

## 8 Rechtsvorming naar analogie

Analoge toepassing van een leerstuk is naar zijn aard een hachelijk avontuur, omdat analoge interpretatie betekent dat ongelijke monniken gelijke kappen krijgen opgezet. Daardoor past een stichtelijke vermaning tot terughoudendheid in geval van analoge interpretatie. Die vermaning krijgt echter meer gewicht indien vervolgens ook onduidelijk is wat men nu naar analogie dient toe te passen.

De eerste vermaning gold vooral voor *Nebula*, omdat de Hoge Raad in dat arrest met geen woord over iets anders dan het gebruik van 'zaken' sprak. Dat brengt met zich dat het überhaupt de vraag is of de *Nebula*-leer wel naar IE-licenties geëxtrapoleerd kan of dient te worden. De nuchtere constatering dat de Hoge Raad in *Nebula* steeds over 'zaken' sprak omdat die procedure daar nu eenmaal overging, doet die vermaning tot terughoudendheid echter al aan belang inboeten. Wanneer men volgens de motivering van *Nebula* leest dan dringt zich met name vraag op waar de (relevante) verschillen zouden zitten als men de motivering van *Nebula* inzake economische eigendom en faillissementsrechtelijke beginselen loslaat op licenties inzake immateriële voorwerpen in plaats van gebruiksrechten van ontroerende zaken.

De tweede vermaning – dat analogie met name gevaarlijk is als onduidelijk is wat men dan zou moeten toepassen – geldt met name voor *Berzonia*. Daar wreekt zich dat *Berzonia* – in tegenstelling tot *Nebula* – eigenlijk niet gemotiveerd is. Daarmee is onduidelijk waar de beslissing vandaan komt en dat maakt het voortspellen van waar het vervolgens naar toe zal gaan 'er niet makkelijker op'.

Daargelaten dat de uitkomst van *Berzonia* in mijn persoonlijke kraam prima te pas komt – en ik dus geen kwaad woord over de Hoge Raad wil horen – is de constatering dat de Hoge Raad zijn rechtsvormende taak in *Berzonia* verzaakt heeft niet te vermelden. Daarbij past regelmatig ook de constatering dat de beste stuurlijn altijd aan wal staan. Voor rechtsvorming is vereist dat alle deelnemers aan het rechtsvormingspel – Hoge Raad, annotatoren en juridische auteurs – een beetje rolvast zijn. Dan blijft het altijd nog een proces van vallen en opstaan, maar kunnen we 'stappen maken'.

Wat we echter niet kunnen gebruiken is dat de door de wetgever als orakel aangewezene vrijwilliger – de Hoge Raad, dus – daadwerkelijk orakeltaal gaat gebruiken. Dat lijkt me een duidelijke rechtsvormingsles van het *Berzonia*-arrest.

## Rechtsvorming door prejudiciële vragen aan de Hoge Raad: een tussenstand

Ivo Giesen & Marlou Overheul\*

Sinds 1 juli 2012 kan de civiele feitenrechter gedurende een procedure een prejudiciële vraag voorleggen aan de Hoge Raad, om vervolgens, na beantwoording van die vraag, de onderliggende procedure verder af te kunnen ronden. De regeling heeft als doel een bijdrage te leveren aan de (tijdelijke) rechtsvorming door de civiele kamer van de Hoge Raad. In deze bijdrage wordt deze regeling geëvalueerd en maken wij tijdens de balans op: bereikt de wet haar doel?

### 1 Aanleiding en vraagstelling

Sinds 1 juli 2012, toen de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad van kracht werd, is het mogelijk dat de civiele (feiten)rechter in de loop van een bij hem aanhangige procedure een vraag voorlegt aan de Hoge Raad, om vervolgens, na beantwoording van die vraag, de onderliggende procedure verder af te kunnen wikkelen. Ten tijde van het schrijven van deze bijdrage is deze wet derhalve bijna drie jaar in bedrijf en ook al een aantal maal benut; per 1 juni 2015 stond de teller op 16 afgehandelde vragen aan de Hoge Raad.<sup>1</sup> De regeling is mede bedoeld, zoals wij nog zullen zien, om een bijdrage te leveren aan de rechtsvorming door de civiele kamer van de Hoge Raad, zodat het voor de hand ligt om binnen de Rode Draad 'Rechtsvorming door de Hoge Raad' te trachten tot een tussentijdse en dus voorlopige evaluatie van deze wetgeving te komen. Wij zullen dus de balans opmaken na (krap) drie jaar prejudiciële vragen aan de Hoge Raad. Hoe functioneert deze regeling? Wat is te zeggen over de mate waarin de regeling benut wordt, is dat eigenlijk vaak? Wat valt daarbij op, gegeven het door de wet geboden instrumentarium? Levert dat gebruik dan ook wat op als het om rechtsvorming gaat, en zo ja, wat dan?<sup>2</sup>

\* Prof.mr. I. Giesen is hoogleraar privaatrecht bij het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Utrecht, onderzoeker bij het Montaigne Centrum voor Rechtspleging en Conflictoplossing en onderzoeker/programmameder bij het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (Ucall). Hij is contacthoogleraar voor Ars Aequi namens de UU. A.M. Overheul is bachelorstudent aan de Universiteit Utrecht, student-assistent bij het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, en redacteur van dit blad. Met dank aan Elbert de Jong (Ucall) en François Kristen (Ucall) voor hun opmerkingen bij een eerdere versie van onze tekst.

1 Zie nader par. 2.4. Met de nadien nog verschenen vragen aan en antwoorden van de Hoge Raad kon in deze bijdrage geen rekening meer worden gehouden.

2 Het belang van het opmaken van deze 'balans' schuilt mede hierin dat een motie van Dijkhoff (VVD) en Van Nispen (SP) is ingediend over uitbreiding van de wettelijke regeling naar het strafrecht, zie *Kamersstukken II 2014/15, 34000 VI, 29*. Een dergelijke uitbreiding ligt immers niet direct voor de hand als de civielrechtelijke regeling niet zou voldoen.

Als conform ons zelfgekozen doel 'de balans' moet worden opgemaakt, als een regeling dient te worden geëvalueerd, dient echter wel tevoren een maatstaf voor die beoordeling te worden afgesproken. Zo'n evaluatie kan immers alleen geschieden ten opzichte van een bepaalde toetsingsmaatstaf; de getoetste regeling moet 'ergens' tegen worden afgezet. Een dergelijke maatstaf is hier lastig te bepalen (kiezen), omdat de beoogde doelen van de regeling (o.a. 'rechtvorming' en 'rechtseenheid') inherent breed (vaag) en daarmee lastig nader te kwalificeren, laat staan te kwantificeren, zijn. Het is niet eenvoudig om op objectieve wijze hard te maken wanneer er bijvoorbeeld sprake is van enigerlei mate van rechtsvorming, of om te kunnen zeggen dat de rechtseenheid gediend is. Gezien die complexiteit beperken wij ons hier tot een inventarisatie van de mate en manier van gebruik van de wettelijke regeling tot nu toe, en tot een op de juridische inhoud van de gegeven antwoorden gebaseerd oordeel over de rechtsvormende *output* van de antwoorden van de Hoge Raad. Leitend daarbij is het 'criterium' van de commissie-Hammerstein, die aan de wieg stond van de wettelijke regeling: komen met deze regeling zaken wel en tijdig bij de Hoge Raad, welke er anders niet of te laat zouden komen?<sup>3</sup> Maar alvorens wij tot die evaluatie overgaan (par. 3), bespreken we eerst de wettelijke regeling (par. 2).<sup>4</sup>

## 2 Een schets van de (achtergronden en het gebruik van de) wettelijke regeling

### 2.1 Introductie

Wij bespreken hierna op hoofdlijnen (par. 2.3) de wettelijke regeling, en daarbij ook de historische context (par. 2.2), de beoogde doelen (par. 2.4) en het daadwerkelijke gebruik ervan tot nu toe (par. 2.5), want meer gedetailleerde besprekingen van de wet

3 Vgl. Commissie normstellende rol Hoge Raad, *Versterking van de cassatierchtspraak*, Den Haag: 2008, aangeboden aan de Tweede Kamer via *Kamerstukken II 2007/08, 29279, 69* (hierna: Rapport Hammerstein), p. 4, die aldus stelt: 'Daarnaast is de commissie van oordeel dat met name voor de civiele kamer overweging verdient om de mogelijkheid van het stellen van prejudiciële vragen door de feitenrechter nader te onderzoeken. Ook langs die weg zouden vragen die thans niet of niet tijdig bij de Hoge Raad komen, in cassatie aan de orde kunnen worden gesteld.'

4 In dit artikel is gebruik gemaakt van en voortgebouwd op eerder eigen onderzoek over deze regeling, zie met name S.S. van Kampen & I. Giesen, 'Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, valkuilen voor de Hoge Raad', TCR 2013, afl. 1, p. 1-16, en I. Giesen, 'Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad: onbedoelde neveneffecten op de positie en taak van de Hoge Raad', in: A.M. Hol, I. Giesen & F.G.H. Kristen (red.), *De Hoge Raad in 2025*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 51 e.v. Over de Romeinsrechtelijke wortels van het concept, en het Europeesrechtelijke hedendaagse equivalent, zie recent E.S. Daalder & R. de Graaff, 'Rome, Luxemburg, Den Haag: de prejudiciële procedure als rechtsvormend instrument', AA 2015, p. 324-332 (AA20150324).

zijn reeds eerder geschreven.<sup>5</sup> De kern is dat de 'Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad' het voor de feitenrechter (rechtbank en hof) mogelijk maakt om lopende een civiele procedure en alvorens uitspraak te doen, prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad, in het geval van massaschadeclaims en van talrijke andere uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen (zie art. 392 lid 1 Rv). De wet creëert daarmee de mogelijkheid om al vroeg in een gerechtelijke procedure het antwoord op een prangende rechtsvraag te krijgen, in gevallen waarin de maatschappelijke behoefte aan een richtinggevende uitspraak van de Hoge Raad groot is.

### 2.2 De historische context van de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad

De regeling kwam natuurlijk niet uit de lucht vallen, maar heeft een (korte) voor-geschiedenis (zie kader). In februari 2008 verscheen het rapport van de Commissie normstellende rol Hoge Raad<sup>6</sup> (ook wel: commissie-Hammerstein), die tot doel had te onderzoeken of het huidige Nederlandse cassatiestelsel nog goed functioneerde en om oplossingen te adviseren. De noodzaak daartoe lag hierin dat de Hoge Raad onvoldoende aan zijn rechtsvormende taak zou toekomen, vooral door de groeiende werklust. Na een analyse van de knelpunten bij het uitvoeren van deze rechtsvormende taak (verwerking van toenemende instroom; flink aantal zaken hoort niet bij de Hoge Raad thuis; sommige zaken verlangen spoedige afdoening, andere juist niet; voor de civiele kamer is verdere specialisatie geen optie; zaken die rechtsvorming behoeven, blijken de Hoge Raad niet te bereiken; soms ontbreekt noodzakelijke informatie voor een betekenisvolle beslissing<sup>7</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-onvankelijk te kunnen verklaren.<sup>8</sup> Om de meer belangrijke zaken ook daadwerkelijk te kunnen beslissen, wil men verder het instituut van de cassatie in het belang der wet meer

5 Zie bijv. 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.; 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.

6 Rapport Hammerstein.

7 Rapport Hammerstein, p. 26.

8 Selectie vooraf dus, door een selectiekamer, en niet meer trichter, zoals nu via art. 81 RO. Zie ook de civielrechtelijke bijdragen van Asser en van Keirse over selectie voor/aan de poort in Hol, Giesen & Kristen 2011.

steunen.<sup>14</sup> Vanuit de Hoge Raad zelf werd benadrukt dat de noodzaak tot hervorming algemeen gedeeld wordt.<sup>15</sup>

Ten aanzien van de al genoemde, hier centraal staande mogelijkheid om prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen, heeft de minister indertijd verder niet gearzeld, geen nader onderzoek gelast, maar meteen een wetsvoorstel gemaakt en dat spoedig ingevoerd. De wet 'Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad' (art. 392-394 Rv), geïnroduceerd per 1 juli 2012, voorziet aldus in de mogelijkheid voor lagere rechters, zowel rechtbanken als gerechtshoven, om in civiele zaken belangrijke rechtsvragen aan de Hoge Raad voor te leggen alvorens zelf in de betreffende zaak een uitspraak te doen (zie art. 392 Rv). De aanleiding daarvoor was de constatering in het rapport van de commissie-Hammerstein,<sup>16</sup> dat het nodig was om te voorkomen dat zaken die rechtsvragen behelzen welke vanuit maatschappelijk oogpunt snel een antwoord behoeven, niet tijdig de Hoge Raad bereiken. Het probleem van 'hiaten' in het zaaanbod van de Hoge Raad,<sup>17</sup> waarbij de *Dexia*-affaire steeds als het meest sprekende voorbeeld van stal werd gehaald,<sup>18</sup> ontstaat bijvoorbeeld doordat partijen niet de tijd hebben om te (kunnen) wachten op een uitspraak van 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 de prejudiciële procedure is dan ook dat de belangrijke juridische (en maatschappelijke) kwesties wél tijdig bij de Hoge Raad (kunnen) komen, en het liefst zo vroeg mogelijk en wel zo dat de feitenrechter meteen het oordeel van de Hoge Raad mee kan nemen bij diens beslissing over de zaak. Dat bevordert de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid, en overigens ook de rechtszekerheid.

### 2.3 Een aantal hoofdpunten uit de wettelijke regeling

Gegeven dit vertrekpunt heeft de wetgever gekozen voor introductie van de mogelijkheid van het stellen van prejudiciële vragen door de feitenrechter in brede zin, en niet enkel, zoals in eerste instantie bedacht was, voor gevallen van massavorderin-

14 Zie bijv. W.H. van Boom, *Handhaving van het consumentenrecht. Prejudies VBR*, Deventer: Kluwer 2010, p. 166; de Hoge Raad moet het eerste, niet het laatste woord hebben, en van voordien al 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', *AVdS* 2008, p. 111.

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

16 Zie het Rapport Hammerstein, p. 23-24.

17 Zie Linddijer 2009, p. 297.

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

gaan benutten.<sup>9</sup> Bovendien werd de mogelijkheid van prejudiciële vragen van lagere rechters aan de Hoge Raad genoemd, op dat moment nog als een optie die nader onderzoek zou vergen.<sup>10</sup>

Het rapport heeft de nodige pennen in beweging gebracht en tot diverse congressen en seminars geleid.<sup>11</sup> De algemene lijn daaruit, vanuit de civielrechtelijke hoek,<sup>12</sup> is dat men kritisch maar vanuit een welwillende grondhouding mee wilde denken of, iets neutraler, de zaak nog even aan wilde zien.<sup>13</sup> Andere onderzoekers waren meteen enthousiaster en spraken over een uitstekend initiatief dat ze graag zouden onder-

9 Zo ook I. Giesen, 'Onderzoekende arbiter wraken?', *WPNR* 6722 (2007), p. 735 e.v. Kort daarop werd er ook een oproep gedaan om zaken voor te dragen aan de commissie die de cassatie in het belang der wet onder zijn hoede heeft genomen, zie de aankondiging in *NJB* 2009, p. 1314. Zie ook de civielrechtelijke bijdragen van Hartlief (p. 191 e.v.) en van Van der Wiel (p. 207 e.v.) over cassatie in het belang der wet in Hol, Giesen & Kristen 2011.

10 Zie p. 50-53, 56-58 van het Rapport Hammerstein. Zie ook N. Frenk, 'De prejudiciële procedure: ruimere mogelijkheden voor de rechtsontwikkeling bij de toepassing van vage normen en onbepaalde begrippen', in: Hol, Giesen & Kristen 2011, p. 116 e.v. Met het oog op de op dit moment vaker geuite wens om de prejudiciële procedure uit te breiden naar het belastingrecht en het strafrecht is het overigens opmerkelijk dat de commissie het volgende noteerde: 'In hoofdstuk 3 komt naar voren dat eigenlijk alleen in de civiele sector behoefte lijkt te bestaan aan instrumenten om bepaalde zaken beter bij de Hoge Raad te kunnen krijgen.' Zie Rapport Hammerstein, p. 52.

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

12 Ten aanzien van de mogelijkheid van een prejudiciële procedure in strafzaken wijzen wij er op dat eerder, namelijk in het Onderzoeksproject Strafvoeding 2001, de mogelijkheid van een prejudiciële procedure is afgewezen, zie o.a. E.F. Stamhuis, 'De cassatierechter in strafzaken', in: M.S. Groenhuysen & G. Knigge (red.), *Afhandeling en verantwoording. Eindrapport onderzoeksproject Strafvoeding 2001*, Deventer: Kluwer 2004, p. 480. De commissie-Hammerstein zag geen reden tot invoering van een prejudiciële procedure in strafzaken (Rapport Hammerstein, p. 29-30), en misdiën is in de literatuur zeer beperkt over de mogelijkheid van een prejudiciële procedure in strafzaken gediscussieerd. Zie echter de bijdragen van Kristen (p. 129 e.v.) en Rötgering (p. 155 e.v.) aan Hol, Giesen & Kristen 2011, alsmede G. Knigge, 'Rechter zonder zaak', *RM Themis* 2015, p. 93-94.

13 Zie J.-M. Barendrecht, 'Rechtsvorming via hogere rechtspraak', *NJB* 2008, p. 1332 e.v.; H.A. Groen, 'Selectie aan de poort', *Tremis* 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 saek!', *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, p. 1082 e.v. Vgl. verder nog het interview met de president van de Hoge Raad, mr. G. Corstens, door C. Lindo, 'Tussen idaal en nuchterheid', *NJB* 2009, p. 1074 e.v.

gen.<sup>19</sup> De belangrijkste voorwaarde voor het stellen van een prejudiciële vraag is nu dat de rechtsvraag in kwestie er één is waarvan het antwoord rechtsreeks van belang is voor – kort gezegd – talrijke andere feitelijk vergelijkbare zaken<sup>20</sup> zoals uitgewerkt in de twee criteria van artikel 392 lid 1 onder a en b Rv: (a) massaschadeclaims (een veelheid aan vorderingsrechten die uit soortgelijke feiten of samenhangende oorzaken voortkomen) en (b) talrijke andere uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen.

Vermeldenswaard uit de wettelijke regeling is verder nog, mede in het licht van onze punten van evaluatie in par. 3 hierna, dat:

- partijen kunnen verzoeken aan de rechter om een prejudiciële vraag te stellen, maar dat deze dat ook ambtshalve kan doen, zie artikel 392 lid 1 aanhef Rv. De rechter zal dan wel partijen horen over dat voortnemen en over de inhoud van de vraag (art. 392 lid 2 Rv);
- partijen, maar ook derden, de Hoge Raad van informatie ('schriftelijke opmerkingen') kunnen en mogen voorzien inzake de rechtsvraag die voorligt, zie artikel 393 lid 1 en 2 Rv;
- de Hoge Raad eventueel een mondelinge of schriftelijke toelichting kan verlangen (art. 393 lid 4 Rv);
- de Hoge Raad de vraag mag herformuleren (art. 393 lid 7 Rv);
- de Hoge Raad, zoals blijkt uit artikel 393 lid 8 Rv, mag afzien van beantwoording als hij oordeelt dat de vraag zich niet voor beantwoording leent of de vraag, van onvoldoende gewicht is om beantwoording te rechtvaardigen;
- hij ook ervoor kan kiezen een vraag waarvan beantwoording niet meer nodig is om de procedure te beslissen, desondanks te beantwoorden (art. 393 lid 9 Rv). Uiteindelijk bepaalt de Raad dus zelf of een vraag behandeld wordt;
- de rechter die de vraag stelde, beslist de onderliggende procedure (welke aangehouden werd, zie art. 392 lid 5 Rv) met inachtneming van de uitspraak van de Hoge Raad, nadat partijen zich daarover hebben mogen uitlaten (art. 394 lid 1 Rv).

#### 2.4 Beoogde effecten, voorziene voor- en nadelen en verwachtingen

Teneinde hierna de balans van de wettelijke regeling op te kunnen maken, dient helder te zijn wat bij de invoering het doel ervan was, en welke effecten ermee beoogd werden.

19 Deze ruimere strekking bestaat in Frankrijk, alwaar het antwoord overigens slechts als advies geldt, zie Tjittes & Meijer 2009, p. 165 en p. 174.

20 Zo luidde de formulering volgens het concept-wetsvoorstel Versterking cassatierechtspraak (p. 14) dat eind mei 2010 openbaar werd en in september 2010 naar de Raad van State werd gestuurd. Zie over dat voorstel de aankondigingen in *NJB* 2010, p. 1510-1511 en *NJB* 2010, p. 2062-2063; M. Bruningh, 'Verbetering van de cassatiepraktijk', *NJB* 2010, p. 1593 e.v., en L. Bruins, 'Kloppen aan de poort van de Hoge Raad', *Advocatenblad* 2010, p. 348 e.v.

Ook is relevant welke mogelijke voor- en nadelen onderkend zijn. Dat alles biedt dan een kader voor de evaluatie van het succes of falen van de regeling. Als gezegd, de wetgever wil met de Wet prejudiciële vragen bereiken dat er eerder op het hoogste niveau kan worden beslist over maatschappelijke relevante, veel voorkomende civielrechtelijke problemen. Het beoogd effect van de wet is daarmee dat die rechtsvragen die in talrijke civielrechtelijke zaken spelen, vernoemd door de Hoge Raad worden beslist.

De voordelen van deze nieuwe procedure zijn, volgens de commissie-Hammerstein,<sup>21</sup> dat:

- De feitenrechter voor het oordeel van de Hoge Raad niet hoeft te wachten op een 'normale' procedure in cassatie, omdat hij op grond van het antwoord op de gestelde prejudiciële vraag kan oordelen.
- De onzekerheid over het antwoord op een belangrijke rechtsvraag, zeker als het om een groot aantal zaken gaat, door het antwoord op een prejudiciële vraag tijdig kan worden weggenomen.
- De Hoge Raad nauwer betrokken raakt bij en relevanter wordt voor de feitenrechtters met het oog op het bereiken van (meer) rechtseenheid en (een betere, vlottere) rechtsontwikkeling.

De mogelijke nadelen zouden zijn, aldus dezelfde commissie:

- Vertraging en complicering van de procedure (doordat een 'tussenfase' wordt ingelast).
- Een verschuiving van de werklast (dezelfde zaken komen binnen, alleen op een ander moment).

Volgens de wetgever<sup>22</sup> draagt de tijdige beantwoording van belangrijke rechtsvragen door middel van de prejudiciële procedure bij aan een optimale vervulling van de rechtsvormende taak van de civiele kamer in zaken waarin grote maatschappelijke belangen in het spel zijn, en dit komt de rechtseenheid (men vermindert zo het gevaar dat lagere rechters in identieke individuele zaken tegenstrijdige uitspraken doen) en tevens de rechtszekerheid ten goede. Ook kan het vaker moeten instellen van soortgelijke individuele procedures (dan wel van rechtsmiddelen in die procedures) tot het verleden gaan behoren.

Over de verwachtingen bij de gebruikers (lees: rechters en advocaten van de proespartijen) ten tijde van de introductie van de wetgeving is weinig bekend, en wat er is aan informatie, is gebaseerd op te weinig empirische data om harde uitspraken

21 Rapport Hammerstein, p. 51.

22 Zie *Kamersstukken II* 2011/12, 32612, 3, p. 5, terugwijzend naar de lijst voordelen op p. 3-4.

te kunnen doen. Niettemin geeft het verslag, in *TCR* 2013, van een aantal interviews met rechters en raadsheeren over de toen net nieuw ingevoerde wet wel enig inzicht in de verwachtingen bij de feitenrechters die de vragen zouden moeten (gaan) stellen.<sup>23</sup> Wat er te leren valt uit dat onderzoek betreft bijvoorbeeld het te verwachten gebruik van de nieuwe regeling (de frequentie zal waarschijnlijk vrij laag liggen, zo was de verwachting). Ook kwam uit dat onderzoek een duidelijker beeld naar voren over welke factoren naar verwachting bijdragen aan het gebruik van de regeling door feitenrechters: het gaat dan met name om de wensen van partijen en het tijdsverloop (de duur) van de prejudiciële procedure.

Tot slot werd duidelijk dat het succes of falen van de regeling in de ogen van de feitenrechters bovenal afhangt van de invulling die de Hoge Raad zou geven aan de nieuwe wet. Wij citeren hier de conclusie van het betreffende artikel:

‘Wat ons betreft is echter de belangrijkste uitkomst – en les – dat het succes of falen van de nieuwe wet, staat of valt met hoe de Hoge Raad als “leidinggevende” de handschoen oppakt. Daar zit de grootste valkuil, wat ons betreft. De opstelling van de Hoge Raad, zo blijkt uit het voorgaande, is van cruciaal belang, want van invloed op vele factoren. Zo blijkt het voor rechters zeer belangrijk binnen welke termijn de Hoge Raad een prejudiciële vraag kan (en zal) beantwoorden, of de Hoge Raad de prejudiciële vraag welwillend kan (en zal) interpreteren, in wat voor bewoordingen de Raad de vraag zal beantwoorden, en hoe de Hoge Raad zal omgaan met prejudiciële vragen die niet helemaal voldoen aan de in de wet genoemde termen. Daarmee ligt de mogelijkheid om genoemde valkuilen te omzeilen, eveneens gedeels bij de Hoge Raad.’<sup>24</sup>

De schrijvers constateren vervolgens dat de verwachtingen aan het adres van de Hoge Raad gerechtvaardigd zijn, aangezien die Hoge Raad zelf het proces richting de introductie van de prejudiciële vraag is begonnen. Nu kan en mag hij laten zien hoe dit nieuwe instrument in de praktijk optimaal kan worden ingezet, en daar zelf een bijdrage aan leveren.

### 2.5 Aantal gestelde vragen en antwoorden

Bij de invoering van de wettelijke regeling was uiteraard onbekend hoeveel vragen er gesteld zouden gaan worden. Vrijwel niemand sprak zich daar ook over uit, waarschijnlijk onder het mom dat koffiedik kijken nu eenmaal geen al te verheven of zinvolle bezigheid is. Niettemin meende een enkele auteur een schatting te kunnen doen, gebaseerd op de cijfers inzake de vergelijkbare regeling in Frankrijk (gemiddeld

<sup>23</sup> Van Kampen & Giesen 2013.

<sup>24</sup> Van Kampen & Giesen 2013, p. 16.

13 zaken per jaar); Giesen sprak aldus de verwachting uit, vrij optimistisch, dat er gemiddeld zo'n tien vragen per jaar zouden worden gesteld.<sup>25</sup>

Die schatting was, voorlopig in elk geval, inderdaad te optimistisch. De regeling is inmiddels, zoals gezegd, wel al enige malen benut, maar 30 vragen in die drie jaar tijd, dat halen we nog niet. Per 1 juni 2015 (de datum waarop het onderzoek voor deze bijdrage werd afgerond) zijn er immers 16 prejudiciële vragen beantwoord<sup>26</sup> en staan er nog acht vragen ter beantwoording open.<sup>27</sup> Dat maakt dat er 24 vragen in totaal zijn gesteld, dat zijn dus 8 vragen gemiddeld per jaar.<sup>28</sup> Daarbij valt op dat de eerste vraag zich al vrij snel aandiende. Op 3 augustus 2012 werd namelijk door de Rechtbank Utrecht de eerste prejudiciële vraag gesteld over de reikwijdte van de executoriale kracht van een hypotheekakte.<sup>29</sup> Van enige ‘aanloopperiodes’ kan dus niet worden gesproken. Het laatste ten tijde van het schrijven van deze bijdrage beschikbare antwoord op een vraag van een feitenrechter volgde op 1 mei jl.<sup>30</sup> terwyl de laatste door ons meegenomen vraag op 19 mei 2015<sup>31</sup> werd gesteld.

Moet gegeven dit alles geconcludeerd worden dat het daadwerkelijke gebruik dat van de regeling wordt gemaakt, tegenvalt? Geenszins. Immers, de oorspronkelijke schatting was al redelijk optimistisch, sterker: de wens leek daarbij de vader van de gedachte te zijn. Maar bovendien, en belangrijker, lijkt de trend te duiden op een

<sup>25</sup> Giesen 2011, p. 59.

<sup>26</sup> De vraag die leidde tot een prejudiciële vraag van de Hoge Raad aan het Hof van Justitie van de EU (zie HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2901) tellen we daarbij niet mee, omdat de Hoge Raad de vraag van de feitenrechter in die zaak daarmee nog niet heeft beantwoord.

<sup>27</sup> Zie ook de informatie op de website van de Hoge Raad via [www.rechtspraak.nl/Organisatie/Hoge-Raad/OverDeHogeRaad/Bijzondere-taken-HR-en-PC/Pages/Prejudiciële-vragen-aan-de-civielekamer-van-de-HogeRaad.aspx](http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Hoge-Raad/OverDeHogeRaad/Bijzondere-taken-HR-en-PC/Pages/Prejudiciële-vragen-aan-de-civielekamer-van-de-HogeRaad.aspx).

<sup>28</sup> Waarbij wij graag voorbij gaan dat we niet precies drie jaar, maar eigenlijk slechts 2 jaar en 11 maanden overzien (1 juli 2012 t/m 1 juni 2015).

<sup>29</sup> Zie Rb. Utrecht 03 augustus 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX3391. Het antwoord volgde in HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4889 (*Rebhypotheek*).

<sup>30</sup> Zie HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1198 (*Dexia*), over de ingangsdatum van de wettelijke rente over de door de aanbieder van effectenleaseovereenkomsten aan de afnemer van deze overeenkomst te vergoeden inleg. In de analyse die ten grondslag ligt aan deze bijdrage kon HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1868 (*uitspraak* 17) niet meer worden meegenomen.

<sup>31</sup> Zie Hof Amsterdam 19 mei 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1906.

toenemend gebruik: in de eerste vijf maanden van 2015 zijn er namelijk al zes (nog niet beantwoorde) vragen gesteld.<sup>32</sup>

### 3 De analyse van de antwoorden op de gestelde prejudiciële vragen

#### 3.1 Inleiding

Nu de achtergrond van de regeling en het aantal gestelde vragen bekend is, kunnen we de gestelde prejudiciële vragen en de beschikbare antwoorden van de Hoge Raad op die vragen nader analyseren. De orde van het betoog in deze paragraaf is dat een zevental facetten van de wettelijke regeling besproken wordt. Op elk van die zeven facetten zijn alle 16 beantwoorde prejudiciële vragen (en soms alle 24 gestelde vragen) nauwkeurig bekeken, en is waar mogelijk per facet (lees: bij een cijferreeks) het gemiddelde en de mediaan berekend, en vervolgens is daarbij nog een enkele tabel opgemaakt.<sup>33</sup> Op basis van die geaggregeerde gegevens trekken we vervolgens per facet enkele, veelal tentatieve conclusies, en waar opportuun volgt een enkele suggestie voor toekomstig handelen.

#### 3.2 *Wie wil de vraag stellen: partijen of de rechter?*

Een eerste kwestie die interessant is vanuit het oogpunt van de rechterlijke rechtsvorming, is of de feitenrechter ambshalve de vraag stelt (onderliggende hypothese: hij werkt dan op eigen initiatief mee aan versnelde rechtsvorming en vindt dat dus blijkbaar belangrijk), of dat hij zulks slechts doet op verzoek van partijen. Uit de 24 gestelde vragen blijkt dat in 17 gevallen het initiatief van de rechter kwam en slechts

32 Rb. Amsterdam, 13 april 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4230; Hof Amsterdam 20 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:105; Hof 's-Hertogenbosch 3 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:319; Rb. Den Haag 12 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:1437; Rb. Overijssel 11 mei 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:2323; Hof Amsterdam 19 mei 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1906. In het eerste halfjaar van het bestaan van de regeling werden er twee vragen gesteld, vervolgens werden in 2013 en 2014 steeds per halfjaar vier vragen gesteld.

33 Let wel: we hebben geen statistische analyses verricht, en zeggen dus ook niets over de eventuele significantie van een geconstateerde afwijking, laat staan dat we iets over correlaties zouden durven beweren. Wij laten enkel de gemiddelden zien, en waar mogelijk ook de mediaan. Dat betreft, te kort gezegd, de middelste waarde als alle gevonden waarden op een rij worden gezet (i.e.: het gemiddelde van treffers 12 en 13 van de 24 vragen); bij even aantallen (zoals hier, als  $n=16$  t.a.v. de beschikbare antwoorden) gaat het dan om het midden tussen de 'treffers' 8 en 9; de mediaan is een handige maat, omdat de mogelijke vertekening door een eventuele uitschieter die het gemiddelde sterk kan beïnvloeden, daarmee omzeild wordt. De onderliggende woord-bestanden en grafieken zijn opvraagbaar bij de auteurs.

in zes gevallen van (één der) partijen.<sup>34</sup> We zijn geneigd daarom te concluderen dat de feitenrechters het belang en de mogelijkheden van het prejudiciële vragen-instrument op waarde schatten.

Vervolgens rijst dan nog de vraag of de procespartijen zich verzetten tegen het stellen van de vraag. Van dergelijk verzet bleek slechts sprake te zijn, voor zover dat te putten was uit de ons ter beschikking staande openbare gegevens, in 6 gevallen. In twee van die gevallen betrof het een zaak waarin een partij een verzoek deed om een vraag te stellen aan de Hoge Raad. In de gevallen waarin ambshalve een vraag werd geopend, werd slechts in vier gevallen bezwaar gemaakt. Opmerking verdient nog wel dat in een andere zaak een aanvankelijk bezwaar later weer werd ingetrokken.<sup>35</sup> Het heeft er in die zaak wel enigszins de schijn van, maar dat is een oordeel van een afstand, dat die procespartij niet het risico wilde lopen de rechter tegen zich in het harnas te jagen. Als dat waar is, zou dat uiteraard te betreuren zijn omdat dan (materieel gezien) hoor en wederhoor in het gedrang komt.

Uiteraard zegt dit alles niet zo heel veel, want uit het voorgaande kan en mag niet geconcludeerd worden dat partijen zich niet of nauwelijks verzetten tegen het stellen van vragen, althans dat dat nooit succesvol zou kunnen zijn, want de zaken waarin dat verzet eventueel wel geslaagd is, en er dus uiteindelijk geen vraag is gesteld, kennen wij waarschijnlijk helemaal niet: ze geraken niet bij de Hoge Raad.<sup>36</sup> Voor een diepgaander analyse van dit facet zou het dus wenselijk zijn als de na verzet afgewezen verzoeken om een vraag te stellen, ook actief openbaar werden gemaakt. Overigens zijn wij wel drie procedures tegengekomen waarin het verzoek van partijen om een prejudiciële vraag te stellen door de rechter werd afgewezen, in die gevallen omdat niet was voldaan aan de vereiste grondslag uit artikel 392 lid 1 Rv.<sup>37</sup> Het zou handig zijn als in de gevallen waarin de rechter overwogen heeft een vraag te stellen, maar

34 Telt u ook op tot 23? Inderdaad! Uit één van de 24 dossiers viel voor ons niet op te maken wie het initiatief nam; deze zaak (Rb. Amsterdam 13 april 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4230) hebben we hier buiten beschouwing gelaten.

35 Rb. Amsterdam 18 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:5910, voor het antwoord van de Hoge Raad, zie HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:766.

36 We hebben wel via [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) gezocht op 'prejudiciële vraag' en '392 Rv' (civiel recht en Hoge Raad aangevinkt) naar zaken waarin een vraag door de rechter of een partij gepropend is, maar deze uiteindelijk niet werd gesteld, maar die vonden we niet. De zoekactie leverde 76 resultaten, maar daarbij werd niets gevonden wat aansluit bij onze vraag. Dat kan zijn omdat zich dit geval nooit voor doet, of omdat deze zaken niet gepubliceerd worden in deze database.

37 Het gaat om: Rb. Rotterdam 17 december 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:10051; Rb. Den Haag 4 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2443 en Hof 's-Hertogenbosch 4 november 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4563.

daar toch vanaf heeft gezien, dat afwegingsproces standaard in de uitspraak wordt opgenomen en de uitspraak wordt gepubliceerd.

### 3.3 Welke rechters stellen vragen?

Kijken we naar de spreiding als het gaat om de vragenstellende rechterlijke instanties, dan blijkt dat van de 24 vragen, 16 gesteld zijn door een rechtbank, en acht vragen door een Hof. Koplopers zijn Rechtbank Amsterdam (vier vragen gesteld) en Hof Den Bosch (ook vier vragen). Deze cijfers zijn in zoverre opvallend dat wellicht verwacht mocht worden dat de hoven over het type vragen dat zich hier aandient, eerder zelf zouden willen beslissen.<sup>38</sup> Bovendien is de mogelijke tijdswinst voor de procespartijen (ten opzichte van de optie om zelf drie instanties te doorlopen) het grootst als de rechtbank meteen al de vraag stelt. Niettemin juichen we deze gang van zaken toe want de talrijke vergelijkbare zaken, op elk niveau in de rechterlijke kolom, zijn gebaat bij hoven die op deze wijze over hun eigen schaduw heen stappen.

Geografisch gezien is over de spreiding als het om de vragenstellers gaat, nog niet zo heel veel te zeggen, lijkt het, of het moet zijn dat er vanuit de 'uithoeken' van Nederland minder animo lijkt te bestaan om een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad voor te leggen. Zo is nog geen prejudiciële vraag gesteld door onder andere Rechtbank Limburg, Rechtbank Zeeland-West-Brabant en het Hof Arnhem-Leeuwarden (zittingsplaats Leeuwarden).<sup>39</sup> Een verklaring daarvoor moeten we schuldig blijven, omdat wij willen wegblijven van puur giswerk zoals: 'het zal de (reis)afstand naar Den Haag wel zijn'.

### 3.4 Grondslag voor de vraag?

In vrijwel alle gevallen (namelijk: 20 van de 24 gevallen) blijkt dat de grondslag voor het stellen van de prejudiciële vraag is gelegen in grondslag b uit artikel 392 lid 1 Rv, de gedachte dat de zaak een vraag of onderwerp betreft waarvan gezegd kan worden dat er talrijke andere, uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen bestaan. De andere

<sup>38</sup> Zie daarover Giesen 2011, p. 62.

<sup>39</sup> Ook is nog geen prejudiciële vraag gesteld door Rechtbank Noord-Holland (maar dat is wellicht ook een uithoek?). Dit in tegenstelling tot Rechtbank Amsterdam, Rechtbank Den Haag, Rechtbank Gelderland, Rechtbank Midden-Nederland, Rechtbank Noord-Nederland, Rechtbank Oost-Brabant, Rechtbank Overijssel, Rechtbank Rotterdam, Hof Amsterdam, Hof Arnhem-Leeuwarden (zittingsplaats Arnhem) en Hof 's-Hertogenbosch. Opmerking verdient nog dat na afronding van de rechtspraakanalyse voor deze bijdrage (op 1 juni 2015, zie par. 2.5), er nog een vraag is gesteld door Hof Den Haag, zie Hof Den Haag 3 juni 2015 ECLI:NL:GHDHA:2015:1288, en dat er vanuit de zittingsplaats Leeuwarden inmiddels ook een vraag van het Hof Arnhem-Leeuwarden in voorbereiding is, zie Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:202; de partijen zijn gevraagd zich uit te spreken over het voornemen een prejudiciële vraag te stellen.

mogelijke grondslag (sub a), namelijk dat het om een massaclaim zou gaan, dient zich nauwelijks aan (wij telden 3 gevallen<sup>40</sup>), en als dat al gebeurd is, dan was dat in twee gevallen ook nog in combinatie met een beroep op grondslag b. Onlogisch is dit overigens niet, want de b-grondslag vormt een ruim verwoorde categorie die in wezen de a-grondslag omvat (in geval van massaclaims gaat het immers om talrijke vergelijkbare zaken), en waarmee de rechter dus altijd goed zit. Bovendien is 'talrijk' niet nader gekwantificeerd – wat is 'talrijk' nu eigenlijk? Gaat het om meer dan 100, 40, 10, of misschien slechts 5 vergelijkbare zaken... – zodat op dit punt geen harde eisen gesteld worden en de inschatting van de feitenrechter zelf volstaat; empirische gegevens worden (rerecht) niet verlangd. Een en ander betekent waarschijnlijk dat in deze toegangseis op zichzelf geen wezenlijke drempel voor het stellen van vragen schuilt; hetgeen passend is. Als dat echter het geval is, zou de eenvoudige eis dat de te stellen prejudiciële vraag bijdraagt aan de rechtsvorming en/of de rechtseenheid ook volstaan.<sup>41</sup>

Verder valt nog op dat de rechters die vragen stellen, er over het algemeen wel degelijk werk van maken om te verantwoorden waarom men, in het licht van de mogelijke gronden daarvoor, de vraag stellen gaat. De verklaring daarvoor is waarschijnlijk dat het voor de procespartijen een last kan zijn dat de vraag gesteld wordt, en dus is een gedegen motivering nodig over waarom het publieke belang van de beoogde bijdrage aan de rechtsvorming en rechtseenheid in dit geval (toch) voorrang krijgt. Die insteek lijkt ons juist.

### 3.5 De inhoud: welke thema's worden aan de orde gesteld?

Welke rechtsgebieden zijn in zwang als het om gestelde vragen gaat? Waar liggen de vragen die in talrijke zaken van belang zijn? We turven, als we brede categorieën hanteren, het navolgende lijstje:

Inhoudelijke kwalificatie	Aantal vragen
Aansprakelijkheidsrecht	2
Algemeen vermogensrecht	1
Arbeidsrecht	1
Consumentenrecht	1
Insolventierecht	6

<sup>40</sup> Zie noot 33.

<sup>41</sup> In het licht van de mogelijke uitbreiding van de regeling naar het strafrecht kan dat nog relevant worden. Wij menen daar met een in de kern kwantitatieve eis gaan werken, of liever met een inhoudelijke voorwaarde? Vgl. ook Knigge 2015, p. 94, die de criteria van art. 392 Rv voor een eventuele strafrechtelijke variant van de regeling zou willen loslaten.

Inhoudelijke kwalificatie	Aantal vragen
Ondernemingsrecht	1
Overeenkomstenrecht	2
Personen- en familierecht	1
Procesrecht	6
Schadevergoedingsrecht	2
Wet Financieel Toezicht	1

Wat valt op? Wij zien redelijk veel (zes) insolventierechtelijke vragen opduiken, in tijden van crisis en dus een groot aantal faillissementen (welke al snel niet alleen talrijk, maar ook vergelijkbaar zijn), kan dat nauwelijks verrassend worden genoemd. Evenmin verrassend, omdat dat deel van het recht nu eenmaal in elke juridische procedure van belang is: de zes procesrechtelijke vragen. Samen bestrijken die twee gebieden de helft van alle gestelde vragen.

En komen we dan de *Dexial/Aandelenlease*-affaire nog tegen? Deze was vanaf de start van het nadenken over de prejudiciële vragen-regeling hét voorbeeld van een kwestie die de Hoge Raad eigenlijk te laat bereikt had, dus dat dit thema, althans de nasleep daarvan, ook nu nog, enkele jaren later, de Hoge Raad (weer) gehaald heeft als prejudiciële vraag, in twee verschillende zaken met verschillende rechtsvragen, lag in de lijn der verwachting.<sup>42</sup>

### 3.6 Inbreng van partijen en ook van derden?

Interessant om te zien, ook in relatie tot de vraag of de 'gewone' cassatieprocedure hier wellicht in de toekomst leentjebuur zou kunnen of moeten gaan spelen, is de vraag of partijen en/of derden gebruik maken van de mogelijkheid om de Hoge Raad van informatie te voorzien (art. 393 lid 1 en 2 Rv).<sup>43</sup> Welnu, de procespartijen maken geregeld (in negen van de 16 beantwoorde zaken, waarvan vier maal door beide partijen) gebruik van deze mogelijkheid. Opvallender is waarschijnlijk vooral dat dit ook zeer regelmatig niet gebeurt (de optie om de Hoge Raad voor te lichten, biedt partijen immers de kans om de Hoge Raad te 'bewegen' een voor de eigen positie gunstig antwoord te geven), maar er zit hier natuurlijk ook een kostenaspect aan: men moet

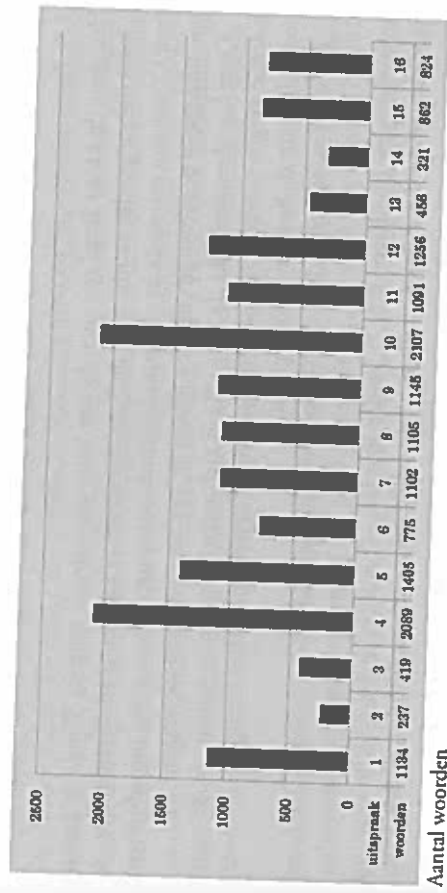
<sup>42</sup> Zie HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1198 en Hof Amsterdam 20 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:105.

<sup>43</sup> In een zaak waarin cassatie in het belang der wet was ingesteld, is reeds rechtstreeks inspiratie ontleend hieraan, en werd conform art. 393 lid 2 Rv aan derden de gelegenheid geboden om informatie te verstrekken, zie HR 6 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1342. Dat sluit aan bij een eerdere cassatie in belang der wet-zaak waarin twee cassatieadvocaten hun licht lieten schijnen over de zaak in kwestie, zie HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AV7405, NJ 2008/177 (*Waking arbiter*).

een cassatieadvocaat inschakelen (art. 393 lid 3 Rv), en de kosten van de advocaat van de wederpartij kunnen bij verlies van de procedure bovendien als te vergoeden proceskosten worden aangemerkt (art. 394 lid 2 Rv). In het licht van het publieke belang dat de regeling dient ('betere rechtsvorming en meer rechtseenheid, en wel z.s.m.!'), kunnen hier de nodige vraagtekens bij gezet worden.<sup>44</sup>

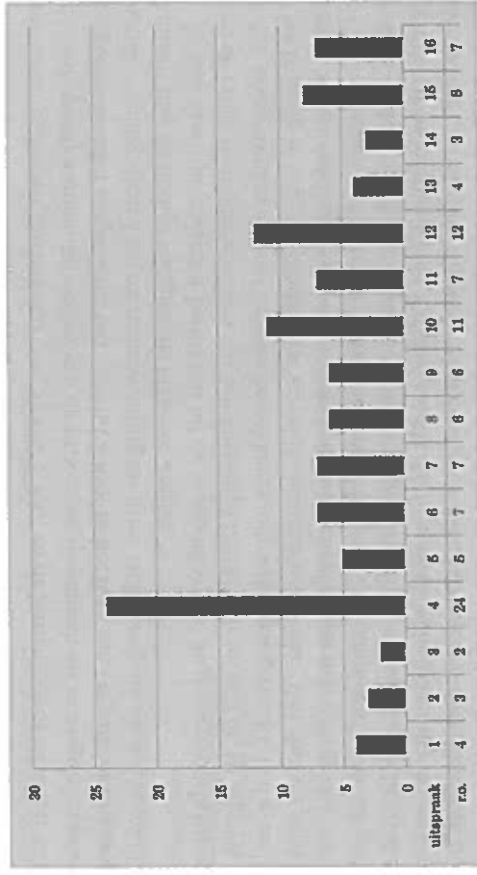
In hoeverre zijn er derden betrokken bij de vraag, en vooral de nadere voorlichting aan de Hoge Raad alvorens deze tot een antwoord komt?<sup>45</sup> In zes van de 16 afgewikkelde zaken werden er door externe betrokkenen opmerkingen gemaakt. Is dat veel? Dat is lastig te zeggen, omdat een vergelijkbaar maatstaf ontbreekt. Wel durven we te stellen dat de regeling op dit vlak blijikbaar in een behoefte voorziet.

Van welke externe partijen komen de opmerkingen? De kampioen 'opmerkingen maken' is de Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders (KBvG) die in drie zaken intervenieerde. Echt vreemd is dat niet als bedacht wordt dat deurwaarders bij vele civiele procedures betrokken zijn en dat zij dan vooral betrokken zijn bij die procedures waarvan er '13 in een dozijn' gaan, die dus talrijk zijn.



Aantal woorden





Aantal rechtsverwegingen

### 3.7 De antwoorden tot nu toe...

Hoe gaat de Hoge Raad om met de aan hem voorgelegde vragen? Wordt de hand-schoen die aangereikt wordt, door de Raad opgepakt, of juist niet? Maakt men er werk van? Ofwel: om een wellicht enigszins hanteerbare maatstaf daarvoor te introduceren: hoe uitgebreid beantwoordt de Hoge Raad de aan hem voorgelegde vragen?

Over het algemeen lijkt de Hoge Raad zich welwillend op te stellen, en de voorgelegde vragen worden dan ook (meestentijds) betrekkelijk ruimhartig beantwoord, zoals blijkt uit de bovenstaande figuren.

Zo worden er gemiddeld 1020 woorden aan een antwoord besteed (mediaan: 1096,5), welke zijn vervat in gemiddeld 7 voor die beantwoording relevante rechtsverwegingen (mediaan: 6,5).<sup>44</sup> Verder worden – begrijpelijk en terecht – weinig woorden besteed aan zaken waarin uiteindelijk van beantwoording is afgezien,<sup>47</sup> en

44 Giesen 2011, p. 62, suggereerde eerder al om de kosten van de procedure uit een cassatiefonds te laten betalen. Bij een eventuele uitbreiding van de regeling richting het strafrecht is ook dit kostenaspect een belangrijk facet om mee te nemen.

45 Over het belang daarvan reeds Giesen 2011, p. 68-69.

46 We telden dus enkel de woorden in die rechtsverwegingen waarin het antwoord op de vraag gegeven werd. Alle omlissing (feiten, procesverloop etc.) daaromheen is niet meegeteld.

47 Zie bijvoorbeeld HR 31 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1614 (uitspraak 2) en HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3958 (uitspraak 3).

zaken waarin relatief eenvoudige vragen worden gesteld.<sup>48</sup> De 'cijfers' bevestigen hier wat voor de hand ligt. Wij zijn hier echter zeer voorzichtig, en kunnen de door ons benutte terminologie ('welwillend', 'ruimhartig') uiteindelijk slechts 'op de hand wegen', want een echte vergelijkingsmaatstaf ten opzichte van 'reguliere' zaken ontbreekt voornog.<sup>49</sup>

Opvallend is niettemin dat ook in een geval waarin een vraag 'gebrekig' wordt geformuleerd,<sup>50</sup> de Hoge Raad zich nog steeds bereidwillig opstelt door ook in die zaak veel (lees: dichtbij het gemiddelde) woorden aan het antwoord te besteden.<sup>51</sup> De wijze waarop een vraag gesteld wordt, lijkt dan ook geen invloed te hebben (gehad) op de welwillendheid van de Raad om een vraag te beantwoorden. Dit laatste is een gunstig gegeven, aangezien de opstelling van de Hoge Raad van invloed lijkt te zijn op de overwegingen van de feitenrechter om een prejudiciële vraag te stellen.<sup>52</sup> Wat afgewacht moet worden, is of deze 'coulance' ten aanzien van gebrekig opgestelde vragen, zal voortduren naarmate de regeling langer in gebruik is en vaker benut wordt; we kunnen ons best voorstellen dat zulks niet eeuwigdurend zal zijn.<sup>53</sup>

### 3.8 De duur van de procedure bij de Hoge Raad

Het laatste specifieke aspect dat interessant is vanuit het oogpunt van de rechterlijke rechtsvorming is de duur van de procedure bij de Hoge Raad. In hoeveel tijd beantwoordt de Hoge Raad een aan hem voorgelegde vraag? Een antwoord laat meestal niet heel lang op zich wachten. Zo wordt een vraag in gemiddeld 27,33 weken afgedaan (mediaan: 27,65), net meer dan een half jaar dus. Dat is in elk geval sneller dan de doorlooptijd in reguliere cassatieprocedures, want die staat volgens het laatste jaarver-

48 Zie bijvoorbeeld HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3536 (uitspraak 13) en HR 9 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:42 (uitspraak 14).

49 Nodig zou zijn om te berekenen hoeveel rechtsverwegingen en woorden de Hoge Raad in 'gewone' uitspraken gemiddeld genomen benut, maar dat vergt ook weer keuzes die wij in het kader van dit artikel niet (ook nog) konden maken, bijvoorbeeld t.a.v. de vraag of art. 80a- en art. 81 RO-uitspraken dan meetellen of niet, of arresten die meerdere rechtsvragen omvatten, dan gewoon meetellen, etc.

50 Zie Rb. Midden-Nederland 18 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7614, r.o. 5.3.7, waarin de rechter verwijst naar de 'onder r.o. 5.3.1 t/m 5.3.6 geduide rechtsvraag' in plaats van expliciet een vraag te formuleren, hetgeen gebruikelijk is bij het stellen van een prejudiciële vraag.

51 Zo werd in bovengenoemd geval (Rb. Midden-Nederland 18 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7614) de vraag in 1105 woorden en 6 rechtsverwegingen afgedaan, hetgeen dicht bij het gemiddelde ligt.

52 Van Kampen & Giesen 2013, p. 9 en 16.

53 Hier is overduidelijk een vergelijkbare ontwikkeling te zien met hetgeen voorheen bij het Hof van Justitie te Luxemburg is gebeurd. Men startte ook daar vanuit een wetwillende houding en ging pas later grenzen aangeven, zie Daalder & De Graaff 2015, p. 328.

slag van de Hoge Raad op ongeveer 42 weken (292 dagen).<sup>54</sup> Hiermee voldoet de Hoge Raad bovendien aan zijn eigen verwachtingen, aangezien hij al bij de voorbereiding van de wet heeft aangegeven dat prejudiciële procedures hoge prioriteit zouden krijgen en tussen de zes en twaalf maanden (26 tot 52 weken) in beslag zouden nemen.<sup>55</sup>

Deze betrekkelijk<sup>56</sup> snelle (en redelijk constante) afhandeling is van groot belang voor feitenrechters, die eerder al hun zorgen uitten over de mogelijke vertraging – en de toen nog bestaande onduidelijkheid daaromtrent, omdat nog onbekend was hoe snel de Hoge Raad te werk zou gaan – die de prejudiciële procedure met zich brengt.<sup>57</sup> Wij mogen echter niet te vroeg juichen (voorzichtigheid is ook hier geboden), omdat niet vergeten mag worden dat de oorspronkelijke procedure ook nog eens extra vertraging kan oplopen doordat procespartijen de gelegenheid krijgen om te reageren op de uitspraak van de Hoge Raad (art. 394 lid 1 Rv). Er wordt overigens niet altijd gebruik gemaakt van deze mogelijkheid.<sup>58</sup> Ook wanneer de Hoge Raad op zijn beurt prejudiciële vragen moet stellen aan het Europese Hof van Justitie, zal dit uiteraard extra tijd kosten.<sup>59</sup> Daar staat overigens – voor wat het waard is – tegenover dat als een uitspraak lang op zich laat wachten, de vraag in kwestie dan ook ruimhartiger (lees: met meer woorden) lijkt te worden beantwoord.<sup>60</sup> Dit laatste is echter geen vast gegeven.<sup>61</sup>

54 Zie de tabel op p. 2 van de *Jaarlijfers 2014* van de Hoge Raad, te vinden via [www.rechtspraak.nl/Organisatie/Hoge-Raad/OverDeHogeRaad/publicaties/Pages/default.aspx](http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Hoge-Raad/OverDeHogeRaad/publicaties/Pages/default.aspx).

55 *Kamersstukken II* 2010/11, 32612, p. 4.

56 We schrijven 'betrekkelijk', omdat feitenrechters misschien nog wel meer verwachten van de Hoge Raad, vgl. het citaat in Van Kampen & Giesen 2013, p. 12: 'Als bekend wordt dat het een maand duurt, ja dan is het wel interessant. Maar als het een half jaar duurt dan denk ik dat de meeste rechters bij de rechtbank denken: laat maar zitten, dat hoeft van mij niet.' Dat die vrees bewaarheid is geworden, zouden wij op basis van onze gegevens niet durven stellen.

57 Van Kampen & Giesen 2013, p. 16.

58 Zie HR 13 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1910 (uitspraak 5); HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:766 (uitspraak 7) en HR 12 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2665 (uitspraak 11). In HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958 (uitspraak 4); HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2935 (uitspraak 12) en HR 9 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:42 (uitspraak 14) wordt geen gebruik gemaakt van deze mogelijkheid. In de overige procedures is onduidelijk of gebruik is gemaakt van deze mogelijkheid.

59 Tot op heden is slechts één vraag aan het Europese Hof van Justitie voorgelegd, zie Rb. Amsterdam 18 maart 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:1920 en HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2901.

60 Zie bijvoorbeeld HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958 (uitspraak 4: 40, 43 weken en 2089 woorden) en HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385 (uitspraak 10: 52, 14 weken en 2107 woorden).

61 Zie bijvoorbeeld HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1198 (uitspraak 16: 33, 43 weken en 824 woorden).

### 3.2 Kernvraag: is er een bijdrage geleverd aan de rechtsvorming en de rechtseenheid?

De vraag of de rechtsvorming en rechtseenheid bevorderd is door de nieuwe regeling, is niet eenvoudig te beantwoorden, want hoe 'meet' je 'de bijdrage aan de rechtsvorming' van een procesrechtelijk instrument (en de uitkomsten van het gebruik daarvan)? Dat geldt eens te meer als er geen tevoren bepaalde toetsingsmaatstaf is vastgelegd (de wetgever heeft niet aangegeven wanneer de regeling een succes mocht worden genoemd). Niettemin willen wij wel een algemene lijn schetsen, mede op basis van het 'criterium' van de commissie-Hammerstein (zie par. 1): komen zaken nu wel en tijdig bij de Hoge Raad, welke er anders niet of te laat zouden komen?

Welnu: in de eerste drie prejudiciëlevraag-zaken ging het nog 'mis' en was er eigenlijk geen bijdrage aan de rechtsvorming: de gestelde vraag was al beantwoord (tweemaal), of het was nog onduidelijk of het antwoord wel nodig was voor beslissing van de zaak.<sup>62</sup> Wel viel daarbij al meteen op dat de Hoge Raad de potentie van de regeling inzag, want men was zeker in die zaken zeer welwillend en men beantwoordde toch de vraag zo goed en kwaad als nog passend was.<sup>63</sup>

Kon in die zaken derhalve nog niet van een rechtsvormende bijdrage worden gesproken, in de navolgende 13 uitspraken was dat ons inziens wel degelijk het geval. Weliswaar zijn de uitkomsten van die zaken van wisselende importantie, maar alle uitspraken voegen iets toe aan de stand van het (privaat)recht en er zitten zeker een paar standaard-uitspraken tussen, zoals de *Bewijsbeslag*-zaak en de *Telefonabonnemementen*-zaak.<sup>64</sup> Andere antwoorden zijn daarnaast maatschappelijk van groot belang, zoals de vraag naar de stuiting van de verjaring van een massaclaim.<sup>65</sup>

Er zit kortom, na enige wellicht ook wel te verwachten opstartperikelen, al behoorlijk wat vlees aan de botten van de wettelijke regeling; daarmee is het nut ervan gegeven.<sup>66</sup> En het gaat daarbij bovendien, voor zover dat (achteraf) in te schatten is, om zaken die zonder deze regeling wellicht helemaal niet, of anders in elk geval pas later, bij de Hoge Raad zouden zijn geraakt. Dat eerste ('helemaal niet') geldt

62 Zie HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4889 (uitspraak 1) en HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3958 (uitspraak 3), respectievelijk HR 31 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1614 (uitspraak 2).

63 In dat verband: de Hoge Raad mag een vraag herformuleren, maar heeft dit tot nog toe niet gedaan. Wat ons betreft is ook dat een uiting van de welwillende opstelling en houding van de Hoge Raad.

64 HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958 (uitspraak 4) en HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385 (uitspraak 10), AA 2014, p. 825 m.nt. W.H. van Boom (AA20140825). Zie ook E. Korthals Altes & B. Groen, *Auer Proceerrecht 7. Cassatie in burgerlijke zaken*, Deventer: Wolters Kluwer 2015/338 ('dragen ongetwijfeld tot de rechtsontwikkeling bij'), alwaar de *Bewijsbeslag*-zaak als de meest spectaculaire uitspraak wordt genoemd.

65 HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:766 (uitspraak 7).

66 Zie ook Korthals Altes & Groen 2015/338: 'aangehouden bestaansrecht te hebben'.

waarschijnlijk voor de vragen (in zes zaken) die door kantonrechters zijn gesteld; dat zijn meestal geen zaken die de Hoge Raad halen, omdat het aantal cassatiezaken sowieso zeer beperkt is, en te meer omdat de 'waarde' ervan het niet haalt bij de kosten van een cassatieprocedure. In familierechtelijke kwesties (tot nu toe betreft dat één zaak) geldt wellicht hetzelfde. In een aantal andere zaken (denk weer aan het bewijsbeslag) is bereikt dat de benodigde duidelijkheid 'bij vervroeging' is verkregen. Bovendien, het zou zomaar kunnen dat bepaalde van die versneld voorgelegde zaken, bijvoorbeeld door een sterk feitelijk antwoord door het Hof, uiteindelijk minder geschikt zouden zijn geweest voor beantwoording door de Hoge Raad in een gewone cassatieprocedure. De Hoge Raad geeft immers ook zelf aan dat er in de prejudiciële procedure meer ruimte ('een grotere beoordelingsvrijheid') is dan in een reguliere cassatieprocedure.<sup>67</sup>

#### 4 Concluderende opmerkingen

Een diepgravender analyse dan hier, in het korte bestek van een tijdschriftartikel geven kon worden, is nodig.<sup>68</sup> Dat is het geval omdat de wetgever benieuwd is naar de mogelijkheid om de civielrechtelijke regeling uit te breiden naar het strafrecht. Vanuit de Tweede Kamer is daar immers om gevraagd.<sup>69</sup> We laten dat aspect voor nu rusten, maar uit het gegeven dat ons ter ore is gekomen dat het Ministerie van Financiën, daarop vooruitlopend, al besloten heeft om de regeling in elk geval in fiscale zaken te gaan benutten, kan alvast worden afgeleid dat het instrument de nodige merites moet hebben.<sup>70</sup> En dat klopt ook, in elk geval voor civiele zaken.

Zo wijzen we er, concluderend, nogmaals op dat de ontwikkeling van het privaatrecht geprofiteerd heeft van de regeling: de rechtsvorming is gestimuleerd, zoals we al zagen in par. 3.9. Uiteraard is niet zeker of dezelfde zaken niet ook op enige moment langs reguliere weg bij de Hoge Raad zouden zijn gekomen, en dus langs die weg dezelfde rechtsvormende resultaten zouden zijn bereikt, maar de betreffende zaken zijn er nu in elk geval eerder gekomen, en dat is al winst op zich.

Voor zover op dit moment kan worden overzien, is de regeling dus succesvol genoeg om ermee door te gaan. Of dat ook moet of kan betekenen dat een uitbreiding naar elders in het verschiep ligt, laten wij hier in het midden. Het antwoord op die vraag hangt immers van verschillende andere gegevens en factoren af. In het strafrecht speelt

<sup>67</sup> Zie HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4889 (uitspraak 1).

<sup>68</sup> Dat zal ook gaan gebeuren. Er is inmiddels een officiële tussentijdse (en vervroegde) evaluatie uitgezet door het Ministerie van Veiligheid en Justitie, via het WODC, bij het Montaigne Centrum van de UU. De auteurs van deze bijdrage zijn bij dat project betrokken.

<sup>69</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34000 VI, 29.

<sup>70</sup> Vgl. in dit verband N.J.H. Huils, 'Bruggen bouwen. Interview met de nieuwe President van de Hoge Raad, Maarten Peteris', *NJB* 2015, p. 491.

bijvoorbeeld de positie van de verdachte, zeker als deze in hechtenis zit, een belangrijke rol bij het antwoord op de vraag of prejudiciële vragen wenselijk zijn.<sup>71</sup>

<sup>71</sup> Zie nader en uitvoerig: Kristen 2011, alsmede Knigge 2015.