

Prejudiciële vragen *aan* de Hoge Raad, valkuilen *voor* de Hoge Raad

S. S. van Kampen LLB en prof. mr. I. Giesen *

1 Inleiding

1.1 Hoofdvraag en belang

Op 1 juli 2012 is de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad¹ in werking getreden. Deze wet maakt het voor de feitenrechter mogelijk om lopende een civiele procedure en alvorens uitspraak te doen prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad, en wel (1) in het geval van massaschadeclaims en (2) in het geval van ‘talrijke, feitelijk vergelijkbare zaken’.² De wet creëert daarmee de mogelijkheid om al vroeg in een gerechtelijke procedure het antwoord op een prangende rechtsvraag te krijgen, wat tot meer (en eerdere) rechtszekerheid en rechtseenheid kan leiden. Deze mogelijkheid is inmiddels ook al benut, en heeft recentelijk tot een eerste uitspraak geleid.³

Ten tijde van de introductie van het betreffende wetsvoorstel⁴ en de verdere totstandkoming van deze wet⁵ hebben wij een empirisch onderzoek opgezet en uitgevoerd waarbij de rol van de feitenrechter bij het hanteren van deze wet centraal staat. Wij vroegen ons namelijk af of de vooronderstellingen die de wetgever hanteerde bij de totstandkoming van de nieuwe wetgeving, wel juist waren. Zou de feitenrechter tijdig herkennen dat zich de mogelijkheid van een prejudiciële vraag aandient, zou deze vervolgens op de juiste wijze de juiste vraag

stellen en zou deze tevens bereid zijn de vraag te stellen?⁶ Daarop voortbouwend luidt de hoofdvraag van ons onderzoek: ‘In hoeverre zijn feitenrechters naar eigen verwachting in staat en bereid prejudiciële vragen te stellen conform de nieuwe wetgeving?’

Het antwoord op die vraag biedt (enig) inzicht in het te verwachten gebruik (dat wil zeggen het aantal vragen aan de Hoge Raad) van de nieuwe regeling in de komende periode, en met name in de factoren die kunnen bijdragen aan het wel of niet gebruik maken van die regeling door de feitenrechters. Het onderzoek laat ook zien wat de feitenrechter verwacht van de Hoge Raad als ‘leidinggevende’ en wat de valkuilen zijn die mogelijk aan het succes van deze nieuwe wet in de weg staan. Men zou het onderzoek wat dat betreft ook als een (te laat uitgevoerde) nulmeting kunnen zien.

1.2 Opzet van het onderzoek

Om tot beantwoording van onze hoofdvraag te komen, hebben wij ons onderzoek in drie delen opgedeeld. In het eerste gedeelte is de Wet Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad besproken. Hier wordt in dit artikel verder niet op ingegaan, gelet op de aanzienlijke aandacht die hieraan in de literatuur al is besteed.⁷

Het tweede gedeelte beschrijft de hiervoor al genoemde (impliciete) assumpties over de rechters waar deze wet van uitgaat. Het succes van zo’n systeem van prejudiciële vragen staat of valt immers met de capaciteiten en de bereidheid van de feitenrechters om dergelijke vragen te stellen. Zij moeten in staat zijn om zulke vragen te herkennen en om deze vragen goed geformuleerd te stellen. Daarnaast moet de feitenrechter ook bereid zijn om een deel van zijn gewone taak uit handen te geven. Indien niet aan deze vereisten wordt voldaan, zal het systeem in de praktijk weinig tot geen betekenis hebben. In een theoretisch model hebben wij de factoren uiteengezet die

* S.S. van Kampen, LLB is student aan de Legal Research Master van de Universiteit Utrecht. Prof. mr. I. Giesen is hoogleraar privaatrecht aan de Universiteit Utrecht, en als onderzoeker verbonden aan het Montaigne Centrum voor Rechtspleging en aan UCALL, het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law. Hij is tevens raadsheer-plaatsvervanger bij het Gerechtshof Den Bosch. Dit onderzoek is gebaseerd op de Utrechtse afstudeerscriptie van Sarah van Kampen. De auteurs danken Bert Niemeijer voor zijn hulp bij de opzet van het empirische onderzoek en de rechters die meegewerkt hebben aan de interviews.

1. De Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad is in werking getreden op 1 juli 2012, gepubliceerd in Stb. 2012, 65, art. 392-394 Rv.
2. Art. 392 lid 1 Rv.
3. Ten tijde van het schrijven van dit artikel zijn er twee prejudiciële vragen gesteld. Op 3 augustus 2012 heeft de Rechtbank Utrecht de eerste prejudiciële vraag gesteld over de reikwijdte van de executorialie kracht van een hypotheekakte (Rb. Utrecht 3 augustus 2012, LJN BX3391). Daarop is inmiddels ook de conclusie van A-G Huydecoper verschenen (Conclusie A-G 30 november 2012, LJN BY4889), en zeer recentelijk de uitspraak en dus het antwoord van de Hoge Raad, zie HR 8 februari 2013, LJN BY4889 (Rabohypotheek/X.). De tweede prejudiciële vraag is gesteld door de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam, en betreft onder meer de vraag of voor niet-IE-zaken ook de mogelijkheid bestaat van bewijsbeslag (Vzr. Rb. Amsterdam 4 december 2012, LJN BY 6220).
4. Stcrt. 10 februari 2011, nr. 2341.
5. Zie Kamerstukken II 2011/12, 32 612.

6. Zie nader 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, De Hoge Raad in 2025, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2011, p. 59-62.
7. Zie bijv. Giesen 2011; N. Frenk, De prejudiciële procedure: ruimere mogelijkheden voor de rechtsontwikkeling bij de toepassing van vage normen en onbepaalde begrippen, in: A.M. Hol, I. Giesen & F.G.H. Kristen, De Hoge Raad in 2025, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2011, p. 115 e.v.; M.M. Stolp & J.F. de Groot, Een nieuwe procesvorm: het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad (art. 392-394 nieuw Rv), MvV 2012, nr. 6, p. 165 e.v. en G.J.M. Corstens, De Hoge Raad als knooppunt voor rechterlijke samenwerking, Trema 2012, nr. 7, p. 234 e.v.

volgens ons het stellen van prejudiciële vragen zouden kunnen bevorderen of juist afremmen.⁸

Dit artikel zal alleen ingaan op het derde onderdeel van ons onderzoek. Daarvoor hebben wij een aantal rechters geïnterviewd over deze wet en hun verwachtingen daarbij. Hierbij stonden drie vragen centraal:

1. Is de lagere rechter, gegeven de aanwijzingen in de wet, in staat om een geval waarin een prejudiciële vraag gesteld zou kunnen worden, te identificeren?
2. Is de lagere rechter, gegeven de aanwijzingen in de wet, in staat om de prejudiciële vraag op een goede wijze aan te brengen?
3. Onder welke omstandigheden zal de lagere rechter ertoe overgaan om prejudiciële vragen te stellen?

Door middel van de interviews is getracht antwoord te vinden op deze drie vragen. In totaal zijn vijftien rechters, vijf bij het Hof Den Bosch en tien bij de Rechtbank Utrecht, geïnterviewd aan de hand van een semigestructureerde vragenlijst.⁹ Deze vragenlijst is gebaseerd op het door ons opgestelde theoretisch model. In de drie hiernavolgende paragrafen wordt geprobeerd een antwoord te geven op de bovenstaande vragen op basis van de factoren die door de rechters in de interviews genoemd zijn. Hierbij wordt veelvuldig gebruik gemaakt van – uiteraard geanonimiseerde – citaten uit de interviews met de betrokken rechters. Paragraaf 5 rondt vervolgens af met een slotbeschouwing en conclusies.

Wij pretenderen uiteraard niet dat deze vijftien interviews een statistisch significant beeld (kunnen) geven. Wel denken wij dat de in dit artikel uitgewerkte interviews een beeld kunnen schetsen van de verwachtingen bij rechters als het over prejudiciële vragen gaat, en van de relevante factoren bij de beslissing om al dan niet een prejudiciële vraag te stellen. Wellicht kan dan over enkele jaren, bij de evaluatie van deze wet, worden getoetst of deze verwachtingen zijn uitgekomen.

2 Is de lagere rechter in staat om een geval waarin een prejudiciële vraag gesteld zou kunnen worden, te identificeren?

2.1 Inleiding

Rechters zullen pas overgaan tot het stellen van een prejudiciële vraag wanneer zij een zaak of rechtsvraag herkennen als een geval waarover zij een prejudiciële vraag kunnen stellen. Om erachter te komen of rechters menen zulke vragen te kunnen herkennen, hebben wij hun een drietal vragen gesteld (zie par. 2.2 t/m 2.4). Ten eerste hebben we de rechters gevraagd hoe ze op de hoogte blijven van de ontwikkelingen in het privaatrecht. Het nut en de noodzaak van het stellen van prejudiciële vragen zijn immers vooral aan de orde aan de grenzen van

het recht, daar waar nog niet alles helemaal helder is. Of rechters die situatie herkennen, hangt af van de manier waarop zij op de hoogte blijven van het privaatrecht. Ten tweede hebben we de rechters naar hun mening over de termen ‘massaschadeclaims’ en ‘talrijke, feitelijk vergelijkbare zaken’ gevraagd. In hoeverre zijn deze termen duidelijk en kunnen de rechters hiermee uit de voeten? Ten slotte hebben wij de rechters gevraagd hoe ze gaan beoordelen dat iets ‘talrijk’ is en in ‘vergelijkbare’ zaken speelt. Los van deze drie vragen hebben we ook nog gevraagd aan de rechters of zij een geval konden bedenken waarin zij een prejudiciële vraag hadden kunnen stellen (zie par. 2.5).

2.2 Hoe blijven rechters op de hoogte van de ontwikkelingen in het privaatrecht?

Omdat prejudiciële vragen rechtsvragen zijn die spelen aan de grenzen van het recht, is het van belang om te weten hoe rechters op de hoogte blijven van de ontwikkelingen in het privaatrecht. Alle rechters gaven aan vooral door middel van de uitspraken van de Hoge Raad op de hoogte te blijven van het privaatrecht. Elke vrijdag wordt een lijstje met de meest recente arresten van de Hoge Raad gepubliceerd op <www.rechtspraak.nl>. Door middel van een mailing worden de rechters hiervan op de hoogte gesteld. Dit lijstje wordt door de rechters gescand. De meeste rechters bestuderen alleen de arresten die van belang zijn voor hun vakgebied uitgebreid. Vaak worden deze arresten ook besproken in zogenoemde ‘jurisprudentieclubjes’. Zowel bij het hof als bij de rechtbank heeft men een dergelijk jurisprudentieoverleg. Er wordt dan een aantal arresten geselecteerd die besproken worden in clubjes. Dat ‘de focus wel vrij sterk ligt op jurisprudentie’ blijkt wel uit het feit dat jurisprudentie door alle rechters als eerste bron wordt genoemd.

Daarnaast is er ook vakinhoudelijk overleg, waar regelmatig nieuwe wetgeving gesignaleerd wordt. Tevens worden verschillende juridische tijdschriften (zoals *NJB*, *NJ* en *Trema*), cursussen en teamoverleg genoemd. Ook via diverse andere digitale informatiebronnen, zoals meldingen via de e-mail van (lagere) jurisprudentie, de website van het wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad en rondzendmails, blijft men op de hoogte van het privaatrecht. ‘We lezen ons het schompes, om het zo maar even te zeggen’, zo stelt een van de rechters.

Toch lijkt het onmogelijk om alle ontwikkelingen in het privaatrecht bij te houden.

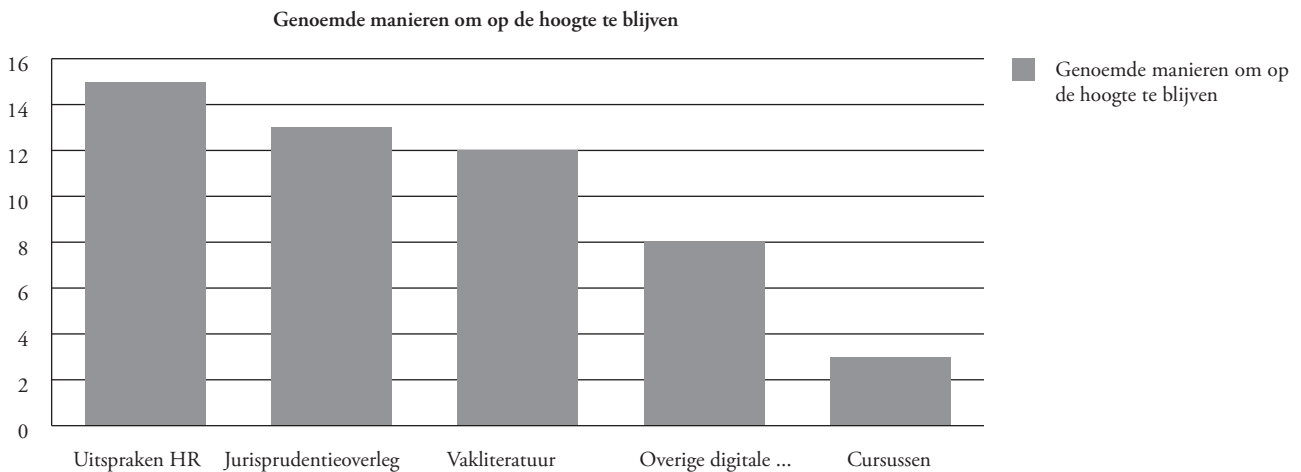
‘Altijd en overal is het vraagstuk: hoe blijf je up-to-date en hoeveel energie besteed je er aan. Want als je alle privaatrechtelijke jurisprudentie wilt bijhouden die nu ontsloten wordt in Nederland, dan heb je een dagtaak. Dus dat is schier onmogelijk.’

Daarom wordt er door verschillende rechters op gewezen dat het proces ook plaatsvindt tijdens het behandelen van een zaak zelf. Dan wordt ook nog ‘gecheckt wat de huidige stand van zaken is’. Zeker in het kader van een prejudiciële vraag mag men aannemen, zo zegt een van de geïnterviewden, ‘dat als je

8. Dit theoretisch model is onderdeel van een meeromvattend onderzoek dat als afstudeerscriptie van Van Kampen is geschreven; het is opvraagbaar bij s.s.vankampen@students.uu.nl. In dit theoretisch model worden onder andere de volgende factoren genoemd: partijen, tijdsverloop, taakopvatting, productienormen en werkomstandigheden.

9. De verdere methodologische verantwoording is opgenomen in de afstudeerscriptie van Van Kampen; zie voetnoot 8.

Figuur 1 Hoe op de hoogte blijven van het privaatrecht?*



* Met overige digitale informatiebronnen worden, met uitsluiting van de bronnen 'arresten van de Hoge Raad' en 'tijdschriftartikelen', de andere door de rechters genoemde digitale informatiebronnen bedoeld.

van plan bent zo'n vraag te stellen, je eerst op onderzoek uitgaat'.

2.3 Hoe worden de criteria 'massaschadeclaims' en 'talrijke, feitelijk vergelijkbare zaken' beoordeeld?

Omdat de twee gevallen waarin een prejudiciële vraag gesteld mag worden, nauwelijks worden uitgewerkt in de parlementaire geschiedenis van de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, is het maar de vraag of deze termen voor rechters vanzelfsprekend zijn. Uit de interviews is in elk geval gebleken dat hierdoor rechters verschillend over gedacht wordt. De term 'massaschadeclaims' brengt over het algemeen voor de rechters nauwelijks problemen met zich mee. Want, zo wordt gesteld: 'Wij als rechters krijgen pas met een massaschadeclaim te maken wanneer deze op die grondslag aanhangig wordt gemaakt, waarna wij nog moeten kwalificeren of ie daaraan voldoet' en 'Daar is jurisprudentie over.'

De term 'talrijke, feitelijk vergelijkbare zaken' blijkt zoals verwacht meer vragen op te roepen. Slechts drie van de vijftien rechters vonden de term 'talrijke, feitelijk vergelijkbare zaken' zonder meer duidelijk.

Hoewel de meeste rechters wel snappen wat hiermee bedoeld wordt, 'een rechtsvraag, die in veel verschillende gevallen speelt', meent een hoog percentage dat het een 'heerlijk vaag criterium' is. Juist omdat de wetgever geen getallen heeft willen koppelen aan 'talrijk' vraagt men zich af hoeveel zaken voldoende is om iets 'talrijk' te noemen. 'Wat is talrijk, zijn dat er tien of zijn dat er vijftig?' De meeste rechters kunnen echter wel begrijpen waarom de wetgever geen specifieke getallen wilde koppelen aan het criterium:

'Want als er zou staan dat er minstens tweehonderd vergelijkbare zaken moeten zijn, dan moet je een gehele documentatie indienen als eenvoudig feitenrechter, waarbij je bij de dan nog negen andere rechtbanken in Nederland moet hebben geïnformeerd hoe het daar zit.'

En:

'Ik vind het ook wijs om talrijk niet nader te omschrijven. Het is in ieder geval duidelijk genoeg dat het niet om eendagsvliegers zou moeten gaan, en dat je een of twee zaken op zich niet kunt kwalificeren als talrijk.'

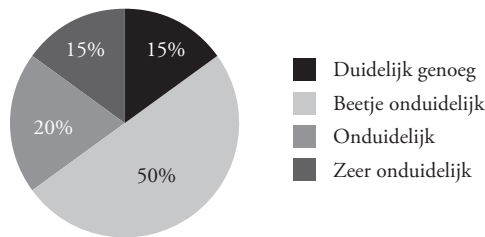
Rechters hebben dus wel een geval van wat er zeker niet bedoeld wordt met het criterium: 'Je moet het niet hebben over allerlei individuele koopovereenkomsten.' Maar wat er wel mee bedoeld wordt, is minder duidelijk. In het criterium zit een aantal termen 'waar discussie over kan ontstaan. Wat is talrijk, wat is vergelijkbaar?' Er zijn dan ook, 'zoals altijd in het recht mensen die een heleboel interpretaties bedenken', en daar moeten rechters hun 'weg in vinden'. Een aantal rechters geeft daarom ook aan behoefte te hebben aan sturing in dezen. Zo zou bijvoorbeeld in (nog te formuleren) wenken 'over wat is talrijk en wat niet, wat duidelijkheid gegeven kunnen worden'. Wel denken sommige rechters dat talrijk een flexibel begrip kan zijn, afhankelijk van de houding en/of de belasting van de Hoge Raad. Zo stelt een van de rechters:

'Ik kan me voorstellen dat naarmate in die tweede categorie meer zaken voorgelegd gaan worden dat dan die norm wat strikter of enger geïnterpreteerd zal gaan worden, en op het moment dat het maar beperkt voorkomt, dat ze dan sneller zeggen: "Nou, dit is talrijk genoeg."

Een aantal rechters geeft nog aan het jammer te vinden dat het stellen van een prejudiciële vraag slechts in deze twee gevallen mogelijk is. Veel rechters konden namelijk wel voorbeelden bedenken van rechtsvragen die ze graag aan de Hoge Raad hadden voorgelegd, maar waar geen sprake was van talrijke zaken. Zo stelt een rechter dat de gegeven criteria niet echt uitnodigend zijn: 'Nu is het niet echt de bedoeling dat het uitnodigend is, maar ik vind het eerder een beetje afduwend.' Het

Figuur 2 Duidelijkheid van de term 'talrijke, feitelijk vergelijkbare zaken'

Duidelijkheid term talrijke, feitelijk vergelijkbare zaken



gevaar van overbelasting bij uitbreiding van de criteria waarin een prejudiciële vraag gesteld mag worden, lijkt hun zeer onwaarschijnlijk: 'Je hoeft er heus niet bang voor te zijn dat wij de Hoge Raad gaan bombarderen met vragen.' Maar, zo stelde een rechter, wanneer het gaat om een rechtsvraag in een individuele zaak, moet men gewoon het gewone systeem volgen.

'Dat is de normale casus, waarbij een rechtsvraag op een gebied nog openstaat, maar waarvan het volmaakt onduidelijk is of die zaak zich tien of honderdvijftig keer per jaar voordoet. (...) dat is natuurlijk de normale procedure.'

Tot slot, twee rechters hadden het idee dat de beide criteria ('massaschadeclaims' en 'talrijke, feitelijk vergelijkbare zaken') elkaar overlappen. De term 'talrijke, feitelijk vergelijkbare zaken' omvat ook massaschadeclaims, omdat 'de eisen daarvoor eigenlijk zijn dat ze vergelijkbaar zijn'.

2.4 Hoe denken rechters erachter te komen dat een rechtsvraag in 'talrijke, feitelijk vergelijkbare zaken' speelt?

De vraag is ten slotte hoe rechters erachter komen dat een rechtsvraag inderdaad in 'talrijke feitelijk vergelijkbare zaken' speelt. De meeste rechters lijken hiervan nog niet echt een helder beeld te hebben. Want of iets in talrijke zaken speelt, kun je 'soms pas achteraf zeggen. Met de wijsheid van nu zou je kunnen zeggen dat is misschien wel iets wat eerder voorgelegd had kunnen worden.'

Veel rechters denken in het teamoverleg of tijdens een informeel overleg met collega's ('tijdens de lunch') erachter te komen dat een zaak vaker speelt. Wanneer ze een vraag willen stellen, zullen ze dit in het teamoverleg aan de orde stellen. Zo kunnen ze ook achterhalen of iets vaker speelt. Opvallend is dat bij het hof op dit moment minder over lopende zaken gesproken lijkt te worden dan bij de rechtbank. Een meerderheid van de geïnterviewden bij het hof stelt immers dat zij bijna nooit over lopende zaken spreken, tenzij het over iets heel bijzonders gaat. Bij de rechtbank lijkt dit anders te zijn. Alle rechters spreken wel eens bij het teamoverleg of tijdens de lunch over lopende zaken. Een mogelijke verklaring hiervoor is dat men bij de rechtbank ook alleen zit, waardoor overleg met andere collega's buiten de raadkamer eerder gewenst is.

Wanneer het gaat over publiciteitsgevoelige rechtsvragen zou men er ook achter kunnen komen dat het vaker speelt,

doordat 'je in de kranten of in de juridische vakbladen leest dat iets speelt'.

Vaak zien rechters het wel aankomen dat een zaak de voorbode is van meer zaken.

'Dan zie je ineens: dit is onduidelijk. De wetgeving is onduidelijk, de literatuur is niet eenduidig en je ziet het in de ontstaansgeschiedenis van de wet, dat er in de Kamer hele dubbele reacties zijn geweest. Waar er in de Kamer dubbele reacties zijn geweest, heb je met de wetsuitleg ook problemen. Ja, dan zie je het al aankomen.'

Hoe ze erachter komen dat iets talrijk speelt, is vaak doordat ze 'ertegen aanlopen'.

Echt duidelijke ideeën over hoe rechters nou te weten komen of iets vaker speelt, zijn er dus niet. Hierbij lijkt men vooral te vertrouwen op praktijkervaring, waardoor men al weet dat iets de voorbode is voor talrijke zaken. Ook als men een zaak vaker ziet langskomen, wordt 'als het goed is, je professionele nieuwsgierigheid geprikkeld, en ga je navragen bij collega's: "Zie jij dat ook, heb jij dat ook?"' Dit neemt niet weg dat een rechter ook bij het stellen van een prejudiciële vraag goed moet onderbouwen dat het in talrijke zaken speelt.¹⁰ Dus 'met de natte vinger een beetje inschatten of het vaker speelt' zal door de Hoge Raad waarschijnlijk niet zonder meer worden geaccepteerd.

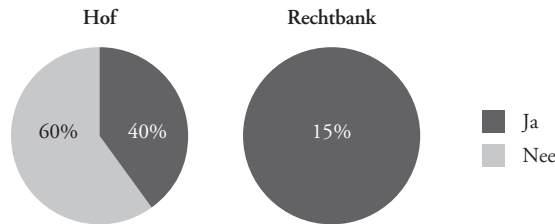
2.5 Voorbeelden van mogelijke vragen

Ten slotte is de geïnterviewde rechters gevraagd of zij voorbeelden konden bedenken van zaken waarin zij, of collega's, tegen een rechtsvraag aanliepen waarin ze volgens de criteria aan de Hoge Raad een prejudiciële vraag hadden kunnen stellen als er toen al de mogelijkheid was geweest. Alle rechters kunnen wel één of meer voorbeelden noemen. De Dexia-zaak, die ook in de wetsgeschiedenis speelde, wordt door 80 procent van de rechters genoemd, met name als voorbeeld voor de categorie 'massaschadeclaims'.

'Daar hebben we hier een hele grote stroom van gehad, waarbij op hele principiële punten beslissingen zijn genomen door de rechtbanken in den lande, waar vervolgens de arresten van de hoven op kwamen die anders luiden (...)

10. Zie art. 392 lid 3 Rv.

Figuur 3 Overleg met collega's over lopende zaken?



en wij hebben echt in spanning gewacht op de rechtspraak van de Hoge Raad om daar duidelijkheid over te krijgen (...) nadat die uitspraak van de Hoge Raad er was, kwamen de schikkingen ook op gang.'

Verder worden nog de volgende voorbeelden genoemd:

1. Nakosten: 'Een heel onbenullig puntje, en het gaat ook niet over het geld, maar er is in de praktijk toch veel mee geworsteld.'
2. Klachtplicht: 'Ook in de literatuur is er een discussie geweest wie heeft de stelplicht en op wie rust de bewijslast? En bovendien, wat is de reikwijdte?'
3. Zzp'ers en bescherming door art. 7:658 Burgerlijk Wetboek (BW): 'Er gebeuren arbeidsongevallen, met enige regelmaat helaas. En zzp'ers worden inmiddels breed ingezet in de bouw. Dus daaruit kan je eigenlijk gewoon redeneren dat het vaak voorkomt.'
4. Reflexwerking van de Colportagewet op de kleine ondernemer: 'Als die mogelijkheid er was geweest, ben ik ervan overtuigd dat we dan met een aantal sprekende voorbeelden die vraag al hadden voorgelegd aan de Hoge Raad.'
5. Boete en wettelijke handelsrente: 'Laatst heb ik een beslissing genomen dat voor een boete die verschuldigd was, geen wettelijke handelsrente in rekening gebracht mocht worden. Daar vonden we goede argumenten voor, in de wetsgeschiedenis en zo, maar er zijn allerlei rechters die het anders doen. (...) Daarvan denk ik: dat is iets wat heel vaak moet voorkomen.'
6. Kennelijk onredelijk ontslag: 'De Hoge Raad heeft gezegd: "Je mag niet de kantonrechtterslijn toepassen, voor de ontbindingen." Nee, je moet dat heel goed nalopen allemaal. En je merkt dat dat in het land op het ogenblik leidt tot veel vragen van "Hoe moeten we het dan doen?"'
7. Henneplantages en aftappen stroom: 'Sinds een aantal jaren hebben we in Nederland behalve Essent, Eneco en Nuon allerlei kleine energiebedrijven. Dan kun je dus switchen, en dan wordt stroom geleverd via de kabels van bijvoorbeeld de netbeheerder Enexis, maar dan krijg je NEM of zo als leverancier. (...). Wat als er iemand illegaal aftapt, wie moet dan de vordering instellen? De netbeheerder en de leverancier? En moet je degene die heeft afgetapt dan uit hoofde van de overeenkomst of op grond van onrechtmatige daad aanspreken? (...) en bij wie rust de bewijslast? En dan zit iedereen, door het hele land, opnieuw het wiel uit te vinden.'

8. Woningbouwverenigingen en algemene voorwaarden: 'Hoe moeten we die nou toetsen? Langs de strenge consumentennormen, of niet? De vraag komt nu op, maar we zouden hem dolgraag stellen.'
9. Proximedia-zaken: Proximedia is een aanbieder van websites, waar veel consumenten en kleine ondernemers overeenkomsten mee hebben gesloten. De vraag die speelde, was of de Colportagewet ook van toepassing is op kleine ondernemingen. 'In dat soort zaken kan ik me voorstellen dat het ideaal zou zijn als anderhalf jaar geleden deze vraag aan de Hoge Raad had kunnen worden voorgelegd. Dan had dat ook hier weer die hele stroom (a) kunnen voorkomen en (b) als die er al was, kunnen helpen oplossen.'
10. Aansprakelijkheid verhuurder voor een gebrekkig ventilatiesysteem: 'Wat toevallig wel in 500.000 huizen in Nederland zit. (...) Daarvan kun je je misschien voorstellen dat het handig is om daar in een vroeg stadium duidelijkheid over te krijgen, in plaats van dat je zelf wat gaat uitproberen, met eigen opvattingen over gebrekkige opstal respectievelijk verstoord huurgenot.'
11. Opzetclausule in WA-verzekeringen: 'Die komt veel voor, zeker als het om jongeren gaat, die geven mekaar wel eens een hengst of die duwen mekaar van de fiets. Daarvan zou je kunnen denken, nou als de Hoge Raad daar nog niets over gezegd heeft, dan zou het handig zijn als die daar wat algemeen over zou zeggen. Omdat dat iets is wat iedere maand wel voorkomt bij mij of bij een collega.'

Rechters kunnen dus genoeg voorbeelden bedenken waarin ze een vraag hadden kunnen stellen. Dit wil echter niet zeggen dat de rechters, als dit mogelijk zou zijn geweest, dat ook echt gedaan zouden hebben in al deze gevallen.

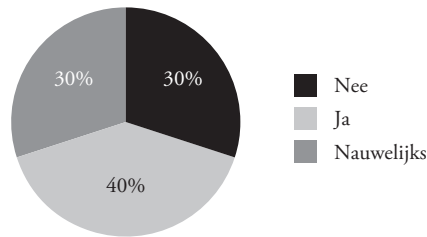
3 Is de feitenrechter in staat om de prejudiciële vraag op een goede wijze te stellen?

3.1 Inleiding

Wanneer de feitenrechter een geval herkent als een geval waarin men een prejudiciële vraag kan stellen, zal de rechter de prejudiciële vraag ook een juridische vorm moeten geven. Om erachter te komen of rechters hiertoe in staat zijn, is een viertal vragen aan de rechters gesteld. Ten eerste hebben we gevraagd of rechters bij het formuleren van zo'n prejudiciële vraag problemen zien. Daarnaast hebben we gevraagd of zij bij het formuleren van een prejudiciële vraag hulpmiddelen nodig achten, en zo ja, in welke vorm. Ten derde of rechters ervaring

Figuur 4 Problemen bij formuleren prejudiciële vraag?

Voorziet u moeilijkheden bij het formuleren van een prejudiciële vraag?



hebben met het formuleren van prejudiciële vragen in Europees verband en of zij denken dat die ervaring hun hierbij zal helpen. Ten slotte hebben we gevraagd wat zij vinden van de mogelijkheid voor de Hoge Raad om een gestelde prejudiciële vraag te herformuleren.

3.2 Voorzien rechters problemen als het gaat om het op goede wijze formuleren en onderbouwen van een prejudiciële vraag, en zo ja, welke?

Het formuleren van een prejudiciële vraag zal voor veel rechters een nieuwe uitdaging zijn. Daarom hebben we de rechters gevraagd of zij denken dat dit problemen op zal leveren, en zo ja, welke.

Over de vraag of het formuleren van een prejudiciële vraag problemen op zal leveren, wordt verschillend gedacht. Zo'n 40 procent van de geïnterviewde rechters geeft aan dat het hun wel wat lastig lijkt, iets wat men onder de knie moet krijgen: 'Ja daar zal ik wel even in moeten oefenen. Dat is niet iets waar je als eerstelijnsrechter ervaring mee hebt.'

Anderen menen juist dat het formuleren van een rechtsvraag nauwelijks problemen zal opleveren omdat 'je als jurist daar altijd mee bezig bent: feiten en de rechtsvraag (...) dat lijkt me niet zo moeilijk, want in wezen zijn dat de stapjes die we altijd in elk arrest doen'. Wel beseft men dat het waarschijnlijk meer werk is dan normaal:

'[M]aar misschien moet je het wel iets uitvoeriger doen dan in een arrest. Dan motiveer je niet waarom je allerlei arresten niet volgt (...) terwijl je nu wat meer haken en ogen moet weergeven. Dus het is misschien wel meer werk.'

Eén rechter geeft aan dat hoewel het formuleren van de *rechtsvraag* an sich niet zo moeilijk lijkt, de weergave van het feitencomplex dat wel is: 'De vraag is hoe dat nou moet als dat nog niet helemaal uitgekristalliseerd is (...) het is meer dan alleen de juridische vraag die je voorlegt.' Ook enkele andere rechters wijzen naar het belang van de feitenvaststelling bij het stellen van een prejudiciële vraag:

'Maar als ik het zo lees, is het vooral van belang dat ik, voordat ik die vraag stel, de feiten goed heb. (...) Dus die feitenvaststelling is misschien wel het allerbelangrijkste in het vonnis.'

Een andere rechter spreekt de hoop uit dat prejudiciële vragen door feitenrechters niet te voorwaardelijk gesteld zullen worden. De betreffende rechter had hier een slechte ervaring mee:

'[M]aar omdat die vraag zo voorwaardelijk was gesteld, zouden we nooit zeker weten of je een antwoord kreeg wat voor ons bruikbaar zou zijn. Dus ik zou zelf ook, als ik ooit een vraag zou stellen, hem zo proberen te stellen dat hij het hele complexje beantwoordt.'

De meeste rechters, ook degenen die weinig problemen voorzien bij het formuleren van een prejudiciële vraag, geven echter wel aan dat hulp, bijvoorbeeld door middel van een format, het wel een stuk eenvoudiger zou maken om zo'n prejudiciële vraag te stellen: 'Je zal wel een handleiding moeten hebben van hoe je dat moet doen.' In de volgende paragraaf gaan we op deze hulpmiddelen voor rechters in.

3.3 Welke hulpmiddelen zijn er voor de rechters bij het formuleren van een prejudiciële vraag?

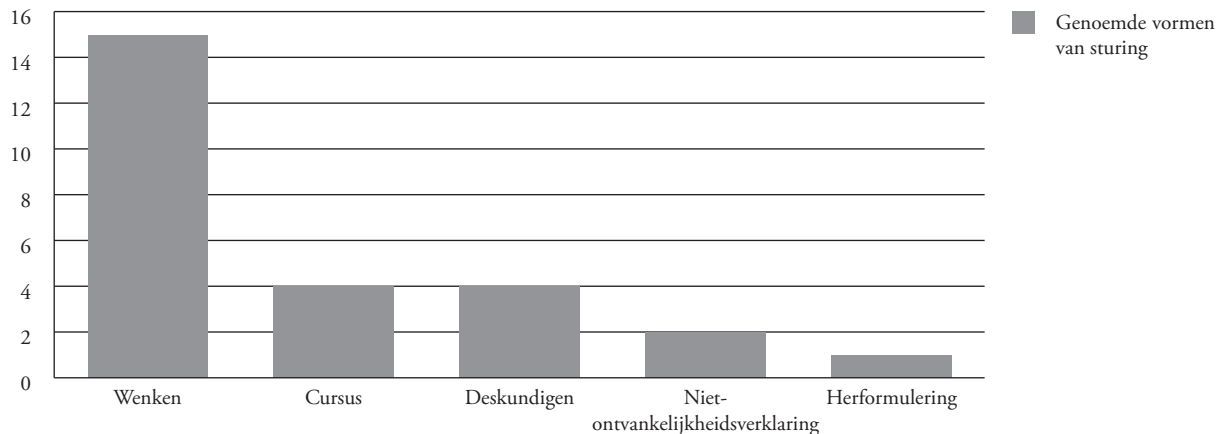
Verskillende hulpmiddelen kunnen het voor de feitenrechters gemakkelijker maken om prejudiciële vragen op een juiste wijze aan te brengen. Daarom is de rechters gevraagd naar de hulpmiddelen die zij hierbij nodig achten, bijvoorbeeld via sturing door de Hoge Raad.

In Europees verband bestaat sinds 2005 zo'n praktisch hulpmiddel voor de rechter bij het formuleren van prejudiciële vragen: 'Wenken voor de indiening van een prejudiciële vraag door de nationale rechters'.¹¹ Alle geïnterviewde rechters geven aan een voorstander te zijn van een soort 'wenken' voor het formuleren van een prejudiciële vraag. 'Als de Hoge Raad het [een prejudiciële vraag; SvK & IG] in een bepaalde vorm gegoten wil hebben, dan denk ik dat het belangrijk is dat er een zekere uniformiteit is, dat iedereen weet hoe hij zo'n vraag moet stellen', zo stelt een rechter. Via die wenken hopen rechters dan te vinden wat er verwacht wordt bij het stellen van een prejudiciële vraag, welke onderdelen aan bod moeten komen en hoe de Hoge Raad zo'n vraag gesteld wil zien.

Daarnaast geeft een aantal rechters aan dat zij hopen dat in die wenken ook duidelijker wordt wat nou bedoeld wordt met het criterium 'talrijk': 'dan zouden ze misschien ook over wat nou talrijk is en wat niet, wat duidelijkheid kunnen geven'. Bij het opstellen van deze wenken zou aansluiting kunnen wor-

11. PbEU 2005, C 143/01.

Figuur 5 Door rechters gewenste vormen van sturing bij het formuleren van een prejudiciële vraag



den gezocht bij de Europese wenken. Er zou wel een aparte set wenken moeten worden geformuleerd voor nationale prejudiciële vragen, maar zo zegt een rechter:

‘[I]k hoop dat we die lessen [de wijze waarop we geleerd hebben om prejudiciële vragen aan het Europese Hof te stellen; SvK & IG] al mee nemen op de manier zoals we dit vorm gaan geven. En dat we niet opnieuw het wiel gaan uitvinden. Want daar is een hele hoop materiaal over, en op hele zinnige manieren over geschreven: hoe je dat moet doen, hoe je je vragen moet stellen. Welke feitelijke beschrijving je erbij nodig hebt en in welke instanties en ook wanneer je wel een vraag moet stellen en wanneer niet (...).’

Wanneer in een interview werd doorgevraagd naar de mogelijkheid om een cursus over dit onderwerp te geven, of om het onderdeel te maken van de opleiding tot rechter, worden daar wisselende reacties op gegeven. Een aantal rechters vindt dit een prima plan: ‘Wat verder misschien nog wel aardig zou zijn, ja dat er gewoon bij ieder gerecht of per soort, een soort cursus van een middagje wordt gegeven.’ De meeste rechters achten een verplichte cursus echter niet noodzakelijk. Sommige rechters vinden dit zelfs overbodig:

‘[A]ls je dat [het stellen van een prejudiciële vraag; SvK & IG] niet regelmatig doet, minstens een paar keer per jaar, dan vergeet je het toch weer. Ik denk dat het al een hele klus is om bij de rechters er op te blijven hameren dat die mogelijkheid überhaupt bestaat. En als ze dan een keer bij een concrete casus aan de mogelijkheid denken, dan vind ik dat al heel wat. Tegen die tijd moeten ze maar een keer hulp gaan zoeken bij het stellen van zo’n vraag. En die hulp kan je volgens mij altijd wel vinden.’

Ongeveer een derde van de rechters geeft aan dat het handig zou zijn als er deskundigen zijn op het gebied van het formuleren van prejudiciële vragen, aan wie men, bij het formuleren van een vraag, hulp zou kunnen vragen:

‘[I]k kan me voorstellen dat als dit allemaal wordt ingevoerd dat je een clubje hebt dat zich daarin verdiept. (...) Het is natuurlijk handig als je mensen hebt die daar expert in zijn.’

Ook ziet een enkele rechter een niet-ontvankelijkverklaring van de Hoge Raad als een vorm van sturing:

‘En ook andere mensen in Nederland weten dan van, ja, dat soort geneuzel daar houdt de Hoge Raad zich niet mee bezig. Dus ik denk dat het heel nuttig is als de Hoge Raad op die manier sturing geeft. Ja, ook door een niet-ontvankelijk verklaring.’

En:

‘[I]k vermoed dat ze in het begin ook die niet-ontvankelijkheden ook uitgebreid zullen motiveren. En daarmee geef je natuurlijk ook een negatieve grens.’

Daarnaast wordt de herformulering van een prejudiciële vraag door de Hoge Raad door één rechter gezien als een vorm van sturing: ‘En daarmee krijg je ook die communicatie op gang van: hoe stel je dan een goede vraag?’

3.4 Hebben de feitenrechters wel eens een prejudiciële vraag gesteld in Europees verband, en denken zij dat ervaring hiermee kan helpen?

Of een rechter al ervaring heeft met het stellen van een prejudiciële vraag in Europees verband kan invloed hebben op de vraag of men een prejudiciële vraag correct kan aanbrengen. Een rechter die al eerder één of meerdere prejudiciële vragen in Europees verband heeft gesteld, zal waarschijnlijk beter in staat zijn om een vraag op de juiste wijze te formuleren. Een rechter zonder ervaring op dit gebied zal met de formulering waarschijnlijk meer aarzeling hebben.

Slechts enkele van de geïnterviewde rechters hebben ervaring met het stellen van een prejudiciële vraag in Europees verband. Twee rechters hebben daadwerkelijk een vraag gesteld aan het Europese Hof. Eén rechter had in een zaak aan partij-

en voorgesteld om een prejudiciële vraag te stellen aan het Europese Hof. De vraag was ook al geformuleerd door de rechter, maar de zaak is uiteindelijk op de parkeerrol gezet en dus is de vraag nooit bij het Hof gekomen. Frappant is dat de rechters die zelf een vraag hebben (op)gesteld aan het Europese Hof, niet denken dat dit hun erg zal helpen bij het formuleren van een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad. Dit komt vooral doordat zij deze vragen lang geleden gesteld hebben: 'Nee, dat is zo lang geleden, daar herinner ik me weinig van.' De derde rechter meent wel iets te hebben aan de ervaring: 'Ik denk dat ik er niet bang voor zou zijn om als het nodig is inderdaad door te pakken.'

Hoewel vrijwel alle rechters zonder ervaring in Europees verband menen dat ook zonder ervaring met het stellen van prejudiciële vragen in Europees verband het mogelijk moet zijn om een prejudiciële vraag te formuleren, denken zij wel dat ervaring hierbij kan helpen:

'Ja, als je dat wel eens gedaan hebt, dan zal dat vast helpen. Als je dat een keer zo hebt moeten formuleren, en je heel goed hebt moeten realiseren wat zijn de feiten en wat is de rechtsvraag waar ik antwoord op wil, dan kun je dat vast gebruiken ja.'

Een enkele rechter denkt ook dat de ervaring met het formuleren van vragen aan deskundigen kan helpen bij het formuleren van een prejudiciële vraag:

'[W]at ik wel vaak doe is vragen aan deskundigen stellen. Over technische kwesties, of financiële kwesties. Dus wij zijn op zich wel gewend om bepaalde vragen te formuleren en proberen dat helder en bondig te doen. Ja, het gaat nu om juridische vragen aan de Hoge Raad, maar ik denk wel dat we dat moeten kunnen.'

3.5 *Wat vinden rechters van de bevoegdheid van de Hoge Raad om een prejudiciële vraag te herformuleren?*

Wanneer een rechter een prejudiciële vraag op een minder gelukkige manier formuleert, zou de Hoge Raad door de vraag te herformuleren toch antwoord kunnen geven op die vraag. Alle rechters geven aan dit een prima optie te vinden: 'Ik heb liever dat de Hoge Raad het herformuleert, dan dat ze zeggen: "Deze vraag kunnen we niet beantwoorden."' Ook verwijzen zij ernaar dat de Europese rechter dit ook doet: 'Die zeggen: "Kennelijk heeft de rechter bedoeld dit en dit en dit te vragen." Die herformuleren dan de vraag, zodat die zinnig wordt.' Ook stelt een rechter dat de Hoge Raad dat nu eigenlijk ook al doet bij cassatie: 'Als ze onze arresten uitleggen: "kennelijk heeft het Hof bedoeld", en dat staat er dan wel maar niet echt duidelijk.'

Bang dat een vraag verkeerd geherformuleerd wordt, zijn de meeste rechters niet. Twee rechters wijzen op de gevaren van het herformuleren:

'[D]an moet je hopen dat ze dat welwillend willen interpreteren, en niet zelf een andere vraag gaan beantwoorden

dan je gesteld hebt. Het zou zomaar kunnen zijn dat dat een vraag is die helemaal niet in jouw geschil speelt.'

En:

'[J]e ziet in Europees verband wel eens dat die herformulering wordt gebruikt als een hefboom om iets anders onder de aandacht van de rechters te brengen (...) nou dat kan wel, als je het eerste maar niet uit het oog verliest (...) en als later zou blijken dat het wel heel leuk is wat de Hoge Raad heeft verzonnen, maar het geen antwoord geeft op de vraag, dan span je het paard achter de wagen. Maar je kunt je ook voorstellen dat het heel zinvol is.'

4 **Onder welke omstandigheden zullen rechters overgaan tot het stellen van een prejudiciële vraag?**

4.1 *Inleiding*

Wanneer rechters een geval herkennen als een geval waarin zij een prejudiciële vraag kunnen stellen en zij ook weten hoe zij zo'n vraag moeten formuleren, is daarmee nog niet gezegd dat rechters ook daadwerkelijk deze prejudiciële vraag zullen stellen. Dit is afhankelijk van wat de rechters van de nieuwe wet vinden, maar ook van tal van andere factoren. De factoren die ons inziens een rol zouden kunnen spelen bij de beslissing om een prejudiciële vraag te stellen, hebben wij in ons theoretisch model genoemd.¹² In de interviews hebben wij de rechters de volgende vraag voorgelegd: 'Wat zijn de factoren die voor u maken dat u een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad zou stellen? Onder welke omstandigheden doet u dat wel of juist niet eerder?' Daarnaast hebben wij een aantal meer specifieke vragen gesteld over een aantal factoren. In paragraaf 4.3 wordt besproken welke factoren door de rechters genoemd zijn. In de daaropvolgende paragrafen zullen we op een aantal factoren dieper ingaan. Ook bespreken we het mogelijke negatieve effect op de animo om vragen te stellen van een mogelijke niet-ontvankelijkverklaring door de Hoge Raad (par. 4.4). Allereerst volgt hieronder echter een uiteenzetting over de mening van rechters over deze wet. Hun mening zal immers ook invloed hebben op de beslissing om al dan niet een prejudiciële vraag te stellen.

4.2 *Wat vinden de rechters van de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad?*

Aan de geïnterviewde rechters is de vraag gesteld wat zij van de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad vinden. Rechters die positief tegenover de wet staan, zullen immers naar verwachting eerder de beslissing nemen om een prejudiciële vraag te stellen dan rechters die hier negatiever tegenover staan.

De meeste rechters staan (gematigd) positief tegenover de wet. Alle rechters kunnen wel een voorbeeld noemen waarin de wet toegepast had kunnen worden (zie par. 2.5). De wet is dan ook nuttig voor dit soort gevallen, aldus de rechters:

12. Het betreft kortweg de volgende factoren: partijen, tijdsverloop, productienormen, taakopvatting en werkomstandigheden.

‘Ik denk dat het wel een mooie, nieuwe toevoeging is in onze rechtsvordering, die in bepaalde zaken een hele mooie uitkomst kan bieden en een belangrijke versnelling kan geven in het traject.’

Veelal worden de snelle rechtszekerheid en rechtseenheid waar de prejudiciële vragen voor kunnen zorgen, gezien als de grote voordelen van de wet: ‘Vanuit de klant gedacht, denk ik dat het heel goed is dat we voorspelbaar zijn.’ Ook de versnelling doordat veel zaken al bij eerste aanleg kunnen worden afgedaan en de toenemende mogelijkheid om te schikken worden als voordelen genoemd:

‘[D]at er ten eerste niet zo’n grote stroom procedures op gang was gebracht, en voor zover die er al was, het tot een groot aantal schikkingen had geleid, dan wel tot een hele heldere uitspraak.’

Toch is er ook een aantal rechters dat minder enthousiast is. Vier rechters geven aan dat zij niet weten of dit in een behoefte voorziet:

‘[I]k vraag me ook af of het in een behoefte voorziet. Die kan er best wel zijn, maar ik vraag me af of die heel groot is en erg dringend.’

En:

‘[I]k denk gewoon dat het niets oplevert. Ik denk dat je de meeste zaken gewoon met je gezonde verstand kunt oplossen. En als je dan de ontwikkelingen bijhoudt, dan heb je veel van die prejudiciële vragen ook niet nodig, een uitzondering daargelaten.’

Verschillende nadelen van de wet worden genoemd: zo vindt een aantal rechters dat het, over het algemeen, beter is om de rechtsontwikkeling op haar natuurlijke beloop te laten (zie par. 4.3.1 en 4.3.4), en dat het een complicerende factor in de procedure is die veel tijd in beslag neemt. Daarnaast spreekt een rechter de angst uit dat met de mogelijkheid tot het stellen van een prejudiciële vraag ook de verwachting geschapen wordt dat daar eigenlijk ook wel gebruik van moet worden gemaakt:

‘Als je het in zo’n wetsvoorstel giet, dan zal er waarschijnlijk wel eens gevraagd worden door advocaten om dat toe te passen. Dan moet je dus ook gaan verantwoorden waarom je het eventueel niet doet.’

Over het algemeen zijn rechters dus gematigd positief over de wet. De meeste rechters echter zien de waarde van dit instrument wel in specifieke gevallen, zoals de Dexia-zaken. Geen enkele rechter staat echt negatief tegenover de wet, wel zien enkele er het nut niet echt van in.

4.3 De genoemde factoren voor de beslissing al dan niet een vraag te stellen

4.3.1 De lijst van factoren

De geïnterviewde rechters noemen veel verschillende factoren en omstandigheden die een rol spelen bij de uiteindelijke beslissing om al dan niet een prejudiciële vraag te stellen.

De meest genoemde factoren zijn toch wel ‘de partijen’ (zie par. 4.3.2) en ‘het tijdsverloop’ (zie par. 4.3.3). Door een aantal rechters wordt niet alleen het tijdsverloop, maar meer in het algemeen de opstelling van de Hoge Raad als factor genoemd. Hiertoe behoort niet alleen de tijd die de Hoge Raad nodig heeft voor beantwoording van de vraag, maar ook hoe deze de vragen beantwoordt en met welke bewoordingen:

‘Het ligt ook aan de opstelling van de Hoge Raad hierin. Als deze heel afwerend is, dan zal het een stille dood besterven. Maar als zij echt moeite doen, en enthousiast mee gaan, ook bij zaken waar de Hoge Raad eigenlijk zegt: “Hier had geen prejudiciële vraag gesteld hoeven worden”, dan denk ik dat het wel wat kan worden.’

Een andere rechter zegt:

‘Bij de antwoorden van Europese rechters denk ik altijd van: allemachtig, wat hebben ze dat ingewikkeld opgeschreven. Dan heb je bijna een bijbelklasje nodig om het te begrijpen. (...). Ik hoop niet dat de Hoge Raad die kant op gaat.’

Hierbij speelt ook de mogelijkheid voor de Hoge Raad om een vraag niet-ontvankelijk te verklaren, en hoe hij met deze mogelijkheid om gaat, een belangrijke rol (par. 4.4).

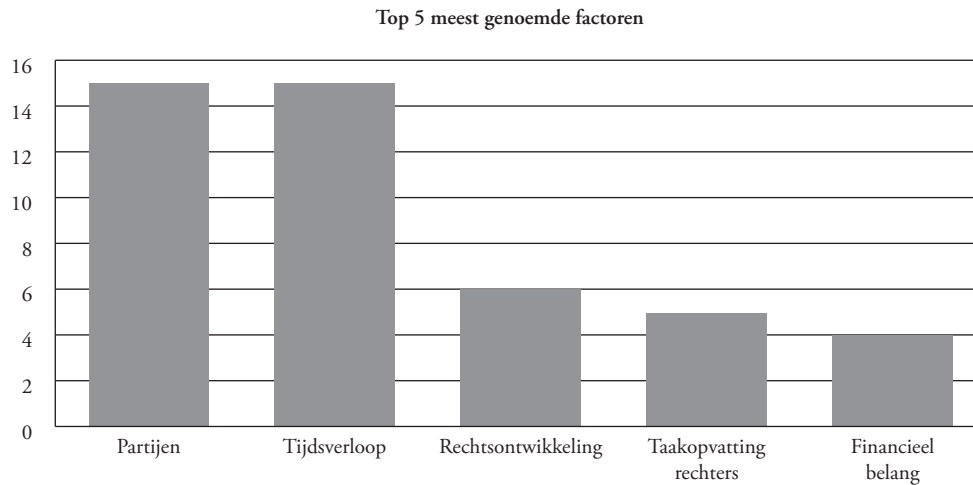
Ook het financiële belang van de zaak speelt een rol (par. 4.3.6). Naast het financiële belang wordt door een aantal rechters ook nog de maatschappelijke impact van de vraag, hoe principieel de vraag is en de moeilijkheidsgraad van de vraag, genoemd als factor:

‘Kijk, je hebt natuurlijk wel veel zaken van Ziggo en ziektekostenverzekeraars, maar dat zijn bijna allemaal incasso-procedures. Daar zitten geen principiële vragen onder. (...). Het gaat natuurlijk nooit om burenruzies om de coniferen. Ik kan me niet voorstellen dat je daar een prejudiciële vraag over gaat stellen. Hoewel dat veel voorkomt, talrijk zelfs wel. Maar dat doe je niet, denk ik.’

Een rechter noemt het gevaar dat bij een ogenschijnlijk makkelijke vraag rechters ervoor kiezen geen prejudiciële vraag te stellen:

‘[A]ls je denkt dat een vraag heel simpel is, dan bestaat misschien de verleiding om hem zelf te gaan beantwoorden. (...). Daar zit theoretisch wel een probleem. Je kunt je voorstellen dat ook simpele vragen zich er voor lenen om

Figuur 6 Top vijf meest genoemde factoren



voorgelegd te worden. En dat je vanwege de ogenschijnlijke simpelheid van de vraag denkt: ja, dat ga ik niet doen.’

Door zo’n 40 procent van de rechters wordt ook de natuurlijke rechtsontwikkeling genoemd als een reden om niet over te gaan tot het stellen van een prejudiciële vraag (par. 4.3.4). Ook het karakter en de taakopvatting van rechters worden door een aantal geïnterviewden genoemd als factor (par. 4.3.5).

De productienormen daarentegen worden door slechts twee rechters als een factor gezien in de beslissing om een prejudiciële vraag al dan niet te stellen. Dit komt vooral doordat de meeste rechters denken dat er niet veel prejudiciële vragen gesteld gaan worden: ‘Maar de enkele zaak maakt ook niet uit. Als je tienduizenden productie-eenheden per jaar hebt, dan maakt die ene zaak ook niet uit.’

Ten slotte worden nog de actualiteit van de rechtsvraag, de urgentie van de zaak en de vraag of het een nieuw probleem betreft (‘Ik denk met name de vraag of het iets nieuws is. Of het een nieuw probleem is. Of, het komt ook wel eens een enkele keer voor dat je bij bestudering van de literatuur ziet dat een zaak nog nooit echt door de Hoge Raad is uitgemaakt, terwijl dat wel in de literatuur wordt omschreven als een probleem’) als factoren genoemd. Hierna gaan we nader in op de vijf meest genoemde factoren.

4.3.2 Partijen

De procespartijen blijken een belangrijke rol te spelen bij de beslissing van de rechters om al dan niet een prejudiciële vraag te stellen. Alle vijftien rechters geven in de interviews aan dat zij de mening van partijen zullen betrekken bij hun beslissing over het stellen van een prejudiciële vraag. Dit is in overeenstemming met de wet waarin staat dat de rechter, alvorens een vraag te stellen, partijen in de gelegenheid moet stellen om zich uit te laten over dit voornemen.¹³ De mening van partijen legt zeker gewicht in de schaal: ‘Je kunt zo’n beslissing sowieso niet over hun hoofd nemen, het is hun zaak en ik vind het

belangrijk om daar rekening mee te houden.’ Dit is de voornaamste reden voor rechters om rekening te houden met de wensen van partijen. Door het stellen van een prejudiciële vraag gebruikt een rechter immers ‘hun [van de partijen; SvK & IG] procedure voor iets wat een breder belang heeft’.

Opvallend is echter wel dat wanneer beide partijen niets zouden voelen voor een prejudiciële vraag, dit de meeste rechters niet per se zou weerhouden van het stellen van een prejudiciële vraag. De negatieve houding van partijen zorgt er wel voor dat rechters (nog) minder snel zullen overgaan tot het stellen van zo’n vraag, maar ‘dat wil niet zeggen dat ik het niet doe’. In de memorie van toelichting werd gesteld dat niet valt te verwachten dat een rechter ‘een prejudiciële vraag zal stellen indien beide partijen te kennen hebben gegeven dat zij er de voorkeur aan geven dat hun feitelijke procedure wordt voortgezet, bijvoorbeeld omdat beide partijen hechten aan een spoedige uitspraak in hun geschil’.¹⁴ Toch sluit de wetgever niet uit dat er desondanks toch een vraag gesteld wordt, omdat ‘de rechter immers in een concreet geval het beste kan oordelen of het belang van het stellen van de vraag het partijbelang bij voortzetting van de procedure overstijgt’.¹⁵ Dit is inderdaad precies het punt dat door veel rechters genoemd wordt. Het partijbelang moet soms wijken voor een groter, algemeen belang. Of dat in een bepaald geval zo is, hangt af van allerlei factoren: het belang van beantwoording van de rechtsvraag, hoe groot de onzekerheid over het antwoord op de rechtsvraag is, de doorlooptijd van een prejudiciële vraag, het soort partijen waar het om gaat in de procedure, de vraag of de prejudiciële vraag ook in een andere procedure gesteld kan worden, hoe principieel de rechtsvraag is, enzovoort.

Aan de rechters hebben wij de vraag gesteld of zij zichzelf zien als een actief optredende rechter of als een lijdelijke rechter. In ons theoretisch model spraken wij immers het vermoeden uit dat actief optredende rechters de factor ‘partijen’ een minder grote rol zouden laten spelen dan meer lijdelijke rechters. Uit de interviews blijkt dat bijna alle rechters zich

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

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

15. Ibid.

beschouwen als min of meer actief optredende rechter. Wat echter als actief beschouwd wordt, verschilt per rechter behoorlijk. Bij het hof geeft vier op de vijf raadsheren aan zichzelf als een actief optredende rechter te beschouwen. Hieronder wordt verstaan: het stellen van vragen ter zitting en stellingen en vorderingen welwillend interpreteren zonder de rechtsstrijd te buiten te gaan. Bij de rechtbank beschouwen negen van de tien rechters zich zonder meer als actief. Eén rechter zet zichzelf in het midden neer tussen actief en passief, maar met een neiging naar het actieve. Hier lijken de rechters verder te gaan dan de raadsheren. De meer actieve rechters geven aan rechtsgronden aan te vullen, te vragen naar dingen die niet door partijen zelf aan de orde gesteld zijn, en, wanneer partijen op de verkeerde grondslag procederen, partijen voorzichtig duidelijk proberen te maken wat de juiste grondslag voor de procedure zou zijn. Ook meent een aantal rechters dat zij vooral actief zijn door het doorvragen op zitting, het welwillend interpreteren van stellingen en door het aansturen op een mogelijke schikking. Daarnaast geeft een tweetal rechters aan dat hun activiteit in een procedure ook afhangt van het soort procedure en het soort partijen daarin:

‘In kantonzaken ben ik wel actiever dan in handelszaken, waar vaak twee professionele partijen tegenover elkaar staan, die allebei een advocaat hebben. Dan ben ik lijdelijker dan in kantonzaken (...) het heeft voor mij te maken met mijn rechtsgevoel, het is zo onjuist wat de uitkomst zou zijn als mevrouw deze stelling hanteert, en dan moet je toch wat helpen.’

Het blijkt dat alle rechters, zowel de actieve als minder actieve, veel waarde hechten aan de mening van partijen bij het stellen van een prejudiciële vraag. Wel lijkt het erop dat de minder actieve rechters er meer moeite mee hebben om toch een prejudiciële vraag te stellen wanneer partijen dit niet willen, dan de actievare rechters. Zo zegt een rechter bij het hof:

‘[J]e beschikt dan over hun bord, bij wijze van spreken. Je hoeft toch niet van partijen te verlangen dat zij de beslissing van een belangrijke rechtsvraag financieren, als ze zelf zeggen: “Dat hoeft van mij niet?”’

En, zegt een rechter bij de rechtbank:

‘[A]ls partijen aangeven daar [een prejudiciële vraag; SvK & IG] geen behoefte aan te hebben, dan kan ik me bijna niet voorstellen dat je als rechter denkt: ik ga toch het vonnis niet wijzen zonder het oordeel van de Hoge Raad. Zo is ons systeem ook niet opgebouwd.’

Een andere rechter zegt hierover:

‘Het is het spanningsveld met het gegeven dat je in principe niet raakt aan datgene waar partijen over mogen beschikken bij de omvang van een geschil, en dit raakt daar ergens aan.’

Daarentegen zegt een van de actievare rechters:

‘[A]ls ik echt vind dat het een, niet alleen in die zaak maar in een heleboel andere zaken, doorslaggevende vraag is, dan zou ik het doen. Want dat is dan ook mijn opdracht, en daar moet ik me aan houden. Ook als partijen het niet leuk vinden. Ik bedoel, als ik alleen doe wat partijen leuk vinden, dan komt er nooit een vonnis uit. Want ik moet altijd een van de partijen teleurstellen. Dus daar word ik niet warm of koud van.’

Zo’n 40 procent van de rechters zou, bij de beslissing om al dan niet een prejudiciële vraag te stellen, ook naar het soort partijen kijken:

‘Ik zou dan ook een beetje kijken naar wat voor soort partijen het zijn. Als het een verzekeraar is tegen een rijke, hele grote aannemer, dan denk ik: die proceskosten die geven niet, en ze kunnen nog wel even geduld hebben. Maar als het een particuliere aannemer is, die toch al in de financiële problemen zit, dan zou ik kunnen denken: dit eenmanszaakje kan het eigenlijk niet hebben om nog een jaar te wachten en nog dure rekeningen te betalen.’

Ook kan daarbij, aldus een aantal rechters, rekening worden gehouden met persoonlijke omstandigheden, zoals bijvoorbeeld ziekte: ‘Als iemand op sterven ligt, dan zal je er misschien minder snel aan toekomen.’ Deze rechters kijken dus ook of de partij(en) het tijdsverlies kan (kunnen) dragen. Zo niet, dan wil men liever, indien mogelijk, zelf de beslissing nemen.

4.3.3 Tijdsverloop

Ook de doorlooptijd van een prejudiciële vraag blijkt een hele belangrijke factor te zijn bij de beslissing al dan niet een prejudiciële vraag te stellen. Bij een korte doorlooptijd is men eerder geneigd een prejudiciële vraag te stellen, en bij een lange doorlooptijd zullen rechters dit minder snel of zelfs helemaal niet meer doen. Alle vijftien rechters geven aan dat het tijdsverloop een rol speelt.

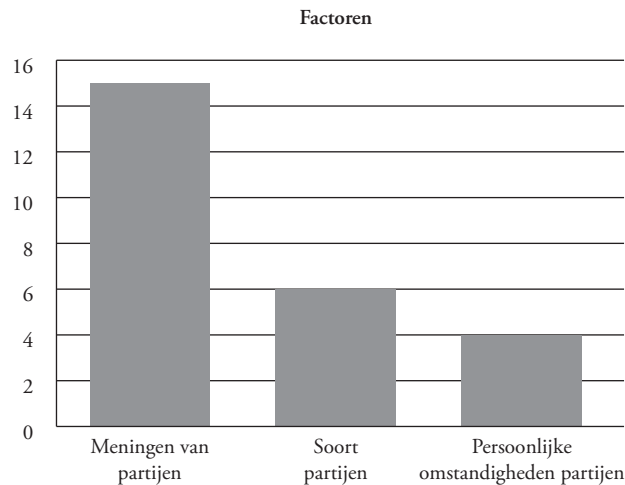
In de wet wordt geen termijn genoemd waarbinnen de Hoge Raad de vraag moet beantwoorden. Hiervoor is gekozen omdat

‘te verwachten valt (...), hetgeen door de Hoge Raad ook is bevestigd, dat het beantwoorden van prejudiciële vragen hoge prioriteit zal hebben. Het wettelijk vastleggen van termijnen zal daarom onnodig complicerend werken.’¹⁶

Voor veel rechters is dit echter wel een bezwaar. Zij geven aan nu geen idee te hebben hoe lang het zal duren voordat een vraag beantwoord is: ‘Het hangt er wel vanaf hoe snel dat antwoord komt.’ Dat is wezenlijk, want:

16. Kamerstukken II 2010/11, 32 612, nr. 3, p. 16.

Figuur 7 Partijfactoren die een rol spelen



‘als bekend wordt dat het een maand duurt, ja, dan is het wel interessant. Maar als het een half jaar duurt, denk ik dat de meeste rechters bij de rechtbank denken: laat maar zitten, dat hoeft van mij niet.’

Wel spreekt een rechter de verwachting uit dat de Hoge Raad er inderdaad prioriteit aan zal geven:

‘Je kunt je ook wel voorstellen dat, zeker omdat het zeg maar helemaal past in de versterking van de cassatierecht-spraak, dat je zegt van “Ja, we gaan een mooi visitekaartje laten zien, en we gaan als er vragen zijn die op korte termijn proberen te beantwoorden.” En daarmee wordt het instrument ook waardevoller.’

Het lijkt erop dat de doorlooptijd ook invloed kan hebben op de andere factoren. Zo geeft een rechter aan dat het feit dat partijen niet willen dat er een prejudiciële vraag gesteld wordt, minder gewicht in de schaal legt naarmate de doorlooptijd korter is:

‘Als de doorlooptijd kort is, en je bent zelf superonzeker en er zijn nog tig andere zaken waarin dit speelt, dan zou ik het eerder doen.’

Dit werkt echter ook de andere kant op:

‘[A]ls de zaak daardoor [door het stellen van een prejudiciële vraag; SvK & IG] een jaar stil blijft liggen en ik denk dat het in die zaak onverantwoord is, dan zal ik het niet zo gauw doen.’

Maar soms kunnen partijen zich helemaal geen vertraging veroorloven, en ook dat blijkt gewicht in de schaal te leggen. Zo stelt een rechter dat deze niet snel een prejudiciële vraag zou stellen ‘als je weet dat partijen belang hebben bij een beslissing op korte termijn. Sterker nog, soms kan er schade ontstaan als je niet snel beslist.’

Ook ziekte van partijen wordt met de doorlooptijd in verband gebracht: ‘Met het oog op het feit dat een van de partijen bijna overlijdt, kun je de zaak zelf af doen.’

Daarnaast wordt belangrijk geacht dat feitenrechters niet gewend zijn om de zaak zo lang te rekken:

‘[D]ie [de feitenrechter; SvK & IG] is gewend aan het afdoeningstempo, binnen zes weken moet een vonnis liggen. Die is niet gewend dat dit voor onbepaalde tijd verlengd gaat worden.’

En:

‘[M]ijn vraag is hoe vaak feitenrechters dat gaan toepassen. In die zin dat in kleine zaken, qua omvang, waarin je gewend bent een zeker tempo te hebben het heel wezensvreemd voelt om opeens een jaar te gaan zitten wachten op een antwoord op een prejudiciële vraag.’

Het lijkt er dus op dat het voor rechters toch wel heel belangrijk is om te weten binnen welke termijn de Hoge Raad antwoord geeft op een prejudiciële vraag:

‘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.’¹⁷

17. Gedurende het schrijven van dit artikel is omtrent het tijdsverloop bij prejudiciële vragen al iets meer duidelijkheid gekomen. De eerste prejudiciële vraag werd op 3 augustus 2012 (Rb. Utrecht 3 augustus 2012, LJN BX3391) gesteld door de Rechtbank Utrecht, en de Conclusie van A-G Huydecoper is op 30 november 2012 (Conclusie A-G 30 november 2012, LJN BY4889) verschenen. Het antwoord van de Hoge Raad op die prejudiciële vraag volgde op 8 februari 2013 (HR 8 februari 2013, LJN BY4889 (Rabohypotheek/X.)), en dus na zes maanden en enkele dagen. Het lijkt er dus op dat (het Parket bij) de Hoge Raad inderdaad een redelijk vlot tempo aanhoudt voor de beantwoording van een prejudiciële vraag (Giesen 2011, p. 65, sprak zich eerder uit voor een termijn van maximaal zes maanden). Het is echter nog maar de vraag of dat wel snel genoeg is voor de feitenrechters, zo blijkt uit de interviews.

4.3.4 Rechtsontwikkeling

Een derde van de rechters geeft aan dat ook de rechtsontwikkeling een factor is waar zij rekening mee houden. Door het stellen van een prejudiciële vraag kan de natuurlijke rechtsontwikkeling worden doorbroken. Dit hoeft niet altijd een probleem te zijn:

[W]at je nu soms ziet, ook in die aandelenleasezaken, is een enorme stroom van honderden zaken die waarschijnlijk helemaal niet op gang gekomen was als er al in een heel vroeg stadium duidelijkheid was gekomen bij een heel aantal zaken. En dat is natuurlijk ook een belasting van het justitiële apparaat, die helemaal onnodig is achteraf.’

In sommige zaken echter, kan de geleidelijke rechtsontwikkeling zorgen voor een ander antwoord op de rechtsvraag:

[E]r zijn elementen in de rechtspraak aan te wijzen die met een druk op de knop ook veranderen, maar sommige dingen gaan geleidelijk en hebben tijd nodig (...) als je dat in een keer als prejudiciële vraag had voorgelegd, dan had je ongetwijfeld een heel ander antwoord gekregen dan uiteindelijk in het arrest is geformuleerd, zes, zeven, acht jaar later.’

Door het stellen van een prejudiciële vraag ‘heb je de discussie doodgeslagen’. Soms zou het de ‘kwaliteit van de zaakvorming ten goede kunnen komen’ als gedurende een halfjaar of een jaar inderdaad onzekerheid bestaat en uiteenlopende uitspraken gewezen worden voordat de Hoge Raad een uitspraak doet. ‘Terwijl als je in zo’n vroegtijdig stadium de Hoge Raad erbij haalt, dan fixeert je, blokkeert je de situatie op een bepaald punt.’ Dit wordt voornamelijk bij de rechtbank als een probleem gezien, omdat de rechtsvraag zich dan nog echt in een beginfase bevindt:

[D]an zijn er nog weinig gezichtspunten gewisseld in de rechtspraak, en ik schat dat je dan toch een andere beoordeling van het vraagstuk krijgt dan wanneer er al veel over geschreven is, en er al verschillende uitspraken zijn (...). Ik weet niet of het echt een nuttige situatie is, misschien voor het Hof, maar niet voor de eerste lijn.’

Dit is extra interessant in het licht van de memorie van toelichting bij de wet, waarbij deze versnelde rechtsontwikkeling juist wenselijk geacht wordt:

[E]en spoedige beantwoording kan ook in deze gevallen het instellen of het voortzetten van mogelijk vele individuele procedures overbodig maken, het voorkomt dat rechters in identieke zaken tegenstrijdige uitspraken wijzen en bevordert aldus de rechtseenheid en draagt ook in deze zaken bij aan een meer optimale vervulling van de rechtsvormende taak van de civiele kamer in zaken waar de maatschappelijke behoefte aan een antwoord groot is. (...) Dat de Hoge Raad eerder in beeld komt, acht ik wenselijk

om de rechter zo gericht en tijdig mogelijk te kunnen inzetten.¹⁸

4.3.5 Taakopvatting rechters

Aan de rechters hebben we de vraag gesteld wat zij als hun taak als rechter zien. De meeste rechters geven aan dat hun belangrijkste taak toch gewoon geschilbeslechting is: ‘dat is de taak van de rechter. Het is gewoon problemen oplossen van een ander.’ Waarbij men probeert een ‘rechtvaardige beslissing te geven, die recht doet aan de feiten’. Hierbij geeft een aantal rechters aan wel een bepaald afdoeningstempo te hanteren. Dit afdoeningstempo is ook onderdeel van hun taak:

‘Dat is het allerbelangrijkste werk van een rechter. Knopen doorhakken. En dan moet je niet de procedure twee jaar gaan rekken of opschorten. Dat doe je eigenlijk niet.’

Het stellen van een prejudiciële vraag, met een onbekende doorlooptijd, wordt door een aantal rechters, met name door eerstelijnsrechters, dan ook gezien als een vreemde eend in de bijt, doordat zij gewend zijn aan een bepaald afdoeningstempo.

Het karakter van rechters speelt hierbij een rol, volgens een rechter bij het hof:

‘Maar eerlijk gezegd zijn mijn verwachtingen niet heel erg hoog gespannen. Dat is gewoon door het behoudend karakter van rechters, de manier waarop ze werken. We hebben het altijd op een bepaalde manier gedaan en nu moet het opeens anders.’

4.3.6 Financieel belang

Zo’n 30 procent van de rechters heeft aangegeven dat ook het financiële belang van de zaak invloed heeft op de beslissing om al dan niet een prejudiciële vraag te stellen. Deze rechters zullen geen vraag stellen wanneer het slechts een klein financieel belang dient:

‘Als het bij die wettelijke rente om € 3,95 gaat, dan hak je de knoop door. Maar als het om een paar ton gaat, wat ook kan, dan zal je eerder een vraag stellen.’

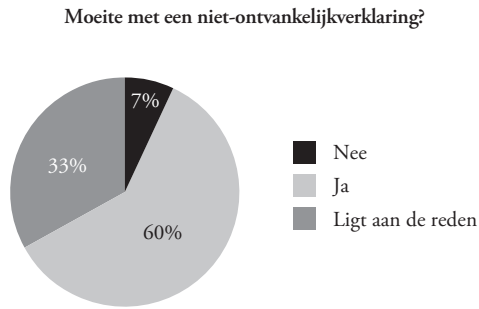
Men kan zich voorstellen ‘dat in hele kleine vorderingen, het stellen van een prejudiciële vraag zijn doel een beetje voorbij schiet’. Wanneer het om een laag bedrag gaat, moet het ‘zich in wel heel veel zaken voordoen, wil je het gerechtvaardigd vinden om in individuele zaken een vraag te stellen’.

Door andere rechters wordt dit echter minder van belang geacht:

‘[I]n individueel verband is het belang klein, maar in breder verband is het een groot belang. Dat hoeft niet principieel daaraan in de weg te staan. Want juist hoe kleiner het bedrag, hoe vaker het ook voor zal komen. Als het consu-

18. Kamerstukken II 2010/11, 32 612, nr. 3, p. 1.

Figuur 8 Hebben rechters moeite met een niet-ontvankelijkverklaring?



mentenzaken betreft, heb je echt kans dat het duizend, tienduizend keer per week of per maand voorkomt.’

4.4 Niet-ontvankelijkverklaring

Ten slotte hebben we aan de rechters de vraag gesteld hoe zij het zouden vinden als een prejudiciële vraag die zij gesteld hebben, door de Hoge Raad niet-ontvankelijk verklaard zou worden. Zou een mogelijke niet-ontvankelijkverklaring hen weerhouden van het stellen van een prejudiciële vraag?

Vrijwel alle rechters geven aan dat ze een niet-ontvankelijkverklaring vervelend zouden vinden. Een derde van de rechters geeft aan dat dit vooral ligt aan de reden waarom de Hoge Raad de vraag niet-ontvankelijk verklaart. Wanneer dit bijvoorbeeld is omdat de vraag niet aan het criterium ‘talrijk’ voldoet, zou men het niet zo erg vinden, omdat over deze term discussie mogelijk is. Maar dit ligt anders wanneer de Hoge Raad bijvoorbeeld aangeeft dat deze vraag helemaal niet onbeantwoord is:

‘[H]et hangt er een beetje van af op wat voor grond zo’n vraag niet ontvankelijk wordt verklaard. Kijk, als ze zeggen: “Dit vinden wij geen veelvoorkomende vraag”, dan is het niet zo erg. Maar als ze zeggen: “Dit is geen onopgelost rechtsprobleem, dit is allang uitgemaakt”, ja dan is dat wel een beetje pijnlijk.’

Een aantal rechters geeft aan dat een niet-ontvankelijkverklaring hun in dit geval erger lijkt dan een vernietiging in hoger beroep. In hoger beroep is het immers mogelijk dat partijen andere feiten hebben aangevoerd, en bij een niet-ontvankelijkverklaring in geval van een prejudiciële vraag is dit niet mogelijk:

‘[D]aar [bij een vernietiging; SvK & IG] kan je tenminste nog zeggen: “De feiten zijn anders aangevoerd, de stellingen zijn anders gebracht.” Maar hier kan je je natuurlijk nergens achter verschuilen.’

20 procent van de rechters geeft aan dat zij nooit meer een prejudiciële vraag zullen stellen als deze niet-ontvankelijk verklaard wordt:

‘[J]a, dan doe je het nooit meer. Moet je je voorstellen, zit je er heel lang over te dubben, zal ik het wel of zal ik het

niet doen. Dan stel je een vraag en dan wordt ie niet ontvankelijk verklaard. Dan denk je: oké, dat is dus helemaal geen begaanbare weg. Ja, dan denk je: ik ben toch niet helemaal gek, ik doe het zelf wel.’

Een paar rechters lijken het ook te zien als een persoonlijk debacle, en zien een niet-ontvankelijkverklaring als ‘een behoorlijke tik op de vingers’. De meeste rechters vinden het echter vooral vervelend voor de partijen. Deze zitten op een uitspraak te wachten, en de zaak heeft voor niets vertraging opgelopen: ‘Hoe leg je dat uit? De rechtbank blijkt zich vergist te hebben?’ En:

‘[J]e hebt er waarschijnlijk veel tijd in gestoken, en de wet goed bestudeerd, een ronde gehad om partijen zich te laten uitlaten (...). Dan heb je eigenlijk het paard achter de kar gespannen, want dan heeft het alleen maar vertraging opgeleverd.’

Door een rechter werd er ook op gewezen dat je door het stellen van een prejudiciële vraag eigenlijk aan partijen aangeeft dat de rechter het antwoord op een bepaalde rechtsvraag ook niet (zeker) weet. Wanneer de Hoge Raad dan de vraag niet-ontvankelijk verklaart, moet de rechter deze vraag alsnog zelf gaan beantwoorden. De rechter in kwestie was bang dat partijen misschien hun vertrouwen in de rechter zouden verliezen, nu die eigenlijk heeft ‘toegegeven’ het antwoord ook niet te weten.

Een niet-ontvankelijkverklaring lijkt dus voor de rechters een behoorlijk zware ‘sanctie’, en dit zou hen wel (nog) voorzigtiger maken in de beslissing een prejudiciële vraag te stellen, maar hen niet weerhouden van het stellen van een vraag. Een niet-ontvankelijkverklaring zouden zij wel als zeer vervelend ervaren, met name omdat dit onnodige vertraging oplevert voor partijen. Sommige rechters zouden nooit meer een vraag stellen na een niet-ontvankelijkverklaring.

De kans dat een vraag niet-ontvankelijk wordt verklaard, wordt echter zeer klein geacht. Voordat rechters tot het stellen van een vraag over zullen gaan, zal hierover goed nagedacht zijn en met collega’s overlegd zijn. De kans dat een vraag wordt gesteld die niet behoort tot de categorieën waarin een vraag gesteld mag worden, is dan ook klein. Ook hoopt men dat de Hoge Raad zich hierin coulant zal opstellen:

‘Ik kan me voorstellen dat de Hoge Raad de ambitie heeft om de zaken tijdig en goed af te doen, en dat zij een zaak snel niet-ontvankelijk verklaren, dat verwacht ik niet.’

5 Resultaten en conclusies

5.1 Drie deelvragen

De vraag die wij in dit artikel stelden, was: *in hoeverre zijn feitenrechters naar eigen verwachting in staat en bereid prejudiciële vragen te stellen conform de nieuwe wetgeving?* Ter beantwoording van die vraag zijn in dit artikel vervolgens drie deelvragen behandeld. Hieronder geven wij een korte samenvatting van de hiervoor gepresenteerde resultaten daarvan, gevolgd door een conclusie naar aanleiding van die resultaten (par. 5.5).

5.2 Herkennen van potentiële prejudiciële vragen

De eerste vraag was of rechters in staat zijn om een geval te herkennen als een geval waarin een prejudiciële vraag gesteld kan worden. Daarbij is de mate van duidelijkheid van de termen ‘massaschadeclaims’ en ‘talrijke feitelijk vergelijkbare zaken’ van groot belang. De term ‘massaschadeclaims’ wordt over het algemeen – maar nogmaals: we baseren ons in dit artikel niet op statistisch significante gegevens – als een duidelijke term gezien. Dit komt natuurlijk mede doordat dit een term is die rechters al sinds jaar en dag hanteren en tegenkomen. De term ‘talrijke feitelijk vergelijkbare zaken’ levert, als verwacht, meer problemen op. Deze term herbergt een aantal discutabele punten: wat is talrijk en wat is feitelijk vergelijkbaar? Rechters snappen heel goed wat er niet bedoeld wordt met dit criterium, maar wat er dan wel mee bedoeld wordt, is minder duidelijk. Dit doet af aan de bereidheid van de geïnterviewde rechters om een prejudiciële vraag te stellen. Alleen als voor hen zonder meer duidelijk is dat de opkomende rechtsvraag een vraag is die aan deze voorwaarde voldoet, lijkt de kans groot dat zij hem zullen stellen.

Uit de interviews is niet helemaal duidelijk geworden hoe rechters erachter denken te komen dat een zaak ‘in talrijke gevallen’ speelt. Men lijkt vooral te vertrouwen op de eigen praktijkervaring, waardoor men al weet dat iets een voorbode is voor meerdere zaken. Soms kan ook pas achteraf worden gesteld dat een rechtsvraag voldoet aan de term ‘talrijke feitelijk vergelijkbare zaken’. Of rechters een mogelijke situatie (in voldoende mate) zullen herkennen, is dus nog maar de vraag. Hoewel rechters goed op de hoogte blijven van de ontwikkelingen binnen het vak, blijft het begrip ‘talrijk, feitelijk vergelijkbaar’ een vaag begrip en is het ook moeilijk te onderzoeken of iets talrijk is.

5.3 Formuleren van een prejudiciële vraag

De tweede vraag betreft de formulering: zijn rechters in staat om de prejudiciële vraag op juiste wijze aan te brengen? De formulering van een prejudiciële vraag lijkt wel enkele problemen op te roepen. Hierbij is het niet alleen belangrijk om de rechtsvraag goed te formuleren, ook de feitenvaststelling is van zeer groot belang: voordat een prejudiciële vraag gesteld wordt, is het belangrijk dat men de feiten ‘op orde’ heeft.

30 procent van de rechters voorziet geen enkel probleem bij de formulering, en ziet dit als een verlengde van hun huidige taak. De meeste rechters echter menen dat er wel wat oefening bij komt kijken. Hulpmiddelen bij het formuleren van een prejudiciële vraag zijn dus welkom.

Slechts enkele rechters hebben ervaring met het stellen van vragen in Europees verband. Frappant is echter dat de rechters die nog nooit een vraag in Europees verband hebben gesteld, denken dat deze ervaring rechters kan helpen, terwijl de enkele rechters die wel zo’n vraag hebben gesteld, menen dat dit helemaal niets uitmaakt. Daarbij speelt wel het tijdsverloop sinds het stellen van die vraag, hoe lang geleden het is geweest, een rol.

De meeste rechters vinden dan ook dat een cursus niet nodig is. De verwachting is immers dat er weinig prejudiciële vragen gesteld zullen worden, en dat men wat men bij zo’n cursus heeft geleerd, toch weer vergeet.

In het licht van het voorafgaande menen wij dat het sterke aanbeveling verdient om rechters te voorzien van een aantal hulpmiddelen die zij op het moment dat ze een prejudiciële vraag willen stellen, kunnen gebruiken. Een van die hulpmiddelen zou bijvoorbeeld een set ‘wenken’ kunnen zijn, zoals men die in Europees verband al kent.¹⁹ Alle geïnterviewde rechters staan daar positief tegenover. Dit zou hen kunnen helpen bij de formulering van een prejudiciële vraag. Hier ligt dus ook een taak voor de Hoge Raad. Door het opstellen van een eigen set ‘wenken’ zou de Hoge Raad een duidelijker beeld kunnen geven van wat hij verwacht van de lagere rechters bij het opstellen van een prejudiciële vraag. Ook een lijst van (ervarings)deskundigen, bij wie men kan aankloppen als het opstellen van een prejudiciële vraag aan de orde is, zou een goed hulpmiddel kunnen zijn.

5.4 Voor rechter relevante factoren voor de beslissing al dan niet een vraag te stellen

Wanneer een rechter het geval waarin hij een prejudiciële vraag kan stellen, herkent en hij ook de vraag juist weet te formuleren, is het echter nog maar de vraag of de rechter daadwerkelijk overgaat tot het stellen van een prejudiciële vraag. Dit hangt af van een groot aantal factoren. Ten eerste is van belang hoe een rechter zelf tegen de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad aankijkt. Uit de interviews blijkt dat de meeste rechters gematigd positief staan tegenover de wet, en dat de rechters allen wel een geval kunnen bedenken waarin het handig was geweest om een prejudiciële vraag te stellen. Toch is niet iedereen even enthousiast. De vraag wordt opgeworpen of dit wetsvoorstel wel in een behoefte voorziet en of dit wetsvoorstel niet de verwachting bij partijen zal wekken dat de rechter er gebruik van moet maken.

Gebleken is verder dat de feitenrechters geen hele hoge verwachtingen hebben van de wet. Meermalen hebben zij aangegeven dat zij denken dat er weinig gebruik gemaakt gaat worden van deze wet. En, zo zegt een rechter, men zal moeten worden herinnerd aan het bestaan van deze wet. Dat brengt

19. PbEU 2005, C 143/01.

het behalen van de doelstellingen van de wet (met name tijdige rechtsvorming stimuleren) uiteraard enigszins in gevaar, hoewel de wetgever nooit heeft uitgesproken dat er heel vaak een beroep op de regeling zou (moeten) worden gedaan.²⁰

Er zijn daarnaast allerlei andere factoren die bepalen of een rechter al dan niet een prejudiciële vraag zal stellen. De belangrijkste twee zijn 'partijen' en 'tijdsverloop'. De rechters vinden het vooral belangrijk om de procespartijen te betrekken bij hun beslissing om al dan niet een prejudiciële vraag te stellen. De meeste rechters geven dan ook aan niet snel een vraag te stellen wanneer de procespartijen hier niets voor voelen. Daarnaast wordt door een aantal rechters rekening gehouden met het type procespartij en met de persoonlijke omstandigheden van de partijen.

Tijdsverloop is ook een belangrijke factor. Omdat in de wet geen termijn wordt gegeven waarbinnen de Hoge Raad een prejudiciële vraag moet beantwoorden, is het voor de rechters onduidelijk hoeveel vertraging een prejudiciële vraag zal opleveren. Hoe groot deze vertraging zal zijn, speelt een belangrijke rol voor veel rechters. In eerste instantie omdat zij de partijen niet te lang willen laten wachten, maar ook omdat de (eerstelings)rechters gewend zijn aan een bepaald 'afdoeningsritme'. De opstelling van de Hoge Raad in dezen zal dus van groot belang zijn; de Raad zal hier een luisterend oor moeten tonen en uiteraard vervolgens naar bevind van zaken handelen.

Andere veelgenoemde factoren zijn: de doorbreking van de natuurlijke rechtsontwikkeling, de taakopvatting van de rechter (snel een uitspraak doen binnen een geschil) en het financiële belang van de zaak. De productienormen voor de rechterlijke macht, waarvan wij dachten dat die ook een belangrijke factor zouden zijn, lijken echter nauwelijks een rol te spelen. Dit komt met name doordat de rechters denken dat er weinig gebruik gemaakt zal worden van deze wet, waardoor het niet veel uitmaakt voor hun productienormen.

Een mogelijke niet-ontvankelijkverklaring door de Hoge Raad lijkt ook wel invloed te hebben op de beslissing om al dan niet een prejudiciële vraag te stellen. Hoewel dit de rechters niet zal weerhouden om een vraag te stellen, zullen zij hierdoor wel voorzichtiger zijn. Dat effect zal, zo valt te verwachten, alleen maar toenemen als de Hoge Raad hier streng blijkt. Dat lijkt te meer het geval nu een aantal rechters aangeeft nooit meer een vraag te stellen wanneer zij niet-ontvankelijk verklaard zou worden. De rechters hopen dan ook dat de Hoge Raad hier coulant mee om zal gaan, en niet te snel besluit om een vraag niet te beantwoorden. Daarmee kunnen wij het slechts eens zijn.

5.5 Tot slot: de bal ligt bij de Hoge Raad

Terugkijkend op de antwoorden die rechters op onze vragen gaven, moge duidelijk zijn dat daaruit weinig naar voren is gekomen dat schokkend te noemen is. Veel van wat terugkomt, lag in de lijn der verwachting en zal weinig lezers verbaasd hebben. Niettemin valt er het nodige te leren uit het

onderzoek, bijvoorbeeld over het te verwachten gebruik van de nieuwe regeling in de komende periode (de frequentie zal waarschijnlijk laag liggen, zo blijkt). Ook is er een duidelijker beeld ontstaan over welke factoren bijdragen (met name de wensen van partijen en het tijdsverloop) aan het gebruik van de regeling door feitenrechters.

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. De opstelling van de Hoge Raad, zo blijkt uit het voorgaande, is van cruciaal belang,²¹ 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,²² 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 goeddeels bij de Hoge Raad.

Dat is overigens ook precies zoals het hoort, want daar, bij diezelfde Hoge Raad, is immers ook het hele proces richting de introductie van de prejudiciële vraag ooit begonnen. De Hoge Raad wilde eraan,²³ en nu mag hij laten zien hoe dit nieuwe instrument optimaal kan worden ingezet. Het inmiddels verkregen antwoord op de eerste prejudiciële vraag getuigt wat ons betreft van de wil bij de Hoge Raad om het nieuwe instrument tot een succes te maken. De Hoge Raad heeft ruimte gegeven aan inbreng van niet-procespartijen (ex art. 393 lid 2 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv), zie r.o. 2), geeft zelf aan een grotere beoordelingsruimte te hebben omdat de Hoge Raad niet aan de feiten is gebonden zoals de lagere rechter die heeft vastgesteld (r.o. 3.1), en is bereid de eigen eerdere rechtspraak te heroverwegen (r.o. 3.7).²⁴ Dat alles zou de op prejudiciële vragen broedende feitenrechter de nodige moed moeten geven.

21. Uiteraard tezamen met de factor 'partijen', zoals besproken.

22. Dat de eerste aan de Hoge Raad voorgelegde prejudiciële vraag (Rb. Utrecht 3 augustus 2012, LJN BX3391) beantwoord werd op 8 februari 2013 (dus: na zes maanden), zie HR 8 februari 2013, LJN BY4889 (Rabohypotheek/X.), geeft ons enige hoop dat de doorlooptijd van een prejudiciële vraag geen onoverkomelijk struikelblok zal blijken te zijn/ worden voor de lagere rechters, hoewel die termijn zeker niet voor iedere rechter kort genoeg lijkt te zijn, zie par. 4.3.3.

23. Zie hiervoor het rapport van de commissie-Hammerstein: Commissie normstellende rol Hoge Raad, Versterking van de cassatierechtspraak, Den Haag 2008, te vinden via <www.minjus.nl>, aangeboden aan de Tweede Kamer via Kamerstukken II 2007/08, 29 279, nr. 69, p. 51.

24. HR 8 februari 2013, LJN BY4889 (Rabohypotheek/X.).

20. Giesen 2011, p. 59, denkt aan zo'n tien zaken per jaar; dat lijkt voorlopig niet te worden gehaald, maar enige aanlooptijd is de wetgeving gegund.