

Prof. mr. I. Giesen en mr. dr. R. Ortlep zijn als hoogleraar privaatrecht respectievelijk universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht verbonden aan het Moutain Centre voor conflictoplossing en rechtspleging en het Utrecht Center for Accountability and Liability Law (Ucall) van de Universiteit Utrecht. Giesen is tevens raadsheer-plaatsvervanger in het gerechtshof 's-Hertogenbosch en Ortlep is tevens rechter-plaatsvervanger in de rechtbank Gelderland.

Een mogelijk succesverhaal?

# De prejudiciële vraagprocedure in het bestuursrecht

Recent is de in 2012 ingevoerde civielrechtelijke Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad geëvalueerd. De wet blijkt een onverwacht succes te zijn geworden. Wat zijn de redenen voor dat succes? En zou een dergelijke regeling ook in het bestuursrecht nader moeten worden verkend?

Gelet op de rijke aandacht daarvoor in de rechtsgeleerde literatuur en (zelfs!) de media mag bij de lezers van dit blad bekend worden verondersteld dat het wetsvoorstel Organisatie hoogste bestuursrechtspraak<sup>1</sup> is ingetrokken.<sup>2</sup> Ten behoeve van dat wetsvoorstel had de Commissie rechtseenheid bestuursrecht<sup>3</sup> een fraai rapport uitgebracht, met als titel *Rechtseenheid tussen de Hoge Raad en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*.<sup>4</sup> Zowel de parlementaire geschiedenis van het nu ingetrokken wetsvoorstel als het daarmee samenhangend rapport blijft interessant, omdat zij

belangrijke gezichtspunten bevatten over de (mogelijke) ontwikkeling van de bestuursrechtspraak als het gaat om onder meer de rechtseenheid en rechtsvorming.<sup>5</sup> In deze bronnen wordt tevens aandacht besteed aan de prejudiciële vraagprocedure zoals ons rechtsstelsel die kent voor het civiele recht (art. 392 e.v. Rv) en het belastingrecht (art. 27ga AWR),<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Kamerstukken II 2015/16, 34389, 1-3.

<sup>2</sup> Kamerstukken II 2016/17, 34389, 23; Kamerstukken II 2016/17, 34389, 24.

<sup>3</sup> Niet te verwarren met de (andere) Commissie rechtseenheid bestuursrecht waarin wordt gepoogd om door middel van informeel horizontaal overleg rechtseenheid te realiseren.

<sup>4</sup> Bijlage bij Kamerstukken II 2015/16, 34389, 9 (hierna: Commissie rechtseenheid bestuursrecht 2016).

<sup>5</sup> Vgl. R.J.N. Schiössels, 'Rechtseenheid in het bestuursrecht. En nu doorploegen in de poelder?', *NTB* 2017/3, p. 16-26 en de blog van I. Giesen & R. Ortlep, 'Het rapport van de Commissie rechtseenheid bestuursrecht. Een rechtsgeleerde, vakgebiedoverstijgende dialoog naar aanleiding van een op een wankel politiek koord balancerend rapport' (<http://blog.montaignecentre.com/index.php/579/het-rapport-van-de-commissie-rechtseenheid-bestuursrecht>). Zie verder A.J.C. de Moor-van Vugt, 'Rechtseenheid in het bestuursrecht: een gestrande missie?', *O&A* 2017/1, p. 27-35; R. Ortlep, 'Tussen droom en daad. Advies van de Commissie rechtseenheid bestuursrecht', *JB+* plus 2016/4, p. 3-24; J. Kennis & Y. Schuurmans, 'Rapport Commissie rechtseenheid bestuursrecht', *NJB* 2016/1756, p. 2455-2459.

<sup>6</sup> Het ministerie van Financiën heeft in 2015 in het wetsvoorstel Overige fiscale maatregelen 2015 een ontwerp opgenomen dat het stellen van prejudiciële vragen aan de

een procedure waarover de regering zich positief heeft uitgesproken als het gaat om een beperkte invoering ervan in het bestuursrecht.<sup>7</sup> Dit is voor ons aanleiding om in deze bijdrage de vraag te behandelen of de prejudiciële vraagprocedure mogelijk een aanwinst voor het bestuursrecht is. En indien het antwoord op die vraag bevestigend is, waar liggen dan nog aandachtspunten als het gaat om de invoering en toepassing ervan?<sup>8</sup>

Voor een beschouwing hierover is eens te meer aanleiding omdat onlangs de in 2012 ingevoerde civielrechtelijke Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad is geëvalueerd.<sup>9</sup> In die evaluatie is geconcludeerd dat die wet een onverdeeld succes is geworden. Is dat succes eigen aan het feit dat het gaat om prejudiciële vragen aan de Hoge Raad als civielrechtelijke cassatierechter of gaan de redenen voor dat succes wellicht ook op voor het bestuursrecht, waar het – naast de Hoge Raad in belastingzaken, die de prejudiciële vraagregeling ook al tot zijn beschikking heeft – gaat om drie hoogste feitenrechters?

De opzet van de onderhavige bijdrage is als volgt. Hierna bespreken we eerst het succes van de prejudiciële vraagprocedure in het civiele recht, op basis van de eerdergenoemde evaluatie (paragraaf 1), vervolgens proberen we de inzichten uit die evaluatie door te trekken naar het bestuursrecht zodat de (on)mogelijkheden van een dergelijke regeling in het bestuursrecht nader verkend kunnen worden (paragraaf 2). We sluiten deze bijdrage af met een samenvatting en een slotopmerking (paragraaf 3).

## De Wet prejudiciële vragen creëert de mogelijkheid om al vroeg in een procedure het antwoord op een prangende rechtsvraag te verkrijgen.

### 1. Het succesverhaal van de Wet prejudiciële vragen in het civiele recht<sup>10</sup>

#### 1.1 Voorgeschiedenis

Op 1 juli 2012 is de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad in werking getreden.<sup>11</sup> Deze wet (hierna ook wel: Wet prejudiciële vragen of Wpv, neergelegd in art. 81a RO en art. 392-394 Rv) maakt het voor de civiele feitenrechter (rechtbank en hof) mogelijk om gedurende een civiele procedure en alvorens daarin een einduitspraak te doen, prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad. Het antwoord op een voor de civiele procedure bij die feitenrechter beslissende rechtsvraag komt dan van de hoogste civiele rechter en niet van die feitenrechter, die dat antwoord dan meeneemt bij de verdere afwikkeling van de zaak. Het stellen van een dergelijke vraag is mogelijk, kort gezegd, (1) in het geval van massaschadeclaims (een veelheid aan vorderingsrechten die uit soortgelijke feiten of samenhangende oorzaken voortkomen) en (2) in het geval er nog talrijke andere, uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen bestaan. De Wpv creëert zodoende de mogelijkheid om al vroeg in een procedure het antwoord op een prangende rechtsvraag te verkrijgen, in gevallen waarin de maatschappelijke behoefte aan een richtinggevende uitspraak van de Hoge Raad groot is, hetgeen tot (versnelde) rechtsvorming en tot meer (en eerdere) rechtszekerheid en rechtseenheid kan leiden.<sup>12</sup> De Wet prejudiciële vragen is sinds 1 juli 2012 diverse malen benut,<sup>13</sup> heeft ook al tot spraakmakende (en rechtsvor-

(belastingkamer van de) Hoge Raad in fiscale procedures mogelijk maakt. Deze regeling is wet geworden per 1 januari 2016 (Stb. 2015, 540). Vgl. o.a. M.B. Weijers, 'De procesregeling in fiscale prejudiciële zaken: een novum in cassatie', *TFB* 2016/4, p. 4-7. Inmiddels zijn de eerste prejudiciële antwoorden van de belastingkamer verschenen, zie HR 3 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:346 en ECLI:NL:HR:2017:342.

7 *Kamerstukken II* 2015/16, 34389, 7, p. 3, 6, 18-19 en 23; *Kamerstukken II* 2015/16, 34389, 3, p. 7. Vgl. *Kamerstukken II* 2014/15, 29279, 273, p. 8 en 11.

8 Hierbij leggen we ons – mede op verzoek van de redactie – de beperking op om de prejudiciële vraagprocedure in relatie tot het belastingrecht als zodanig buiten beschouwing te laten. In dit tijdschrift wordt dat onderwerp binnenkort door anderen nader besproken.

9 I. Giesen et al., *De Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad. Een tussentijdse evaluatie mede in het licht van de mogelijke invoering in het strafrecht*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016. Zie voor de positieve reactie van de minister op het evaluatierapport *Kamerstukken II* 2016/17, 32612, E.

10 Deze paragraaf is grotendeels gebaseerd op de bijdrage van I. Giesen & E.R. de Jong, 'Een succesverhaal voor rechtsvorming, rechtseenheid en rechtszekerheid. De Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad', *NTBR* 2016/46, p. 312-322 en op Giesen et al., *a.w.* Zie over (het succes van) de regeling ook al C.A. Streefkerk, 'De prejudiciële procedure bij de Hoge Raad', *Trema* 2015, p. 248-255, en over de gelijkaardige Franse regeling o.a. G. Casu, *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, Paris: LGD 2016.

11 Wet van 9 februari 2012, *Stb.* 2012, 65 en 166 (inwerkingtreding).

12 Voor de goede orde merken wij op dat ook de lagere rechters een rechtsvormende taak hebben en die ook uitoefenen. Vgl. I. Giesen, T. van der Linden & R. Ortlep, 'Rechtsvorming door feitenrechters: vooralsnog meer vragen dan antwoorden' (<http://blog.ucall.nl/index.php/2016/06/rechtsvorming-door-feitenrechters-vooralsnog-meer-vragen-dan-antwoorden>).

13 Per 1 januari 2016 (het moment van afronding van het mede aan deze bijdrage ten grondslag liggende WODC-onderzoek) waren er 25 prejudiciële vragen beantwoord en stonden er nog 6 vragen open (zie Giesen et al., *a.w.*, par. 3.2; voor de actuele stand van zaken van openstaande vragen zie [www.hogeraad.nl/prejudiciële-vragen](http://www.hogeraad.nl/prejudiciële-vragen)). Daarbij telde de deels beantwoorde vraag (er werden in die zaak door de Hoge Raad vragen gesteld aan het HvJ EU, zie HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2901 (uitleg term 'administratieve procedure')) bij de nog niet-beantwoorde vragen en dus bij de nog openstaande vragen. Inmiddels liet de Hoge Raad weten deze vraag niet meer te hoeven beantwoorden, zie HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2017 (X/DAS). Tussen 1 januari 2016 en 1 maart 2017 werden in totaal maar liefst dertien (!) zaken (vragen) beantwoord, hetgeen het kwantitatieve succes van de regeling benadrukt. Per 1 maart 2017 stonden er bij de website van de Hoge Raad nog zes vragen open en is er één (andere) zaak doorverwezen naar het HvJ EU (HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2834 (*Synthon/Astellas Pharma*)).

mende) rechtspraak geleid<sup>14</sup> en kan dan ook, zie hierna paragraaf 1.3, een onverdeeld succes worden genoemd.

De aanleiding voor de invoering van de Wet prejudiciële vragen is, zoals ook wordt geconstateerd in het wegbereidende rapport uit 2008 van de commissie-Hammerstein over de versterking van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad,<sup>15</sup> de gevoelde noodzaak om te voorkomen dat zaken die rechtsvragen behelzen welke vanuit maatschappelijk oogpunt snel een antwoord behoeven, in het geheel niet of niet (voldoende) tijdig de Hoge Raad bereiken. Het probleem van 'hiaten' in het zaaksaanbod van de Hoge Raad,<sup>16</sup> waarbij de aandelenlease-affaire steeds als het meest sprekende voorbeeld van stal werd gehaald, 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. Het kan ook zijn dat de financiële middelen ontbreken om (ook nog) in cassatie te gaan. Met de prejudiciële vraagprocedure wordt het mogelijk gemaakt dat ook de belangrijke juridische (en maatschappelijke) kwesties wél (tijdig; het liefst zo vroeg mogelijk) bij de Hoge Raad komen. De feitenrechter zou vervolgens meteen het oordeel van de Hoge Raad kunnen meenemen bij diens beslissing in de voorliggende zaak en soortgelijke gevallen. Dat bevordert de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid en dus ook de rechtszekerheid. Partijen in de specifieke procedure weten (sneller) waar zij aan toe zijn en kunnen zich zo een extra procesgang (appel en eventueel cassatie) besparen en andere partijen die zich in een soortgelijke positie bevinden, hebben bij voorbaat meer duidelijkheid over hun rechtspositie.

## 1.2 Beoogde doelen, verwachtingen en voorziene voordelen nadelen van de wet

Welke doelen en resultaten werden nagestreefd met de invoering van de Wet prejudiciële vragen? En wat waren de ten tijde van de invoering onderkende voor- en nadelen van de prejudiciële vraagprocedure? Aangaande de beoogde doelen en verwachte resultaten geldt dat de wetgever met de Wpv wilde bereiken dat er spoedig (lees: eerder) op het hoogste niveau zou worden beslist over maatschappelijke relevante, veelvoorkomende civielrechtelijke problemen. Rechtsvragen die in talrijke civielrechtelijke zaken spelen, zouden eerder door de

De regeling wordt inmiddels regelmatig gebruikt, misschien zelfs wel meer dan werd verwacht.

Hoge Raad (moeten kunnen) worden beslist. De voordelen van de nieuwe procedure zouden, volgens de commissie-Hammerstein,<sup>17</sup> zijn dat:

- de feitenrechter voor het oordeel van de cassatierechter niet hoeft te wachten op een 'gewone' procedure in cassatie, omdat hij reeds op grond van het antwoord op de gestelde vraag kan oordelen;
- 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 feitenrechters met het oog op het bereiken van rechtseenheid en in verband met de rechtsontwikkeling.



Foto: Werry Crone/Hollandse Hoogte

In het wetgevingsproces,<sup>18</sup> dat volgde op het advies van de commissie-Hammerstein, is daaraan nog toegevoegd dat:

- een spoedige beantwoording, het instellen of voortzetten van mogelijk vele individuele procedures overbodig kan maken;

<sup>14</sup> Met als meest markante voorbeelden (waarschijnlijk de *Bewijsbeslag*-zaak (HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958) en de *Imagine*-zaak (HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162), waarover o.a. C.G. Breedveld-de Voogd & P.W. den Hollander, 'Het Imagine-arrest en het voorstellingsvermogen van de Hoge Raad', *NTBR* 2016/51, p. 346-353.

<sup>15</sup> Vgl. A. Hammerstein et al., *Versterking van de cassatierechtspraak. Rapport van de commissie normstellende rol Hoge Raad*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, bijlage bij *Kamerstukken II* 2007/08, 29279, 69 (hierna: Rapport Hammerstein 2008), p. 23-24.

<sup>16</sup> Vgl. V.C.A. Lindijer, 'Het voorontwerp prejudiciële vragen aan de Hoge Raad', *Verkeersrecht* 2009/10, p. 297-310.

<sup>17</sup> Rapport Hammerstein 2008, p. 51.

<sup>18</sup> *Kamerstukken II* 2010/11, 32612, 3, p. 5.

- prejudiciële antwoorden voorkomen dat rechters tegenstrijdige beslissingen wijzen waardoor de rechtseenheid wordt bevorderd;
- de regeling bijdraagt aan een optimale invulling van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad in zaken waarin de maatschappelijke behoefte aan een antwoord (en rechtsvorming) groot is.

De mogelijke nadelen zouden zijn, volgens dezelfde commissie-Hammerstein:<sup>19</sup>

- vertraging en complicering van de onderliggende procedure (doordat een 'tussenfase' wordt ingelast);
- werklastverschuiving.

Wat betreft de onderkende nadelen, is er in de literatuur voornamelijk op gewezen dat de Hoge Raad zou kunnen worden geroepen te beslissen over kwesties die nog onvoldoende zijn overdacht en uitgedacht in feitelijke instanties.<sup>20</sup> In het bijzonder werd het gegeven dat de feiten nog niet definitief vaststaan als een nadeel ervaren. Dit geldt zeker waar het kwesties betreft met een 'gemengd' – deels juridisch, deels feitelijk – karakter.<sup>21</sup> Uit de in het kader van de wetsevaluatie verrichte literatuurstudie en interviews rijst verder het beeld dat er in de praktijk weinig concrete verwachtingen bestonden ten aanzien van de nieuwe wet. De vrijwel volledige oogst in de literatuur beschreef de nieuwe regels zonder uit te diepen of de onderbouwing van de wet klopte (dat werd blijkbaar zo geaccepteerd) en zonder uit te spreken welke verwachtingen de wet wekte.<sup>22</sup>

Samenvattend draagt volgens de wetgever<sup>23</sup> de tijdige beantwoording van belangrijke rechtsvragen door middel van de prejudiciële vraagprocedure bij aan een optimale vervulling van de *rechtsvormende* taak van de civiele kamer in zaken waarin grote maatschappelijke belangen in het spel zijn. Dit komt ten goede aan de *rechtseenheid* (men vermindert zo het gevaar dat lagere rechters in identieke individuele zaken

## Vrijwel alle prejudiciële vragen leiden tot antwoorden die in meerdere of mindere mate aan de rechtsvorming hebben bijgedragen.

tegenstrijdige uitspraken doen) en de *rechtszekerheid* (justitiabelen krijgen sneller duidelijkheid). Dat samen zijn dan ook de drie kerndoelstellingen van de Wet prejudiciële vragen, zoals die in de wetsevaluatie uit 2016 centraal stonden.<sup>24</sup>

### 1.3 Het succes en de oorzaken voor het succes van de Wpv

#### 1.3.1 Algemeen: de wetsevaluatie concludeert dat de Wpv een succes is

Volgens de Wet prejudiciële vragen was het de bedoeling dat de prejudiciële vraagprocedure in 2017 zou worden geëvalueerd. Gedurende het parlementaire debat werd

echter tevens door de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie toegezegd dat deze 'de vinger aan de pols' zou houden en dat er na twee jaar een inventarisatie zou worden gedaan in het licht van de (toen al gewenste) bredere inzet van de regeling.<sup>25</sup> De Tweede Kamer is vervolgens dermate enthousiast geworden (of eigenlijk: gebleven) over de regeling dat men de regering in overweging heeft gegeven om de prejudiciële vraagprocedure op korte termijn in te voeren in het strafrecht.<sup>26</sup> Ten tijde van de begrotingsbehandeling (voor 2015) van het ministerie van Veiligheid en Justitie werd dan ook een motie ingediend om te komen tot een uitbreiding van de wettelijke regeling naar het strafrecht, door de (toenmalige) Kamerleden Dijkhoff (VVD) en Van Nispen (SP).<sup>27</sup> Met het oog daarop is vervolgens in 2015–2016 een tussentijdse evaluatie van de regeling uitgevoerd.<sup>28</sup> Uit de evaluatie kwam als algemene conclusie naar voren, zo werd hiervoor al terloops gemeld, dat de Wpv een onverdeeld succes is geworden. Vanwaar dat uiterst positieve oordeel?

Ten eerste: de regeling wordt inmiddels regelmatig gebruikt, misschien zelfs wel meer dan werd verwacht.<sup>29</sup> De regeling lijkt (dan) ook genoegzaam bekend te zijn. Ten tweede voorziet de regeling in een behoefte van de rechtspraak: de Wpv wordt door alle hoofdrolspelers in het veld verwelkomd, niet in de laatste plaats door de Hoge Raad en het Parket bij de Hoge Raad. Ter illustratie: feitenrechters denken proactief na over

19 Rapport Hammerstein 2008, p. 51.

20 Dat was bijv. ook de mening van enkele feitenrechters, zoals verkondigd in S.S. van Kampen & I. Giesen, 'Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, valkuilen voor de Hoge Raad', *TCR* 2013/1, p. 1-16, i.h.b. p. 9.

21 Zie bijv. K. Teuben, 'Kroniek', *TCR* 2012/3, p. 105; A.Ch.H. Franken, 'Zij die beoordeeld worden groeten u!', *AV&S* 2011/11, p. 105-106 en R.P.J.L. Tjittes & R. Meijer, 'Franse en Europese lessen voor een prejudiciële procedure bij de Hoge Raad', *RM Themis* 2009/4, p. 164-175, i.h.b. p. 173. Ook de Raad van State uitte zich over onder meer dit punt kritisch, zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32612, 4, p. 3-4.

22 Uit Van Kampen & Giesen, *a.w.*, p. 9 blijkt wel dat de feitenrechters medio 2012 nog enige scepsis hadden ten aanzien van de nieuwe wet (kort samengevat: gaat dat straks niet te veel tijd van procespartijen vergen en hoe zit het met de kosten?) en een enkeling wellicht nog last had van overspannen verwachtingen, maar verder was men ook toen al de regeling vooral gunstig gezind en werd de bal bij de Hoge Raad gelegd om er een succes van te maken. Zie nader Giesen et al., *a.w.*, par. 1.2.3 en 4.6.1.

23 *Kamerstukken II* 2011/12, 32612, 3, p. 5, terugwijzend naar de lijst voordelen op p. 3-4.

24 In de literatuur die ten tijde van de invoering van de regeling verscheen, werden deze uitgangspunten niet fundamenteel ter discussie gesteld. Dat past naadloos bij het algemene beeld dat er in die tijd weinig weerstand tegen de regeling bestond, zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32612, 3, p. 2-3.

25 *Handelingen II* 2010/11, 5 van 28 september 2011.

26 Het ministerie van Financiën heeft, als gezegd, niet op die evaluatie gewacht en een soortgelijke regeling ingevoerd voor belastingzaken bij de Hoge Raad.

27 *Kamerstukken II* 2014/15, 34000 VI, 29.

28 Leidend tot Giesen et al., *a.w.* In dit onderzoek werden twee vragen onderzocht, namelijk (1) hoe werkt de huidige procedure voor het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad in het civiele recht en (2) is het mogelijk, en zo ja, onder welke omstandigheden, om een prejudiciële procedure in het strafrecht in te voeren? Het onderzoek vormt dus ten eerste een tussentijdse evaluatie van de bestaande privaatrechtelijke regeling en enkel daarover handelt deze paragraaf. Het strafrecht blijft hier buiten beschouwing.

29 Zie nader voetnoot 13.

mogelijk te stellen vragen. Zo bespreken zij in verschillende overlegstructuren de problemen waar zij in hun dagelijkse praktijk tegenaan (kunnen) lopen en bekijken zij de wenselijkheid en mogelijkheid om, wanneer zich een geschikte procedure aandient, een prejudiciële vraag te stellen. En ook de behoefte van civiele procespartijen wordt bevredigd: zij betrekken de regeling met enige regelmaat bij hun processtrategie, bijvoorbeeld door de procedures al vanaf aanvang op te zetten als een prejudiciële vraagprocedure.<sup>30</sup> De regeling is bovendien, en ten derde, voldoende 'toegankelijk', want eenvoudig van aard en opzet; (processuele) problemen bij de inzet en het gebruik ervan doen zich niet of nauwelijks voor. Kortom, de regeling heeft "aangetoond bestaansrecht te hebben", zoals Korthals Altes en Groen het verwoorden<sup>31</sup> en is "een nuttig instrument", zoals Hermans stelt.<sup>32</sup>

Diverse betrokkenen houden de regeling ook – ten vierde – voor principieel wenselijk, omdat de rechtsvorming, de rechtszekerheid en de rechtseenheid naar hun (en onze) perceptie met de regeling gediend worden, ook al is er op (detail)punten enige kritiek mogelijk.<sup>33</sup> De wetgever sprak bij het opstellen van de Wpv specifiek verwachtingen uit betrekking hebbend op – kort gezegd – de bijdrage aan de rechtsvorming die door de regeling zou worden gestimuleerd, alsmede op de rechtszekerheid en de rechtseenheid die dichterbij zouden komen door prejudiciële vragen te beantwoorden. Te dien aanzien valt zonder terughoudendheid te concluderen dat de rechtsvorming, en in het kielzog daarvan tevens de rechtszekerheid en de rechtseenheid, in hoge mate gediend zijn door de Wpv.<sup>34</sup> Vrijwel alle prejudiciële vragen leiden immers tot antwoorden die in meerdere of mindere mate aan de rechtsvorming hebben bijgedragen (dat oordeel is overigens wel afhankelijk van eenieders definitie van rechtsvorming, welke definities uiteen kunnen lopen).<sup>35</sup> Vooral de *Bewijsbeslag*-zaak wordt in dit verband vaak genoemd en geroemd, maar er zijn meer voorbeelden te geven, zoals de (eerste) *Telefoonabonnementen*-zaak, de *Overwaarde-arrangement*-zaak en de *Imagine*-zaak.<sup>36</sup>

Tot slot – en ten vijfde – is de prejudiciële vraagprocedure een efficiënte regeling als het om tijdsverloop gaat. Veel voor de

## De prejudiciële vraagprocedure is een efficiënte regeling als het om tijdsverloop gaat.

evaluatie geïnterviewde advocaten gaven aan dat het stellen van de prejudiciële vraag in hun procedure weliswaar voor enige vertraging in de afwikkeling van het geschil heeft gezorgd, maar dat die vertraging zich dubbel en dwars terugbetaalt, aangezien sneller en goedkoper ('gratis naar de Hoge Raad') een oordeel van de Hoge Raad is verkregen. Die vertraging is overigens te overzien, want de Hoge Raad blijkt gemiddeld genomen – vanaf binnenkomst van de prejudiciële vraag tot en met de beantwoording – nog geen 28 weken (net boven de zes maanden) nodig te hebben.<sup>37</sup> Dat is een stuk sneller dan de gewone cassatietermijn van gemiddeld 42 weken.<sup>38</sup>

### 1.3.2 De belangrijkste succesfactoren<sup>39</sup>

Wat zijn tot nu toe dan de succesfactoren van de Wet prejudiciële vragen? Hierna benoemen we kort de – blijkens de evaluatie – belangrijkste voorwaarden voor het succes. Gewezen zij dan eerst en vooral op de *welwillendheid van de Hoge Raad* bij beantwoording van de prejudiciële vragen en de – zoals besproken – snelheid die daarbij betracht is, zowel door de Hoge Raad als door het Parket bij de Hoge Raad.<sup>40</sup> De Hoge Raad heeft hier het (vooraf) gevraagde leiderschap getoond en duidelijk prioriteit toegekend aan dit type zaken om ervoor te zorgen dat de feitenrechter niet zou worden ontmoedigd om prejudiciële vragen te stellen. Bovendien hanteert men omwille van de toegankelijkheid van de regeling, vooralsnog niet een al te strikte ontvankelijkheidstoets.<sup>41</sup>

Ten tweede heeft de prejudiciële vraagprocedure *meerwaarde* (in het licht van rechtsvorming, rechtseenheid en rechtszekerheid) *ten opzichte van andere rechtsvormende instrumenten*. Deze meerwaarde volgt uit (1) de aard van de regeling en (2) het gebruik en de invulling van verschillende rechtsvormende instrumenten in de praktijk. Ten aanzien van het eerste punt geldt dat in de prejudiciële vraagprocedure rechtsvragen in een 'zuivere(der) vorm' worden voorgelegd aan de Hoge Raad; de rechtsvragen zijn 'ontdaan van de ruis' die bij 'reguliere' cassatieprocedures vaak aanwezig is, aldus een geïnterviewde raadsheer. Bovendien zou de prejudiciële vraagprocedure meerwaarde hebben omdat de Hoge Raad in die procedure minder gemakkelijk bepaalde kwesties kan ontwijken. Zo ziet een geïnterviewde raadsheer een reeks van mooie

30 Meer daarover in Giesen et al., *a.w.*, par. 4.4.4.

31 D.J. Veegens/E. Korthals Altes & H.A. Groen (bew.), *Cassatie in burgerlijke zaken* (Asser-serie 7), Deventer: Kluwer 2015, nr. 338.

32 R.M. Hermans, 'Een visie op de taak van de Hoge Raad in de 21e eeuw', *TCR* 2015/5, p. 156-160, i.h.b. p. 159.

33 Nader daarover Giesen et al., *a.w.*, p. 224-230 en Giesen & De Jong, *a.w.*, p. 318-322.

34 Zie Giesen et al., *a.w.*, par. 4.9.

35 In Giesen et al., *a.w.*, par. 4.9.2 is voor een betrekkelijk ruim concept gekozen, waarbij het aanvullen van een leemte (er was nog geen antwoord) in elk geval ook als rechtsvorming telt.

36 Vgl. HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958; HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385; HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3023; HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162.

37 Vgl. Giesen et al., *a.w.*, par. 3.3.9.

38 Soms is er enige vertraging in de afwikkeling, maar dat ligt dan vrijwel steeds buiten de macht van de Hoge Raad (partijen die uitstel willen, fouten bij de griffie door het doorsturen van de uitspraak). De uitzondering hierop betreft de samenloop van twee zaken over het overwaardearrangement, een sprongcassatie en een prejudiciële vraag (zie HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3023), waarbij die vraag moest wachten op de cassatiezaak.

39 Uiteraard zijn bij de evaluatie ook punten van kritiek naar boven gekomen, maar deze bleken van ondergeschikt belang. Ze zijn nader besproken in Giesen et al., *a.w.*, p. 224-230 en in Giesen & De Jong, *a.w.*, p. 318-322.

40 Zie ook G. de Groot, 'Beginselen van procesrecht en de hoogste rechter. Mag, moet en gaat de Hoge Raad ooit in dialoog met het EHRM?', *TCR* 2016/1, p. 8-11, i.h.b. p. 11.

41 Zie daarover nader Giesen et al., *a.w.*, par. 3.3.4.

antwoorden van de Hoge Raad waarvan het maar de vraag is of deze zo hadden kunnen worden gegeven als men had moeten wachten op de traditionele wijze van afdoening. Ten aanzien van het tweede punt geldt dat alleen al de huidige frequentie van het gebruik van de Wpv, en de hoge rechtsvormende waarde van het gebruik ervan, die meerwaarde afdoende aantoont. Dat geldt zeker in verhouding tot de zeer uitzonderlijke gevallen waarin (in civiele zaken) een cassatie in het belang der wet wordt opgestart door de procureur-generaal. Ten opzichte van de sprongcassatie ligt de meerwaarde van de Wpv in de ook in dat geval nog steeds aanwezige versnelling van afdoening (bij een sprongcassatie slaan partijen weliswaar een instantie over, maar de zaak gaat dan wel als gewone cassatieprocedure, met bijbehorende termijnen, door).

Een andere (negatief omschreven) succesfactor is dat de regeling *geen knelpunten van importantie* kent. Van (ongewenste) neveneffecten van de prejudiciële procedure is dan ook weinig gebleken. Maar hierbij past wel de nodige voorzichtigheid en een grote mate van terughoudendheid, want juist op het punt van de mogelijke neveneffecten (Zijn er minder zaken aangebracht door de antwoorden in een besliste zaak? Zijn andere, vergelijkbare zaken eerder door feitenrechters afgewikkeld? Enzovoorts.) bleek het vrijwel onmogelijk om vaste aanknopingspunten voor een deugdelijke beantwoording te vinden. Niemand in de rechtsplegingsketen kan met enige mate van nauwkeurigheid beoordelen wat voor een effect prejudiciële antwoorden hebben (gehad) op andere, vergelijkbare zaken, juist omdat die zaken zich wellicht niet meer voorgedaan hebben, ingetrokken zijn, aangehouden zijn enzovoorts, zonder dat we zeker (kunnen) weten of dat inderdaad zo is.

### 1.3.3 De balans

Kortom, de ontwikkeling van het civiele recht heeft – over de volle breedte<sup>42</sup> – in ruime mate geprofiteerd van de regeling, en doet dat nog steeds: de rechtsvorming is gestimuleerd,<sup>43</sup> en zodoende tevens de rechtszekerheid en rechtseenheid, want de rechtsvorming neemt bestaande onzekerheden weg en leidt bovendien tot consistente, respectievelijk uniforme rechtstoepassing. Uiteraard geldt hier de kanttekening dat niet zeker is of een deel van dezelfde zaken niet ook op enig moment langs reguliere weg bij de Hoge Raad zou zijn gekomen en dus langs die weg dezelfde rechtsvormende resultaten zouden zijn bereikt. Maar veel van de betreffende zaken zijn er nu in elk geval *eerder* gekomen en dat is dus al

De prejudiciële vraagprocedure zou meerwaarde hebben omdat de Hoge Raad in die procedure minder gemakkelijk bepaalde kwesties kan ontwijken.

winst, terwijl andere zaken sowieso de Hoge Raad niet hadden kunnen bereiken (vanwege de appellgrens in combinatie met de beperkte cassatiegronden van art. 80 RO).<sup>44</sup> Daarmee is komen vast te staan, aldus het evaluatieonderzoek, dat de regeling in het civiele recht succesvol genoeg is geweest om daarmee door te gaan.<sup>45</sup> Vanuit het privaatrechtelijke veld zijn er bovendien ook geen principiële obstakels te benoemen voor een uitbouw van de wet naar andere delen van het recht, afgezien van de vraag of er daaraan behoefte zou bestaan en hoe dat dan wets-technisch precies zou moeten worden gerealiseerd.

## 2. Op weg naar een prejudiciële vraagprocedure in het bestuursrecht?

### 2.1 Inleiding

Met de constatering dat er vanuit het privaatrechtelijke veld geen principiële obstakels te benoemen zijn voor een uitbouw van de Wet prejudiciële vragen naar andere delen van het recht, is tevens de link naar het bestuursrecht gelegd. Zoals aan het begin van deze bijdrage naar voren is gekomen, heeft de regering zich positief uitgelaten over een beperkte invoering van de prejudiciële vraagprocedure in het bestuursrecht. Deze uitlating heeft zij gedaan in het kader van het (inmiddels ingetrokken) wetsvoorstel Organisatie hoogste bestuursrechtsspraak. Hiermee was het de bedoeling dat de institutionele inrichting van de bestuursrechtsspraak voortaan uit twee hoogste bestuursrechters bestond: de Hoge Raad en de Afdeling bestuursrechtsspraak. Het is in dat kader dat de regering – op voorzet van de president van en de procureur-generaal bij de Hoge Raad<sup>46</sup> – heeft opgemerkt dat het haar aansprak om aan de rechtbanken en gerechtshoven de mogelijkheid te bieden om prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen over belangrijke rechtsvragen op het gebied van de sociale zekerheid, de belastingen en het ambtenarenrecht.<sup>47</sup>

Het intrekken van dit wetsvoorstel doet niets af aan de vraag of het bestuursrecht ook moet inzetten op een eigen prejudiciële vraagprocedure bij de hoogste bestuursrechters. Wat pleit daarvoor en daartegen? Welke obstakels laten zich denken? Het ligt voor de hand om hier meteen op te merken dat de

<sup>44</sup> Dit strookt met de perceptie van de voor de evaluatie geïnterviewden, zie Giesen et al., *a.w.*, par. 4.9.4.

<sup>45</sup> Die bevinding wordt onderschreven door J. de Bie Leuveling Tjeenk & J.W.M.K. Meijer, 'De prejudiciële procedure: verschillen met de cassatieprocedure, aandachtspunten en wensen voor de toekomst', *NTBR* 2016/47, p. 323-328, i.h.b. p. 323 en 327.

<sup>46</sup> Advies van de president van en de procureur-generaal bij de Hoge Raad, bijlage bij *Kamerstukken II* 2014/15, 29279, 231, p. 2. Vgl. tevens het advies van de Wetenschappelijke Commissie van de NVvR, bijlage bij *Kamerstukken II* 2014/15, 29279, 231, p. 15.

<sup>47</sup> *Kamerstukken II* 2015/16, 34389, 7, p. 3, 6, 18-19 en 23; *Kamerstukken II* 2015/16, 34389, 3, p. 7. Vgl. *Kamerstukken II* 2014/15, 29279, 273, p. 8 en 11.

<sup>42</sup> Zie over de inhoudelijke spreiding van de binnengekomen en beantwoorde vragen o.a. Giesen et al., *a.w.*, par. 3.3.5, alsmede G. de Groot, 'Ruimte voor rechtsontwikkeling in civiele procedures bij de Hoge Raad', *NTBR* 2016/45, p. 310-311.

<sup>43</sup> Zie bijv. Veegens/Korthals Altes & Groen, *a.w.*, nr. 338.

rechtseenheid op het niveau van de verschillende rechtsgebieden vraagt (wellicht zelfs: schreeuwt) om invoering van de mogelijkheid van prejudiciële vragen in het bestuursrecht. Civiel en fiscaal heeft 'het' al, strafrecht krijgt 'het' binnenkort, blijkens het voornemen van de Minister van Veiligheid en Justitie,<sup>48</sup> en dus zou (de rest van) het bestuursrecht toch zeker ook moeten volgen, toch? Niettemin is er aanleiding om de hiervoor genoemde vragen nader onder de loep nemen, want privaatrecht is nu eenmaal geen bestuursrecht, het strafrecht is dat trouwens ook niet, en zelfs vanuit het belastingrecht is de link naar het (in elk geval: overige ('reguliere')) bestuursrecht niet zonder meer gelegd.

### 2.2 Een 'eigenaardigheid' van het bestuursrecht: zaaksgebonden feitenrechtspreek

De belangen van rechtsvorming, rechtszekerheid en rechtseenheid, zoals deze ten grondslag liggen aan de Wet prejudiciële vragen, zijn ook voor het bestuursrecht van belang. In het bestuursrecht is het waarborgen van die belangen een gedeelde verantwoordelijkheid van de verschillende hoogste bestuursrechters. Afgezien van de Hoge Raad (inzake belastingzaken), gaat het om drie instanties: de Centrale Raad van Beroep, het College van Beroep voor het bedrijfsleven en de Afdeling bestuursrechtspraak.<sup>49</sup> Hun rechtspraak is, gelet op het feit dat zij – naast hoogste rechter – feitenrechter zijn, als uitgangspunt sterk zaaksgebonden.<sup>50</sup>

Niettemin zijn de belangen van rechtsvorming, rechtszekerheid en rechtseenheid voor het bestuursrecht de laatste jaren meer en meer op de voorgrond getreden; daarbij wordt in de literatuur op verschillende onderdelen het civiele recht gevolgd.<sup>51</sup> Het uitgangspunt van de zaaksgebonden rechtspreek is voor die belangen tot nu toe dus geen belemmering gebleken, en dat geldt eens te meer door de trend in de bestuursrechtspraak – en de codificatie ervan in art. 8:41a (en het gewijzigde art. 8:72) Awb – dat de bestuursrechter de mogelijkheid moet onderzoeken om het geschil definitief te beslechten waardoor er relatief meer ruimte is ontstaan om zaaksoverstijgend te oordelen. Daarbij is tevens van belang dat ook in de bestuursrechtspraak inmiddels in meerdere of mindere mate verschillende vormen van zaaksdifferentiatie

## De ontwikkeling van het civiele recht heeft – over de volle breedte – in ruime mate geprofiteerd van de regeling, en doet dat nog steeds.

worden toegepast.<sup>52</sup> Bij de Afdeling bestuursrechtspraak bijvoorbeeld gaat het om het 'Programma Maatwerk'. Om ook haar hoedanigheid van feitenrechter te combineren met haar taken op het gebied van de rechtsvorming en rechtseenheid, wordt in een vroeg stadium een verschil gemaakt tussen 'gewone' zaken en principiële zaken, zodat aan die laatste categorie de vereiste aandacht kan worden besteed.<sup>53</sup>

Het nog immer groeiende besef dat ook voor het bestuursrecht de belangen van rechtsvorming, rechtszekerheid en rechtseenheid gewaarborgd dienen te worden en op welke wijze daar handen en voeten aan

moeten worden gegeven, is verder tot uitdrukking gekomen in het – reeds aan het begin van deze bijdrage genoemde – ingetrokken wetsvoorstel Organisatie hoogste bestuursrechtspreek en het ten behoeve van dat wetsvoorstel uitgebrachte rapport van de Commissie rechtseenheid bestuursrecht. Verder is te wijzen op de Wet aanpassing bestuursprocesrecht van 1 januari 2013, waarmee is voorzien in de bevoegdheden om een zogeheten grote kamer te vormen en om een conclusie van een advocaat-generaal te vragen. Daarenboven kan erop worden gewezen dat in 2015 door de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak een 'Klankbordgroep rechtsvorming bestuursrecht' is ingesteld.<sup>54</sup> Tot besluit van dit punt is in de rechtspraak van (tot nu toe alleen) de Afdeling bestuursrechtspraak – daarbij de Hoge Raad volgend<sup>55</sup> – in het kader van de rechtsvorming, rechtseenheid en rechtszekerheid inmiddels gestart met het werken met overzichtsuitspraken.<sup>56</sup>

### 2.3 De voorziene voor- en nadelen van de prejudiciële vraagprocedure in het bestuursrecht

De vraag of de prejudiciële vraagprocedure tevens in het bestuursrecht moet worden ingevoerd, is eerder besproken door Barkhuysen en Schuurmans.<sup>57</sup> Hun beantwoording van die vraag is (uiteindelijk) positief: ook het bestuursrecht is gebaat bij de prejudiciële vraagprocedure waarbij de rechtsvraag in kwestie er één is waarvan het antwoord van belang is voor – kort gezegd – talrijke andere feitelijk vergelijkbare zaken. Met juistheid herhalen ze hiervoor het standpunt van de regering dat het haar uitdrukkelijke wens is om het bestuursrecht en het civiele recht niet meer dan nodig uit

48 Vgl. Kamerstukken II 2016/17, 32612, E.

49 De andere hoogste bestuursrechters, te weten het Hof Arnhem-Leeuwarden (inzake de administratieve handhaving van verkeersvoorschriften) en het College van Beroep voor het hoger onderwijs, worden buiten beschouwing gelaten.

50 Vgl. R. Ortlep, 'Optimaliseren rechtseenheid tussen de hoogste bestuursrechters', in: E.M.H. Hirsch Ballin et al., *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter* (VAR-reeks 154), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2015, p. 59-160, i.h.b. p. 73 e.v. Zaaksgebondenheid speelt overigens ook in de rechtspraak van de Hoge Raad in civiele zaken een belangrijke rol.

51 Vgl. Ortlep, a.w. (2015), met vele voorbeelden van de gedachten daarover in de literatuur.

52 Vgl. L.M. Koenraad & J.L. Verbeek, 'It takes two to tango', in: P.H.P.H.M.C. van Kempen et al. (red.), *Hoger beroep: renovatie en innovatie*, Deventer: Kluwer 2014, p. 225-237.

53 Vgl. Jaarverslag Raad van State over 2011, p. 67 en 72 (te vinden op [www.raadvanstate.nl](http://www.raadvanstate.nl)). Zie J. van Kreveland & J. Roelfsema, 'Efficiënt en definitief: maatwerk bij de Raad van State', *Tijdschrift conflictantering* 2013/3, p. 29-33.

54 Vgl. Jaarverslag van de Raad van State over 2015, p. 71 (te vinden op [www.raadvanstate.nl](http://www.raadvanstate.nl)).

55 Vgl. voor een mooi (historisch) overzicht L.J.A. Pieterse, 'Het verschijnsel overzichtsarrang: een oriëntatie', *FED* 2017/1.

56 Vgl. ABRvS 28 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2582.

57 T. Barkhuysen & Y.E. Schuurmans, 'Een prejudiciële procedure in het bestuursrecht?', *AA* 2013/10, p. 736-739.

elkaar te laten groeien (een punt dat reeds is aangestipt in paragraaf 2.1). Zij wijzen er verder terecht op dat de behoefte aan de prejudiciële vraagprocedure erin bestaat dat in het bestuursrecht bestuursorganen vaak (nieuwe) regelgeving moeten omzetten in vele individuele besluiten en het daarmee juist in dat rechtsgebied regelmatig voorkomt dat in een groot aantal geschillen in wezen dezelfde rechtsvraag speelt.<sup>58</sup> Het zijn in eerste instantie de lagere rechters (rechtbanken) die (samen met de justitiabelen en bestuursorganen) zich geconfronteerd zien met de vraag hoe zij moeten omgaan met repeterende rechtsvragen. Een bekend en recent voorbeeld biedt de rechtspraak over de omwenteling in het sociale domein, waarbij de Wet maatschappelijke ondersteuning, de Jeugdwet en de Participatiewet zijn gedecentraliseerd.<sup>59</sup> Daarenboven speelt ook in het bestuursrecht de groeiende verwevenheid van de nationale rechtsorde met de Europese rechtsorde, hetgeen voor bijvoorbeeld het vreemdelingenrecht en het economisch recht veelvuldig als resultaat heeft dat lagere rechters (rechtbanken) en justitiabelen en bestuursorganen behoefte hebben aan handvatten van een hogere bestuursrechter inzake de toepassing van Europese regelgeving en/of rechtspraak in de nationale rechtsorde. Ter zake kan worden gedacht aan het *Korošec*-arrest van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens,<sup>60</sup> op grond waarvan in de lagere rechtspraak geworsteld wordt met een eventuele veroordeling wegens schending van art. 6 EVRM, als wordt vastgehouden aan de huidige (beperkte) wijze van omgaan met het inschakelen van deskundigen op de voet van art. 8:47 Awb.<sup>61</sup>

Met Barkhuysen en Schuurmans<sup>62</sup> zijn wij van oordeel dat de – in paragraaf 1.2 besproken – kerndoelstellingen van de Wpv kunnen worden vertaald naar voorziene voordelen om ook voor het bestuursrecht de prejudiciële vraagprocedure in te voeren. Dit lijkt ook (politiek) een haalbare kaart te zijn (vergeleek reeds paragraaf 2.1). Na het intrekken van het wetsvoorstel Organisatie hoogste bestuursrechtspraak hebben de vier hoogste bestuursrechters onlangs een gezamenlijk standpunt

## De prejudiciële vraagprocedure behelst volgens ons geen institutionele verandering en kan binnen de bestaande kaders worden uitgevoerd.

naar buiten gebracht over de organisatie van de hoogste bestuursrechtspraak. Zij roepen de politieke actoren op:<sup>63</sup>

*“(...) te voorzien in een periode waarin geen institutionele veranderingen worden voorgesteld voor de hoogste bestuursrechtspraak. Hun wordt bovendien gevraagd de betrokken colleges rust te gunnen om waar nodig zichzelf te hervinden en verder te gaan met de inhoudelijke samenwerking om langs die weg de rechtseenheid in het bestuursrecht te bewaken en te bevorderen.”*

De prejudiciële vraagprocedure behelst volgens ons geen *institutionele* verandering en kan binnen de bestaande kaders worden uitgevoerd. Samen met de reeds bestaande informele samenwerking, wordt met de prejudiciële vraagprocedure een mogelijkheid gecreëerd om al vroeg in een procedure het antwoord op een (repeterende) rechtsvraag te verkrijgen in gevallen waarin de maatschappelijke behoefte aan een richtinggevende uitspraak van een van de hoogste bestuursrechters groot is. Dat kan en zal leiden – zo verwachten wij – tot versnelde rechtsvorming en tot meer (en eerdere) rechtszekerheid (justitiabelen krijgen sneller duidelijkheid) en rechtseenheid (men vermindert zo het gevaar dat lagere rechters in identieke individuele zaken tegenstrijdige uitspraken doen). Voorts zien wij als winst dat binnen het kader van de prejudiciële vraagprocedure een mogelijkheid<sup>64</sup> wordt geboden aan anderen dan procespartijen om schriftelijke opmerkingen te maken met het oog op de beantwoording van de voorliggende (repeterende) rechtsvraag. Ook in het advies van de Commissie rechtseenheid bestuursrecht is de behoefte aan deze mogelijkheid onderstreept, teneinde een zo compleet mogelijk beeld te krijgen van de juridische en maatschappelijke context van een bepaald geschil.<sup>65</sup>

Natuurlijk zijn er ook tegenargumenten (en dus voorziene nadelen) denkbaar. Allereerst is hiervoor uiteengezet dat een eigenaardigheid van het bestuursrecht is dat het hier, afgezien van de Hoge Raad (inzake belastingzaken), om drie hoogste feitenrechters gaat, en dat hun rechtspraak als uitgangspunt sterk zaaksgebonden is. Op voorhand kan dit als tegenargument worden aangevoerd. Immers, gedacht kan worden dat een succesfactor voor de prejudiciële procedure is dat een rechtsvraag in de meest zuivere vorm (lees: zo veel mogelijk ontdaan van feitelijkheden) wordt gesteld. Vooropgesteld zij echter dat het succes van de Wpv voor het civiele recht niet in de eerste plaats te danken is – althans daartoe ontbreekt enige

58 Barkhuysen & Schuurmans, *a.w.*, p. 738. Zij wijzen als voorbeeld terecht op de rechtspraak over de zgn. bijdrageheffingen aan woningcorporaties (vgl. nog recent ABRvS 28 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2568).

59 Vgl. B.J. van Etekoven, “Herrie rond de keukentafel”. Over de WMO 2015 en maatschappelijk adequate rechtsbescherming, *NTB* 2016/10, p. 373-377.

60 EHRM 8 oktober 2015, nr. 77212/12, AB 2016/167. Zie nader P. Lemmens, ‘De deskundige, het bestuur, de rechter en het recht van de partijen op een eerlijk proces’, *NJB* 2017/472, p. 574-580; G. de Groot, ‘Deskundigenbewijs in het bestuursrecht na het Korošec-arrest’, *NJB* 2017/473, p. 581-588. In dat licht wordt ook gewezen op het *Gillissen*-arrest (EHRM 15 maart 2016, nr. 39966/09, AB 2016/132), waarin het gaat om de veroordeling vanwege het ten onrechte niet ingaan door de CRvB op het aanbod getuigen te horen in een uitkeringsfraudezaak.

61 Vgl. Rb. Oost-Brabant 8 december 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:6757; Rb. Midden-Nederland 22 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6305; Rb. Den Haag 11 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:14921.

62 Vgl. Barkhuysen & Schuurmans, *a.w.*, p. 738 e.v.

63 Te vinden op [www.raadvanstate.nl](http://www.raadvanstate.nl).

64 Aansluitend bij de al bestaande mogelijkheid van art. 8:45 Awb om anderen dan partijen schriftelijke inlichtingen te vragen gedurende het onderzoek. Vgl. De Moor-van Vugt, *a.w.*, p. 31 e.v.

65 Vgl. Bijlage bij *Kamerstukken II* 2015/2016, 34389, 9, i.h.b. p. 19 e.v.



aanleiding – aan het gegeven dat de Hoge Raad geen feitenrechter maar cassatierechter is.<sup>66</sup> De prejudiciële vraagprocedure biedt de mogelijkheid om rechtsvragen voor te leggen aan de hoogste rechter en die beantwoordt vervolgens die rechtsvraag; met diens taak als feiten- of cassatierechter is geen verband aangetoond. In het kader dat elk nadeel zijn voordeel heeft, herinneren wij er voorts aan (vergelijk paragraaf 1.2) dat in de civielrechtelijke literatuur ten aanzien van de Wpv wel is opgemerkt dat een nadeel van de prejudiciële vraagprocedure is dat de feiten nog niet definitief vaststaan.<sup>67</sup> Dit geldt zeker waar het kwesies betreft met een 'gemengd'

– deels juridisch, deels feitelijk – karakter. Dat nadeel kan in het bestuursrechtelijke discours dus in elk geval niet met recht worden opgevoerd. Belangrijker is echter dit: hoewel wij niet willen ontkennen dat de beantwoording van een prejudiciële vraag door een (hoogste) feitenrechter een andere dynamiek kan hebben dan een beantwoording door een cassatierechter, zien wij ook de drie hoogste bestuursrechters als feitenrechters in staat om de feiten van de zaak ter beantwoording van een rechtsvraag alleen – zoals dat in de regel ook het geval is – te gebruiken als inkleuring. Dat dit ook nu al de praktijk is, zien wij in elk geval terug in de rechtspraak van de zogeheten grote kamer van (tot nu toe) de Afdeling bestuursrechtspraak en het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

Ten aanzien van het bestuursrecht wordt – als tweede voorziene tegenargument – veelvuldig gewezen op het belang van de snelle doorlooptijden. Schueler heeft dit – in het kader van het voorstel om ook in het bestuursrecht cassatie bij de Hoge Raad open te stellen – als volgt onder woorden gebracht:<sup>68</sup>

*"Bestuursrechtspraak is geen civiele rechtspraak en lijkt daar ook niet op. In het bestuursrecht gaat het om besluiten die vaak nog moeten worden uitgevoerd. Daar zitten mensen op te wachten, bijvoorbeeld omdat zij met bouwen willen beginnen. Er zijn vaak ook grote groepen wachtenden die zelf geen partij zijn in het geding. Natuurlijk wordt in civiele zaken ook op de uitkomst gewacht, maar de maatschappelijke impact van dat wachten is niet te vergelijken met dat in bestuursrechtelijke zaken. Met de uitvoering van veel besluiten zijn bovendien algemene belangen (economische ontwikkeling, natuurbescherming enz.) gemoeid, die de samenleving als collectief raken en die vaak ver uitstijgen boven de belangen van een individuele partij."*

66 Overigens, ook de Hoge Raad ziet de feiten als zeer wezenlijk, zie daartoe A. Hammerstein, 'Beklemd tussen het recht en de feiten', *TCR* 2015/5, p. 152: "De feiten zijn altijd belangrijk. Ook in cassatie gaat het vooral over de feiten." Daarin bestaat dus in zoverre geen verschil ten opzichte van (de positie van) de hoogste bestuursrechters.

67 Zie bijv. Tjittes & Meijer, *a.w.*, p. 173 en daarover Giesen et al., *a.w.*, par. 3.3.10.

68 B.J. Schueler, 'Waar zit de bestuursrechter van de toekomst?', *NJB* 2012/21, p. 1458-1461, i.h.b. 1458.

## De periode vanaf binnenkomst van de prejudiciële vraag tot en met de beantwoording door de Hoge Raad is gemiddeld nog geen 28 weken.

Los van het feit dat wij ons niet (zomaar) kunnen vinden in de schets dat in civiele zaken de maatschappelijke impact van 'moeten wachten' niet te vergelijken is met de impact daarvan in bestuursrechtelijke zaken, lijkt hier de veronderstelling te zijn dat de invoering van de prejudiciële vraagprocedure als (ongewenst) resultaat heeft dat de doorlooptijden in de bestuursrecht-spraak substantieel langer zullen worden, met aanzienlijk hogere maatschappelijke kosten (dat wil zeggen: kosten die voor partijen en anderen voortvloeien uit onzekerheid over hun rechtspositie)<sup>69</sup> als gevolg.

Beperken wij ons evenwel tot de empirisch waarneembare werkelijkheid, dan moet worden geconstateerd dat de periode vanaf binnenkomst van de prejudiciële vraag tot en met de beantwoording door de Hoge Raad gemiddeld nog geen 28 weken (net boven de zes maanden) is, hetgeen hieraan ligt dat de Hoge Raad (en het Parket) met behoorlijke voortvarendheid de prejudiciële vraagprocedure doorzet.<sup>70</sup> Waarom zouden wij niet ook van de Afdeling bestuursrechtspraak, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven mogen verwachten dat zij door voortvarend werk de prejudiciële vraagprocedure beperken tot gemiddeld 28 weken (net boven de zes maanden)?<sup>71</sup> Hierbij merken we tevens op dat de tijd (en daarmee kosten) voor de baat uit gaan. Het door de prejudiciële vraagprocedure stimuleren van de rechtsvorming, en daarmee de rechtszekerheid en rechtseenheid, draagt bij aan een efficiënte en doelmatige procesvoering, waarbij justitiabelen (en bestuursorganen) zonder zelf helemaal door te hoeven procederen tot aan de hoogste bestuursrechter, snel een antwoord krijgen op de voor hen relevante rechtsvraag. Bovendien kunnen andere burgers en bestuursorganen die tegen dezelfde kwestie aanlopen, snel een goede inschatting maken van de oplossing voor hun conflict, zodat zij vervolgens door middel van een goedkopere alternatieve wijze van geschilbeslechting dat geschil tot een einde kunnen brengen in plaats van (ook) naar de rechter te stappen.<sup>72</sup> Dat evenwel

69 Vgl. Ortlep *a.w.* (2016), p. 9.

70 Giesen et al., *a.w.*, p. 129-131. Hierbij merken wij, ter vergelijking, op dat de zgn. grote kamer van de Afdeling bestuursrechtspraak, waarbij tevens een conclusie is genomen, gemiddeld zeventig weken nodig heeft. Vgl. Commissie rechtseenheid bestuursrecht 2016, p. 33. De eerste prejudiciële antwoorden van de belastingkamer van de Hoge Raad (HR 3 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:346 en ECLI:NL:HR:2017:342) lieten zeven maanden op zich wachten. Dat was inclusief de tijd die gemoeid was met de inbreng door derden, de mogelijkheid voor partijen om daarop te reageren, en het nemen van een conclusie door A-G Wattel.

71 Of wellicht nog een aantal weken korter als er geen conclusie van de A-G zou worden gevraagd (zie par. 2.4). Mocht er geen conclusie komen, dan is het ook niet nodig dat partijen nog daarop moeten kunnen reageren, hetgeen nog meer tijdswinst zou betekenen.

72 Vgl. Ortlep, *a.w.* (2015), p. 75, met verwijzing naar F.P. van Tulder, *In de schaduw van de rechter. Individuele en maatschappelijke kosten en baten van de juridische infrastructuur* (Research Memorandum nr. 4), Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2014, p. 86 en 110.

de gewenste snelle doorlooptijden (het beperken van de maatschappelijke kosten) in het bestuursrecht een punt van aandacht blijven, wordt hierna nader besproken.

#### 2.4 Aandachtspunten voor de prejudiciële vraagprocedure in het bestuursrecht

Wij zeiden het al: het bestuursrecht is geen privaatrecht. In het bestuursrecht ligt het *ex nunc* vaststellen van rechten en plichten primair in de handen van het bestuursorgaan zelf. Eigen aan het bestuursrecht is daarmee dat rechtsvorming ook bij het bestuur(sorgaan) ligt. Het bestuursorgaan draagt zorg voor de totstandkoming van originele rechtsvaststellingen door het nemen van besluiten. Hiermee hangt samen dat – anders dan in het civiele recht – de procedure veelal begint met een bezwaarschrift bij het bestuursorgaan dat het besluit heeft genomen. Wij zijn er in dat licht ook, met Barkhuysen en Schuurmans, voorstander van om te voorzien in een regeling voor het aanhouden van de behandeling van bezwaarschriften in vergelijkbare zaken als door de lagere rechter (rechtbank) een prejudiciële vraag is gesteld, totdat op die vraag een antwoord beschikbaar is.<sup>73</sup>

In het bestuursrechtelijk discours wordt veelvuldig gewezen op het belang van de snelle doorlooptijden, teneinde de maatschappelijke kosten zo beperkt mogelijk te houden. Een punt van aandacht is dat – als we de huidige civielrechtelijke regeling volgen – de prejudiciële vraagprocedure niet afdoet aan de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie na beantwoording van de vraag, zodat er in theorie sprake kan zijn van een zogeheten opstapeling van procedures.<sup>74</sup> Onze verwachting is evenwel dat de soep op dit punt niet zo heet wordt gegeten als hij wordt opgediend. Immers, hoger beroep en cassatie zijn nergens meer voor nodig als al duidelijk is hoe de rechtsvraag, die partijen verdeeld hield, moet worden beantwoord, en een (snelle) beantwoording van een onzekere rechtsvraag zal bijdragen aan de schikkingsbereidheid van partijen en daarmee intrekking van het beroep. Dat partijen alsnog in hoger beroep (en in een uitzonderlijk geval: cassatie) gaan in een zaak die al prejudicieel is beslist, zal dus uiterst zeldzaam zijn,<sup>75</sup> temeer daar de rechtszekerheid – afgezien van het geval dat de feiten later anders blijken te liggen<sup>76</sup> – zich ertegen verzet dat in een opvolgende procedure de hogere rechter zijn antwoord bijstelt of heroverweegt.<sup>77</sup> Om geen onnodige risico's te nemen, willen wij ook voor de prejudiciële

## Wij verwachten dat een prejudiciële vraagprocedure goed in het bestuursrecht past.

vraagprocedure in het bestuursrecht in overweging geven om voor de uitspraak waarmee de lagere rechter (rechtbank) beslist om een prejudiciële vraag te stellen (een tussenuitspraak), de mogelijkheid van een rechtsmiddel uit te sluiten<sup>78</sup> (een rechtsmiddel tegen de einduitspraak zou, als gezegd, naar onze verwachting uiterst zeldzaam zijn). Indien er wordt gekozen voor de regeling – waarvan wij een voorstander zijn – dat voor de beantwoording

van een prejudiciële vraag de advocaat-generaal een conclusie neemt, kan daarbij worden opgenomen dat van het vragen van een dergelijke conclusie wordt afgezien indien daar redelijkerwijs geen behoefte aan bestaat.<sup>79</sup> Verder kan worden gekozen om de oorspronkelijke beslissing aan te houden en dus niet om de procedure te schorsen.<sup>80</sup> Dit betekent dat de behandeling van andere onderdelen van het geschil gewoon doorgang zou kunnen vinden. Een algemenere voorziening om de maatschappelijke kosten te kunnen beperken, is om (ook hier) op te nemen dat van beantwoording kan worden afgezien indien de hoogste bestuursrechter oordeelt dat een prejudiciële vraag zich niet leent voor beantwoording of zij van onvoldoende gewicht is om de beantwoording te rechtvaardigen.<sup>81</sup> Tot besluit – en hiermee in samenhang – kan de hoogste bestuursrechter een prejudiciële vraag strenger toetsen aan het 'talrijke andere geschillen'-criterium.<sup>82</sup> Met het voorgaande hebben de hoogste bestuursrechters dan ook voldoende in handen om zelf te kunnen bepalen of een prejudiciële vraag wordt beantwoord en om ongepaste vertragen tegen te gaan. Er kan genoeg snelheid worden ontwikkeld, mits de hoogste bestuursrechters, zoals de Hoge Raad dat tot nu toe gedaan heeft, leiderschap tonen. Wij zien geen aanleiding om te denken dat de hoogste bestuursrechters dat niet zouden kunnen.

### 3. Een verwacht succesverhaal?

In de onderhavige bijdrage hebben wij de vraag gesteld of de prejudiciële vraagprocedure mogelijk een aanwinst voor het bestuursrecht is, en indien dat het geval zou zijn – hetgeen wij met klem zouden willen verdedigen – waar liggen dan nog aandachtspunten als het om de invoering en toepassing ervan gaat? Wij stellen daarbij voorop dat wij verwachten dat een prejudiciële vraagprocedure ook goed in het bestuursrecht past. Het is een goed en waarschijnlijk politiek haalbaar alter-

73 Vgl. Barkhuysen & Schuurmans, *a.w.*, p. 739. Zie art. 392 lid 6 Rv, waarin – kort gezegd – is bepaald dat de rechter andere lopende procedures waarvoor het prejudicieel antwoord van belang is, kan aanhouden, na instemming daarmee door de partijen.

74 Waarbij wij de mogelijkheid van een prejudiciële procedure bij het Hof van Justitie van de Europese Unie buiten beschouwing laten.

75 Ons zijn geen voorbeelden daarvan uit het privaatrecht bekend.

76 Vgl. HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4889.

77 Vgl. Giesen et al., *a.w.*, p. 140-141, l.h.b. voetnoot 429.

78 Vgl. art. 392 lid 3 Rv.

79 Een soortgelijke regeling heeft de Commissie rechtseenheid bestuursrecht 2016 in een ander kader voorgesteld. Vgl. Ortlep, *a.w.* (2016), p. 19.

80 Vgl. art. 392 lid 5 Rv. In de fiscale prejudiciële vraagprocedure wordt de onderliggende procedure blijkens art. 27ga lid 5 AWR overigens wel geschorst.

81 Vgl. art. 393 lid 8 Rv.

82 Giesen et al., *a.w.*, p. 224-225. Wij stellen ons in dat verband verder voor dat, zoals dat ook in het civiele recht is gebeurd (vgl. par. 1.3.1), de lagere bestuursrechters (rechtbanken) proactief nadenken over mogelijk te stellen prejudiciële vragen, dat zij in verschillende overlegstructuren de problemen bespreken waar zij in hun dagelijkse praktijk tegenaan lopen, en dat zij de wenselijkheid en mogelijkheid bekijken om, wanneer zich een geschikte procedure aandient, een prejudiciële vraag te stellen.

natief voor het ingetrokken wetsvoorstel Organisatie hoogste bestuursrechtspraak. Bovendien is er, ook in het bestuursrecht, (steeds meer) behoefte aan het tijdig en definitief beslechten van het geschil en aan bevordering van de rechtseenheid en rechtsvorming. Daarmee willen wij niet beweren dat de regering de civielrechtelijke regeling een-op-een zou moeten kopiëren, dat is voor fiscale zaken ook niet gebeurd en zal voor het strafrecht ook niet gaan gebeuren,<sup>83</sup> maar wel dat de

bestaande regeling als inspiratie kan dienen om de door ons besproken aandachtspunten (aanhouden van bezwaar; beperken van maatschappelijke kosten door waarborgen doorlooptijden) te regelen. Er is, kortom, geen enkele door-slaggevende reden om het bestuursrecht een prachtig instrument ter bevordering van de rechtsvorming, rechtszekerheid en rechtseenheid te onthouden.

83 Zie nader Giesen et al., *a.w.*, par. 8.5.