimhartig' is niet gelijk aan, en kan niet gelijk zijn aan, 'alle rechtsvragen'. Er zullen ook rechtsvragen opkomen die niet noodzakelijk beantwoord hoeven te worden of zelfs maar beantwoord kunnen worden, bijvoorbeeld omdat de vragen ('rijp en groen' kan langskomen) niet goed genoeg ('gebrekig') gesteld en/of toegelicht zijn.<sup>62</sup> En als er straks, zoals te hopen is, genoeg vragen worden opgeworpen,<sup>63</sup> zal het ook nodig zijn om de beantwoor-

58 Vgl. de nadruk op samenwerking bij Bakels, *NJB* 2010, p. 547 en AA 2010, p. 431.

59 Waaraan ik dan nog toevoeg dat het wenselijk zou zijn om partijen te laten doorprocederen uit hoofde van een cassatiefonds, vgl. ook Von Schmidt auf Altenstadt 2009, p. 13 (op kosten van de staat); Groen, *Trema* 2008, p. 346, en Hartlief in deze bundel.

60 Het eventueel versneld afdoen van zaken nadat die bij de Hoge Raad aangebracht zijn, biedt onvoldoende soelaas omdat dan in de voorfase (eerste aanleg en vaak hoger beroep) al veel tijd verloren is gegaan.

61 Of dat echt gebeuren gaat, valt te bezien, zie par. 4. Naar het schijnt, krijgt de recent ingestelde Commissie Cassatie in het belang der wet eigenlijk alleen verzoeken daartoe binnen in zaken die er juridisch en/of maatschappelijk gezien minder dan gewenst echt toe doen. Aan de andere kant lijkt het erop dat de nieuwe Wet deelgeschilprocedures, welke een belangrijke rechtsvormende component in zich bergt, wel heel populair gaat worden.

62 Zie ook Kristen in zijn bijdrage aan deze bundel. Vergelijk in dit verband nogmaals het dubbele afwijzingscriterium van art. 393 lid 8 (nieuw) Rv: de vraag leent zich niet voor beantwoording of de vraag is van onvoldoende gewicht om beantwoording te rechtvaardigen, in combinatie met het daarop aansluitende algemene criterium dat de vraag van belang is voor talrijke andere feitelijk vergelijkbare zaken (zoals art. 392 (nieuw) Rv lijkt te gaan luiden).

63 De NVvR geeft in haar reactie (op p. 4) aan dat er een risico bestaat dat de Hoge Raad overspoeld wordt met vragen, hoewel men ook wil laten onderzoeken of de mogelijkheden ruim genoeg zijn (p. 9).

ding van de vragen te 'prioriteren', mede omdat prejudiciële vragen in principe op vrij korte termijn beantwoord zouden moeten worden.

Bijgevolg zal de Hoge Raad onvermijdelijk keuzes moeten (gaan) maken ten aanzien van de vraag welke (soort) rechtsvragen wél en welke (soort) rechtsvragen geen antwoord krijgen. Die keuze, te kwalificeren als een voorzienbaar, maar ongewenst nevengevolg, kan uiteindelijk ook niet steeds 'ad hoc' gemaakt worden; het gelijkheidsbeginsel vergt minstens enige indeling en nadere classificering.<sup>64</sup> Zonder het zo te zullen willen noemen, zal de Hoge Raad daarmee dus onvermijdelijk een 'agenda' of 'uitgangspunten' (of zelfs een 'beleid') moeten ontwikkelen aangaande het type rechtsvragen dat men zal willen bespreken en beantwoorden. Die 'agenda' zal bijvoorbeeld inzicht moeten verschaffen in wat de Hoge Raad beschouwt als zijnde 'van belang voor vergelijkbare zaken', en binnen die categorie zal dan vervolgens ook nog, als de animo groot genoeg is, bepaald moeten worden welke zaken eventueel voorrang krijgen.<sup>65</sup> De Hoge Raad staat dus voor enkele belangrijke keuzes. Bedenk daarbij dat de oplossing om (voor)alsnog geen uitgesproken keuzes te maken, bijvoorbeeld door alles op zijn beloop te laten en te zien hoe het dan loopt, ook een keuze is.

Om de regeling een succes te doen zijn, zal het keuzemenu, die 'agenda', tevens moeten letten op de soms wel en soms wellicht ook niet aanwezige (maatschappelijke) noodzaak om de betreffende rechtsvraag snel te beantwoorden. Zo zal zich de keuze aandienen om prejudiciële vragen wel of niet met voorrang te gaan behandelen, hetgeen onmiskenbaar met zich brengen zal dat de Hoge Raad beleidsbepalingen zal moeten gaan nemen (of wellicht al genomen heeft). Wat mij betreft zijn die keuzes niet al te lastig: prejudiciële vragen krijgen voorrang en worden versneld (binnen zes maanden) afgedaan.

Beleidsmatig moeten beslissen en richting geven,<sup>66</sup> bijvoorbeeld door prioriteiten te stellen, betekent uiteindelijk dat er ook op een net iets abstracter niveau over de koers van de eigen rechtspraak zal moeten worden nagedacht, bijvoorbeeld als het gaat over de vraag op grond van welke criteria welke soorten rechtsvragen al dan niet voorrang krijgen. De Hoge Raad kan dan niet langer, zoals nu nog veelal het geval is, enkel en alleen kijken naar de individuele zaak zoals die aan hem voorgelegd is en die zaak vervolgens (op volgorde van binnenkomst) afwikkelen; die individuele zaken staan op een hoger aggregatieniveau met elkaar in verbinding (wat doen we wanneer en hoe snel?). Bovendien, rechtsvragen die voorgelegd zouden moeten worden, moeten misschien wel (of niet, maar dat is dan ook weer een keuze) 'uitgelokt' worden. Zodoende wordt het een stuk lastiger om vol te houden dat de Hoge Raad louter en alleen in concreto individuele juridische geschillen afwikkelt.

64 Ook op Europees niveau is men uiteindelijk tot een meer algemene lijn gekomen over de vraag wanneer de rechter wel of niet gehouden is een prejudiciële vraag te stellen en waaraan een vraag moet voldoen, vgl. Eijsbouts e.a. 2007, p. 288 e.v.

65 De kwestie van welke soorten vragen voorrang krijgen speelt uiteraard minder als de selectie aan de poort zodanig goed gaat werken dat de Hoge Raad tijd genoeg overhoudt om in zeer ruime mate prejudiciële vragen te behandelen. Ook dat is dan echter een gevolg van een keuze die de Raad zal moeten maken.

66 Dat vergt ook de wetgever expliciet, zie p. 17 van de memorie van toelichting bij het concept-wetsvoorstel Versterking Cassatierechtspraak.

Een dergelijk meer beleidsmatig opereren – het is onvermijdelijk om termen als ‘beleid’ of ‘agenda’<sup>67</sup> in de mond te nemen – is mijns inziens ook nodig, en in elk geval wenselijk, omdat de feitenrechters moeten leren en weten wanneer ze wel en niet ‘de mogelijkheid hebben’ (om niet te zeggen: ‘geacht worden’) een prejudiciële vraag te stellen, ambtshalve dan wel op eenzijdig of gezamenlijk verzoek van de procespartijen. De Hoge Raad kan hier niet anders dan zijn leidersrol oppakken en deze nader invullen door de feitenrechters te voorzien van duiding, van ‘richtlijnen’, althans ‘suggesties’ daaromtrent.<sup>68</sup> De Nederlandse rechtspleging kan het zich niet veroorloven om hierover op landelijke schaal onevenwichtigheden of ongelijkheden te laten ontstaan of voortbestaan.

Overzie ik het voorgaande, dan kan vastgesteld worden dat straks onmiskenbaar beleidsmatig te bepalen keuzes op de voorgrond komen te staan, dat er moet worden nagedacht over welke soort zaak eventueel voorrang krijgt op welke andere,<sup>69</sup> en komt ook de vraag op hoe de juiste rechtsvragen inderdaad tijdig binnen kunnen komen en tijdig beantwoord kunnen worden. Wat daartoe nodig is, is een meer overkoepelende visie op hoe de hoogste rechtspraak in zijn diverse facetten (opnieuw) moet worden ingericht.

### 5.3 ... en leidt tot een nieuw soort zaken voor de Hoge Raad

Er is echter meer. Want met de mogelijkheid om prejudiciële vragen te stellen, komt namelijk een ander soort zaak in beeld voor (wat nu toch nog vooral) de cassatierechter (is): het betreft pure rechtsvragen, dat is op zich niet nieuw, die in principe losgeweekt zijn van de feiten van een individueel geschil, en dat is wel nieuw.<sup>70</sup> Te dien aanzien is nodig dat de Hoge Raad voor zichzelf een koers bepaalt betreffende zijn inhoudelijke omgang met dit type zaken. Hoe pakken de raadsheeren straks die prejudiciële vragen aan, die zaken die puur om de rechtsvraag draaien, zaken ook waarvan de feiten óf er niet toe doen óf nog onvoldoende tot wasdom zijn gekomen? Dat zijn de dossiers die niet, althans minder goed, passen in het tot nu toe bekende stramien van het (in beginsel) finaal afronden van een individueel geschil in hoogste instantie. Het toelatingscriterium voor deze nieuwe soort zaken is immers juist dat de rechtsvraag die voorgelegd wordt, breder is, ruimer en vaker speelt dan dat ene specifieke geval. Daarmee is het specifieke geschil en dus de individuele geschilbeslechting in dit soort prejudiciële zaken van een andere orde dan in ‘reguliere’, wel uitgedeede cassatiezaken.<sup>71</sup> Dat geeft aanleiding tot een minder op de feiten toegesneden, abstractere, meer op beleids-

67 Hoewel de Hoge Raad niet nalaat te benadrukken dat men in zijn algemeenheid geen agenda heeft, vgl. nog A. Hammerstein, ‘De Hoge Raad ondersteboven’, *NJB* 2010, p. 551.

68 Dat is op Europees niveau ook zo gegaan, vgl. de ontwikkeling van het instrument van prejudiciële vragen zoals beschreven bij Bijsbouts e.a. 2007, p. 288 e.v.

69 Dat is m.i. overigens ook de kern van het ‘verliezen we niet aan rechtsbescherming?’-debat zoals dat gevoerd is en wordt.

70 Zie ook Köhne 2000, p. 119-120, en p. 121-122, alwaar hij dit punt ook nuanceert. Men zorgt er voor dat er wel feitelijke informatie beschikbaar is omdat dat ook voor de rechtsvorming gewenst is.

71 Vgl. ook Köhne 2000, p. 119-120.



matige argumenten ingestoken motivering.<sup>72</sup> Dit alles leidt er naar mijn mening onvermijdelijk toe dat veel meer dan heden ten dage vanuit een *macroperspectief* naar in elk geval deze prejudiciële zaken en naar (de organisatie en werkwijze van) onze hoogste rechtspraak gekeken worden zal.<sup>73</sup>

Ik ben daar niet tegen, sterker nog, ik ben zelfs een sterk voorstander van het hanteren van dat minder op de individuele zaak gerichte perspectief,<sup>74</sup> maar het is een omschakeling die de Hoge Raad zelf waarschijnlijk als een niet beoogd, onbedoeld en ongewenst neveneffect zal beschouwen. Immers, men zou kunnen stellen dat er zodoende twee soorten rechtspraak in hoogste instantie gaan ontstaan, en dus twee varianten van de Hoge Raad, en dus eigenlijk – hoewel dat sterk is aangezet – *twee Hoogste Raden*.

Dit neveneffect zal aan de Kazernestraat bovendien ongewenst worden bevonden, zo schat ik in, omdat deze ontwikkeling in elk geval in potentie de deur op een kier zet om ook de reguliere, niet-prejudiciële rechtspraak meer en meer (mede) vanuit een abstracte beoordeling, vanuit het geschetste maatschappelijke, bredere perspectief te gaan aan- en beschouwen.<sup>75</sup> Zoals een kerktoeren in de polder een bakken vormt om de weg te kunnen vinden, zo zou de prejudiciële rechtspraak van de Hoge Raad een bakken voor de reguliere cassatierechtspraak kunnen worden, en misschien zelfs de overhand kunnen krijgen. Daar is de Raad allicht (nog) niet van gediend. Het beeld van het paard van Troje dat met het wetsvoorstel inzake prejudiciële vragen ‘binnengefeest’ wordt, komt dan op het netvlies, met dien verstande dan uiteraard dat het hier de Hoge Raad zelf is geweest die dat paard ontworpen heeft. Bovendien zal straks de selectie aan de poort allicht hetzelfde effect sorteren,<sup>76</sup> zodat beide nieuwe onderstromen elkaar gaan versterken.

Hoogste rechtspraak die steeds meer vanuit een *macroperspectief*, vanuit een overkoepelende visie over welke soorten zaken wel of niet geprioriteerd worden,

72 Dat dit soort prejudiciële zaken ‘losser’ komen te staan van de onderliggende feiten van het geschil, geldt zelfs als in de zaak die tot de vraag aanleiding geeft, de feiten glashelder liggen. Immers, al die andere feitelijke vergelijkbare zaken waarvoor het antwoord op de vraag ook relevant is, zijn niet feitelijk uitgekristalliseerd.

73 Vgl. Vranken, *NJB* 2009, m.n. p. 1085-1087, die in dit verband over ‘rechtsvraaggerelateerde’ rechtspraak spreekt, welke tot meer aandacht voor ‘belangen, beginselen en policyoverwegingen’ zal leiden.

74 Vgl. I. Giesen, ‘Golvende rechtsontwikkeling’, *AV&S* 2006, p. 1; Giesen/Schelhaas, *AA* 2006, m.n. p. 164 en p. 171. Het is ook dit *macroperspectief* dat uiteindelijk de rechtvaardiging biedt om in de toevallige zaak in eerste aanleg die leidt tot een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad tot een vertraagde procedure (zie E.H. Hondius, ‘*Roma locuta, causa non finita*. Over het zwijgen van de Hoge Raad’, in: A.G. Castermans (e.a.) (red.), *Het zwijgen van de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2009, p. 22) te komen; men ondergaat dit voor ‘het grotere goed’, om de rechtsontwikkeling te helpen. Overigens staat er voor het individuele geval tegenover dat men meteen een uitspraak op niveau heeft zodat na het definitieve vonnis van de feitenrechter geen hoger beroep of cassatie meer nodig is. Dat biedt ook kansen op tijdwinst.

75 Köhne 2000, p. 121, noot 364, wijst erop dat de Hoge Raad dit inderdaad een bezwaar vond, in elk geval nog ruim tien jaar geleden. Hij deelt dat bezwaar omdat bij hem rechtsvorming aan een individuele casus verbonden is (zie p. 105 e.v., p. 129-130, en p. 243-244: niet de ideale procedure voor rechtsvorming), een uitgangspunt dat ik niet deel.

76 Ik kan dat punt hier niet nader uitwerken maar kort gezegd komt die gedachte hierop neer dat selectie het gebruiken van criteria voor die selectie vergt, hoe hard de Hoge Raad dat ook blijft ontkennen, en met dergelijke criteria komt onvermijdelijk ook beleid om de hoek kijken, en met het (moeten maken van) beleid komt het *macroperspectief* in beeld.

en steeds losser van het individueel af te wikkelen geval (geschilbeslechting op microniveau) is ingericht, rammelt daarmee aan de poorten van het Haagse bastion dat vooralsnog deze geschilbeslechting op microniveau hoog in het vaandel voert. En dat is schrikken.

De relevantie van een en ander is hierin gelegen dat we daarmee al gauw (kunnen) spreken over hoogste rechtspraak die ook de ruimte neemt en krijgt om allerlei andere (nu nog) netelige kwesties te incorporeren, zoals explicieter werk maken van terugwerkende kracht van de eigen rechtspraak,<sup>77</sup> vooruit kijken naar toekomstige rechtsvragen en daarop anticiperen, vaker omgaan, doch ook (en dat is wezenlijk) het veel sterker en openlijker dan tot nu toe gebeurt, beleidsmatig argumenteren over de inhoudelijke kanten van de voorliggende zaak.<sup>78</sup> Ook spreken we dan over een hoogste rechter die vanuit dit macroperspectief kan en moet gaan nadenken over meer op de vorm gerichte kwesties als het wel of niet gebruiken van ‘concurring’ en ‘dissenting opinions’ en van ambtshalve cassatie.<sup>79</sup> Dat alles is wat mij betreft niet onverstandig, sterker nog, juist zeer goed, want juridisch leiderschap<sup>80</sup> tentoonspreiden, vergt vooruit kijken, maar ik durf niet met droge ogen te beweren dat de Hoge Raad nu al staat te springen om meteen al zoveel leiderschap uit te mogen oefenen. Wellicht wil men liever nog even wachten tot 2025...

#### 5.4 Een tweede beoogd, maar potentieel bedrieglijk neveneffect

Alvorens tot een afronding van deze bijdrage te komen, is het goed om nog kort op een ander, ditmaal ogenschijnlijk beoogd maar ook enigszins bedrieglijk neveneffect van de nieuwe regeling te wijzen. Dat effect versterkt namelijk dat wat ik hiervoor al betoogde. Dat zit als volgt.

Via art. 393 lid 2 (ontwerp) Rv wordt het mogelijk dat anderen dan partijen schriftelijke opmerkingen kunnen maken over een (mogelijke beantwoording van een) prejudiciële vraag. Dat is zo geregeld, omdat de Hoge Raad een zo compleet mogelijk beeld moet en wil (kunnen) krijgen van de betreffende materie. Daarbij kan input van externen handig zijn. Bovendien hebben externen, derden, ook belang

77 Ik noem hier slechts O.A. Haazen, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht*, diss. Tilburg 2001.

78 Dat laatste is beter mogelijk in een prejudiciële vraagprocedure omdat de feiten daar minder leidend zullen zijn; er is een rechtsvraag die in abstracte termen geformuleerd is voorgelegd, en die vraag verdient – in abstracto – een antwoord.

79 Vgl. M.A. Loth, ‘Beslissen te beslissen, hoe de Hoge Raad zijn agenda bepaalt’, in: A.G. Castermans (e.a.) (red.), *Het zwijgen van de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2009, p. 16. Vgl. ook diens eerder gememoreerde scenario-denken (Loth 2009). Vgl. over de moderniseringsmogelijkheden die zich in het huidige debat over de taak van de Hoge Raad aandienen ook J. Brinkhof, *De Europese uitdaging voor rechtspraak, rechtswetenschap en onderwijs*, Afscheidsrede UU, 2010 (in druk), p. 16-18, en bijv. E.J. Numann, ‘Vernietigen aan de poort’, in: J.F. de Groot & H.M. Slaghekke (red.), *Frank en Vrij. Thunissen-bundel*, Den Haag: IBR 2009, p. 3 e.v.

80 Daarover al J.M. Barendrecht, *De Hoge Raad op de hei*, Zwolle: Tjeenk Willink 1998; Barendrecht, *NJB* 2009, p. 1332 e.v., en N.J.H. Huls, ‘Rechterlijk leiderschap, ontwikkelingen sinds 1988’, in: N.J.H. Huls (red.), *Versterking van de cassatierechtspraak door de Hoge Raad*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 11 e.v. Dat de Hoge Raad graag gezag heeft, in de goede betekenis van het woord, lezen we bij Hammerstein, *NJB* 2010, p. 552; Volgens F. Bruinsma, ‘Het rapport Hammerstein: de vlucht naar voren van de Hoge Raad’, *NJB* 2009, p. 2553, ontbreekt het de Hoge Raad daaraan.

bij het antwoord en de fundering daarvan omdat het antwoord op een prejudiciële vraag zich doet voelen in (en een precedent schept voor) meerdere, andere, feitelijke vergelijkbare zaken (het moet immers een kwestie betreffen die vaker speelt).<sup>81</sup> Bovendien, omdat de zaken waarin de prejudiciële vraag gesteld wordt, wellicht feitelijk nog niet geheel voldragen zijn – een probleem dat vaak aangevoerd wordt – kon de wetgever er eigenlijk ook niet omheen om dan maar meteen een mogelijkheid te creëren om dat aspect het hoofd te bieden. Dus is erin voorzien dat informatievoorziening door derden los kan komen. Het is, kortom, nodig voor het op fatsoenlijke wijze kunnen afwikkelen van de prejudiciële procedure dat alle mogelijke informatie (o.a. over de maatschappelijke context waarin de vraag gesteld is) boven tafel kan komen.

Hoewel dus voorzien is, en gewenst werd,<sup>82</sup> dat derden kunnen meewerken aan de beantwoording van prejudiciële vragen, is allicht minder voorzien dat ook dit ‘nieuwigheidje’<sup>83</sup> doorwerkt op het punt dat ik hiervoor maakte, namelijk dat er langzaam aan twee soorten zaken bij de Hoge Raad terecht gaan komen en dat er meer en vaker vanuit macroperspectief (zal) moet(en) worden geoordeeld. Laat ik dat kort toelichten.

De Hoge Raad haalt straks de benodigde (bijvoorbeeld) empirische of sociologische informatie binnen door een actief *amicus curiae* beleid te gaan voeren. Dat beleid zal (welhaast moeten) bestaan uit het vrij ruimhartig openstellen – of ten minste het ruimhartig uitnodigen om gebruik te maken – van de mogelijkheid om te reageren op lopende prejudiciële zaken en uit het zelf specifiek aanzoeken van deskundigheid. Men heeft immers die informatie nodig. Informatie kan zo via de partijen (via een comparitie wellicht), eventueel via de lagere rechter (vgl. art 83 RO) of buiten de partijen om (doch conform hoor en wederhoor, zie art. 393 lid 4 (ontwerp) Rv) worden ingewonnen en verkregen.<sup>84</sup> Gezien de aard van de gezochte informatie (empirisch materiaal bijvoorbeeld) en de eigen deskundigheid (juridische expertise is er op zichzelf genoeg in huis) zullen die ‘amici’ straks heus niet alleen juristen zijn. Daarmee is straks de verkregen en verkrijgbare informatie ook niet strikt juridisch, doch breder van aard, en daarmee vooral ook op een meer abstracter niveau, meer beleidsmatig bruikbaar, zodat ook het instrument van de ‘amicus curiae’ uitnodigt tot een bredere, meer beleidsmatige, op beleidsargumenten gerichte wijze van rechtspreken.<sup>85</sup> Macro-informatie leidt tot macrorechtsvor-

81 Over dit alles ook de memorie van toelichting bij het concept-wetsvoorstel, op p. 16-17.

82 De Hoge Raad laat op dit punt (terecht) een open cultuur zien (vgl. T. Camps, ‘De Hoge Raad (over vorm en inhoud)’, in: N.J.H. Huls (red.), *Versterking van de cassatierechtspraak door de Hoge Raad*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 35.

83 Dit is overigens een ‘nieuwteje’ dat de warme instemming van de Hoge Raad lijkt te hebben. In het kader van een vordering tot cassatie in het belang der wet werd in HR 29 juni 2007, *RvdW* 2007, 630, al toegestaan dat twee cassatieadvocaten hun licht lieten schijnen op de zaak, vgl. Giesen, *WPNR* 6722 (2007), p. 737-738. Het is tevens de bedoeling dat het bij een cassatie in het belang der wet mogelijk wordt voor derden om te reageren op de zaak die voorgedragen wordt, vgl. Vranken, *NJB* 2009, p. 1090. Ook het wetboek kent al de inbreng door niet-procespartijen of ‘amicus curiae’, zie art. 44a Rv, zoals recent toegepast in *VznR*. Rb. Amsterdam 3-12-2009, *LJN* BK6496.

84 Het daadwerkelijk verstrekken van gegevens wordt dan ook een verantwoordelijkheid voor die partijen die de informatie onder zich hebben, vgl. Giesen, *AV&S* 2008, p. 111.

85 Vgl. Vranken, *NJB* 2009, m.n. p. 1088 en p. 1092.

ming en minder tot microgeschilbeslechting. Daarmee zijn we weer terug bij waar we hiervoor in paragraaf 5.2 en 5.3 al beland waren.

## 6 Afronding

Of de mogelijkheid om prejudiciële vragen te gaan stellen straks een juridische hit wordt, is lastig te voorspellen maar ik verwacht dat wel. De regeling biedt de procespartijen en (meer indirect) de maatschappij immers de kans om versneld of zelfs vroegtijdig antwoord te krijgen op prangende vragen van precies dat instituut van wie je een antwoord wilt krijgen, de hoogste rechter. Ik meen dan ook dat het tot de taak van de feitenrechter hoort om, zodra dat kan, inderdaad prejudiciële vragen gaan stellen, en dan niet om van de zaak af te zijn, maar om zijn maatschappelijke functie gestand te doen. Die aanpak biedt de justitiabele op korte termijn<sup>86</sup> helderheid over zijn juridische positie en de rechtspraak, zowel de initiatiefnemende feitenrechter als de antwoordende Hoge Raad, de kans om zich van zijn maatschappelijk verantwoorde kant te laten zien.

Een wellicht voor velen ongewenst neveneffect van dit alles zou echter wel eens kunnen zijn dat de Hoge Raad meer dan hem lief is, overkoepelende visies moet gaan ontwikkelen over hoe met verschillende typen zaken moet worden omgesprongen, en daartoe een beleid of een agenda moet gaan vaststellen. Het in individuele gevallen bieden van rechtsbescherming, rechtseenheid en rechtsvorming zal dan wellicht – en waarschijnlijk slechts stapje voor stapje, maar toch – te maken krijgen met overwegingen over de eigen taakopvatting die zich op een abstracter niveau begeven en die gepaard gaan met een vorm van argumentatie in toekomstige (cassatie)zaken die meer en meer ‘policy’-georiënteerd zal zijn. Het worden, kortom, mooie tijden, tussen nu en 2025.

---

86 Uiteraard zorgt de prejudiciële vraag voor een vertraging van de eigenlijke zaak (Hondius 2009, p. 22) maar veelal zal vervolgens hoger beroep en cassatie achterwege kunnen blijven, zie ook Köhne 2000, p. 120 (doch niet zo op p. 224). Köhne is overigens geen voorstander van prejudiciële vragen, vgl. p. 125.