

## Opmerkingen van de VCCA i.o. naar aanleiding van het voorontwerp prejudiciële vragen

1. De eerste opmerking betreft de reikwijdte van het voorstel. Uitgangspunt bij het voorstel is dat sprake is van een experiment. Daarom is gekozen voor een (zeer) beperkt toepassingsgebied, te weten dat van de “massavorderingen”. In art. 392 is bepaald dat het moet gaan om een vraag die rechtstreeks van belang is voor een veelheid aan vorderingsrechten die gegrond zijn op dezelfde of soortgelijke feiten en uit dezelfde of soortgelijke samenhangende oorzaken voortkomen. In de toelichting (p. 8) wordt aangegeven dat in dit verband moet worden gedacht aan (i) massavorderingen die door middel van een collectieve actie worden ingesteld en (ii) die welke in een individuele procedure worden ingesteld maar wél “massavordering” zijn omdat ook zij een vraag oproepen waarvan de beantwoording rechtstreeks van belang is voor vele andere identieke, althans soortgelijke zaken. Vooral bij individuele zaken is volgens de toelichting wel de vraag of de rechter voldoende in staat is de feitelijke, juridische en maatschappelijke context te schetsen. Voorlopig wil de wetgever het stellen van prejudiciële vragen echter beperken tot massavorderingen (zie ook N. Frenk en A.M. Wolffram-Van Doorn, RMTh 2009, (“**Frenk & Wolffram-Van Doorn**”), p. 157 en 159). Dit volgt onder meer uit het woord ‘samenhangende’ in art. 392. Dat roept de vraag op of er enerzijds wel voldoende massavorderingen in zojuist bedoelde zin zijn om het experiment zinvol te doen zijn en om voldoende ervaring op te doen met prejudiciële vragen, en of er anderzijds ook niet andere zaken zijn waarin rechtsvragen kunnen spelen die een zaakoverstijgend belang hebben en die reeds thans onder het bereik van de regeling gebracht zouden kunnen en moeten worden. Zo speelt al geruime tijd de vraag of de veroordeling in een vonnis ook betrekking kan hebben op nakosten. Deze voor de praktijk belangrijke vraag is tot nu toe nog niet door de Hoge Raad beantwoord omdat het financiële belang veelal te gering is om een cassatieprocedure te rechtvaardigen. Ook in dergelijke gevallen zouden prejudiciële vragen moeten kunnen worden gesteld. De beperking in het huidige voorstel lijkt daarmee te ver te gaan (verg. in deze richting ook: R.P.J.L. Tjittes en R. Meijer, RMTh 2009, (“**Tjittes & Meijer**”), p. 173/174); een verruiming zou (aldus bijvoorbeeld ook Frenk & Wolffram-Van Doorn, p. 157) reeds bereikt kunnen worden door schrapping van het woord “samenhangende” in art. 392 lid 1. Dat geldt temeer nu de ervaring in Frankrijk leert dat een ruimere mogelijkheid niet leidt tot grote hoeveelheden prejudiciële vragen (volgens bijvoorbeeld Tjittes & Meijer, p. 173 en 174). Art. 392 lid 1 beperkt de bevoegdheid tot het stellen van prejudiciële vragen voorts tot de meervoudige kamer. Dit betekent onder meer dat in een procedure ter verkrijging van een voorlopige voorziening en door de kantonrechter geen prejudiciële vragen kunnen worden gesteld. Bijvoorbeeld wanneer het gaat om de vraag of bepaalde regelgeving (onmiskienbaar) onverbindend is of wanneer een principiële vraag over huur of in het arbeidsrecht aan de orde is, valt echter niet uit te sluiten dat daaraan toch (grote) behoefte bestaat. De enkelvoudige kamer van de Rechtbank (of het Hof) kan een zaak weliswaar (terug)verwijzen naar de meervoudige kamer (art. 15 lid 2, resp. 16 lid 3 Rv; zie ook de toelichting, op p. 14, sub 3), bijvoorbeeld met het specifieke doel om vervolgens het stellen van een prejudiciële vraag mogelijk te maken, maar dit zal vermoedelijk minstgenomen tot vertraging van de procedure leiden. Het verdient derhalve heroverweging of een prejudiciële vraag niet ook door een enkelvoudige kamer gesteld moet kunnen worden (zie in die zin (nader) ook Tjittes & Meijer, p. 174). De wetgever heeft er bewust voor gekozen om niet alleen de appelrechter maar ook de rechter in eerste aanleg de bevoegdheid te geven een prejudiciële vraag te stellen (zie de toelichting, op p. 10). Deze keuze wordt toegejuicht.

2. Volgens het algemene gedeelte van de toelichting (p. 8) heeft de rechter ingevolge het wetsvoorstel in twee situaties de bevoegdheid de Hoge Raad te verzoeken om bij wijze van prejudiciële vraag een rechtsvraag te beantwoorden, t.w. (i) indien terzake van een massavordering een collectieve actie is ingesteld en (ii) indien in een individuele procedure het antwoord op de aan de orde zijnde rechtsvraag ook rechtstreeks van belang is voor “vele andere identieke zaken”, die gegrond zijn op dezelfde of soortgelijke feiten en uit dezelfde of soortgelijke samenhangende oorzaken voortkomen. Een en ander zou blijken de toelichting uit art. 392 lid 1 volgen. In de artikelsgewijze toelichting worden, in de toelichting op art. 392 (p. 13), opnieuw deze twee situaties genoemd, doch ditmaal met de toevoeging, voor wat betreft de collectieve actie, dat ook daar geldt dat het antwoord op de vraag rechtstreeks van belang moet zijn voor een veelheid van vorderingsrechten die gegrond zijn op dezelfde of soortgelijke feiten en uit dezelfde of soortgelijke samenhangende oorzaken voortkomen (verg. ook p. 14, sub 2).

Het onderscheid dat de toelichting aldus maakt tussen een collectieve actie en een individuele procedure is in de tekst van art. 392 niet terug te vinden, terwijl het algemene gedeelte van de toelichting gemakkelijk de indruk kan wekken dat in het kader van iedere collectieve actie prejudiciële vragen kunnen worden gesteld. Blijkens art. 3: 305a lid 1 BW is van een collectieve actie sprake indien een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid een rechtsvordering instelt die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen voor zover zij deze belangen ingevolge haar statuten behartigt; een collectieve actie kan niet strekken tot schadevergoeding in geld (art. 3: 305a lid 3), terwijl een dergelijke uitsluiting niet voorkomt in art. 392 lid 1. Bij de collectieve actie gaat het erom dat de (afzonderlijke) belangen van verschillende personen zich voor bundeling lenen, hetgeen afhankelijk is van alle omstandigheden van het geval. Het voor een collectieve actie geldende criterium is aldus (kennelijk) een ander criterium dan dat voor de bevoegdheid tot het stellen van een prejudiciële vraag, zoals dat is neergelegd in art. 392 lid 1. Hoewel dit wel blijkt bij nauwkeurige lezing van de artikelsgewijze toelichting, verdient het ter voorkoming van misverstand wellicht de voorkeur in de toelichting het onderscheid tussen een collectieve actie en een individuele procedure niet te maken, althans niet zo te benadrukken. Voor de vraag of de bevoegdheid bestaat om een prejudiciële vraag te stellen, blijkt dat onderscheid immers in feite niet van belang te zijn.

Naar de (kennelijke) bedoeling van de wetgever kwalificeren ‘groepsacties’ ter behartiging van één (algemeen) belang niet als ‘massavordering’ zodat deze buiten het toepassingsgebied van de regeling vallen, ook indien dergelijke acties worden ingesteld door belangengroeperingen die voor het desbetreffende (algemene) belang opkomen en zich blijkens hun statuten de behartiging van dat belang ook hebben aangetrokken. Het is verstandig dit duidelijker naar voren te brengen.

3. Art. 392 lid 1 spreekt over een “rechtsvraag” die aan de Hoge Raad ter beantwoording kan worden voorgelegd bij wijze van prejudiciële beslissing. In de toelichting wordt bij herhaling opgemerkt (op p. 11 en 12) dat aan de Hoge Raad kan worden overgelaten om te beoordelen in hoeverre ook vragen die tot gemengde beslissingen zouden leiden, zich voor beantwoording in een prejudiciële procedure lenen. Ook uit een open norm af te leiden subregels of vuistregels zouden aldus onder de werking van de regeling van de prejudiciële vragen gebracht kunnen worden (zo ook Frenk & Wolfram-Van Doorn, p. 158). De hier door de wetgever gesignaleerde ruimte voor de Hoge Raad lijkt zonder meer wenselijk omdat juist bij massavorderingen de behoefte kan bestaan aan vuistregels of gezichtspunten die bij de beoordeling van de verschillende (soorten) gevallen in acht genomen dienen te worden (anders: Tjittes & Meijer, p. 173); maar deze ruimte staat op gespannen voet met de tekst van

art. 392 lid 1 die spreekt over “een rechtsvraag”. Onder deze omstandigheden ware te overwegen om in plaats daarvan te spreken over bijvoorbeeld “een vraag die niet een zuiver feitelijk oordeel betreft”. Wel rijst de vraag of de lagere rechter in staat is om bij de formulering van de prejudiciële vraag het onderscheid tussen zuivere rechtsvragen en gemengde beslissingen – mede in verband met de in de vraag aan de Hoge Raad voor te leggen feitelijke grondslag van zijn vraag – voldoende in het oog te houden. Dit probleem zou bijvoorbeeld ondervangen kunnen worden door de lagere rechter training op dit gebied aan te bieden en/of doordat reeds in het stadium van het formuleren van de vraag door de lagere rechter en de uitlating van partijen daarover (art. 392, leden 2 en 3) (door partijen) een ervaren cassatie-advocaat wordt ingeschakeld.

4. Art. 392 lid 1 bepaalt dat de rechter “op verzoek van een partij of ambtshalve”, kort gezegd, een prejudiciële vraag “kan” voorleggen aan de Hoge Raad. De toelichting merkt op (op p. 14, sub 5) dat het de rechter vrij staat om al dan niet een prejudiciële vraag te stellen waaraan wordt toegevoegd dat “niet te verwachten [valt]” dat de rechter een prejudiciële vraag zal stellen indien beide partijen te kennen gegeven hebben 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.

De vraag rijst waarom niet uitdrukkelijk (en in de wet zelf) wordt bepaald dat het de rechter niet vrijstaat om een prejudiciële vraag te stellen indien beide partijen desgevraagd te kennen gegeven daarvoor niet te voelen. Stelt de rechter onder deze omstandigheden tóch een prejudiciële vraag, dan doet hij dat (kennelijk) uitsluitend omdat hij het algemene belang van beantwoording van de prejudiciële vraag meent te moeten stellen boven het belang van partijen in de desbetreffende, concrete zaak; partijen zijn aldus, zelfs gezamenlijk, niet meer dominus litis. Dat lijkt niet wenselijk, te meer nu de prejudiciële procedure substantiële kosten voor partijen meebrengt, althans kan meebrengen, en tevens tot aanzienlijke vertraging van de procedure zal leiden (vergelijk over dit laatste ook Frenk & Wolffram-Van Doorn, p. 159; wel gerechtvaardigd wordt dit geacht door Tjittes & Meijer, p. 173).

Bovendien rijst de vraag wat de rechter te doen staat indien één van partijen wel graag een prejudiciële procedure zou zien – bijvoorbeeld omdat zij geconfronteerd wordt met vele vorderingen tegen haar waarop nog niet beslist is, of (juist) met tegenstrijdige beslissingen in soortgelijke zaken – maar de wederpartij daar in het geheel niet voor voelt, bijvoorbeeld in verband met de hoge kosten in verhouding tot het (voor haar) geringe financiële belang en/of in verband met de prejudiciële procedure gemoeide (extra) tijd. Het zou nuttig zijn als bijvoorbeeld in de toelichting enige gezichtspunten voor de rechter zouden kunnen worden genoemd om te beoordelen of een prejudiciële vraag in een dergelijk geval moet worden gesteld.

5. Art. 392 lid 2 bepaalt dat de rechter, alvorens de vraag te stellen, partijen in de gelegenheid stelt zich “daarover” uit te laten. Uit de tekst van deze bepaling wordt niet duidelijk of “daarover” terugslaat op “de vraag” (zelf) – en dus op de inhoud en formulering van de aan de Hoge Raad ter beantwoording voor te leggen vraag – en/of op het stellen van de vraag door de lagere rechter aan de Hoge Raad. Blijkens de toelichting (op p. 14/15, sub 6) gaat het om beide (hoewel de toelichting op p. 10, bovenaan, weer suggereert dat het (uitsluitend) kan gaan over “de te stellen vraag”).

Het verdient aanbeveling zo duidelijk mogelijk in de tekst van de bepaling zelf tot uitdrukking te brengen wat wordt bedoeld.

6. Ingevolge art. 392 lid 3 dient de rechter in zijn beslissing o.m. te vermelden “de door partijen ingenomen standpunten”. Uit de toelichting, p. 9, blijkt dat de door een partij gestelde

maar door de wederpartij betwiste feiten, door de wetgever (kennelijk) beschouwd worden als door de eerstbedoelde partij ingenomen "standpunt" zodat de rechter die in zijn beslissing moet vermelden náást de in art. 392 lid 3 uitdrukkelijk en afzonderlijk genoemde "door de rechter vastgestelde feiten". Op p. 15 (sub 7) merkt de toelichting op dat de de beslissing van de rechter, "[i]ndien daarvoor relevant", "eveneens de door partijen ingenomen standpunten [dient] te vermelden, waaronder ook de door een partij gestelde maar door de andere partij betwiste feiten". In de gedachtengang van de wetgever omvatten de "door partijen ingenomen standpunten" dus zowel (betwiste en door de rechter niet vastgestelde) feiten als juridische stellingnames.

Het zou goed zijn indien (ook op dit punt) de bedoeling van de wetgever zo duidelijk mogelijk tot uitdrukking gebracht zou worden door in de tekst van de bepaling op te nemen dat de "door partijen ingenomen standpunten" zowel betrekking hebben op juridische stellingnames als op (betwiste en door de rechter niet vastgestelde) feiten.

7. Gelet op art. 392 lid 5 en de toelichting (op p. 15) moet aangenomen worden dat indien verschillende vorderingen voorliggen en de rechter ten aanzien van één vordering het stellen van prejudiciële vragen in de rede vindt liggen maar meent op de overige vorderingen te kunnen beslissen, hij er in beginsel voor kan kiezen om hetzij een deeleinduitspraak te wijzen hetzij een(zuivere) tussenuitspraak waarin een (eind)beslissing wordt gegeven op die andere vorderingen. Blijkens art. 392 lid 6 (staat geen hogere voorziening open tegen de beslissing om al dan niet een prejudiciële vraag te stellen noch tegen de inhoud van die beslissing en) is tussentijds beroep (voor het overige) uitgesloten.

De vraag rijst hoe deze laatste bepaling dient te worden uitgelegd.

Immers, uitgangspunt is dat, indien een uitspraak deels einduitspraak is en deels tussenuitspraak, de partij die zich niet kan verenigen met het einduitspraakgedeelte daartegen direct, binnen de geldende beroepstermijn, dient op te komen, op straffe van het in kracht van gewijsde gaan van (dit gedeelte van) de uitspraak. Aangenomen moet worden dat met de uitsluiting van tussentijds beroep in art. 392 lid 6 niet beoogd is in dit systeem verandering te brengen.

Voorts is vaste rechtspraak dat, indien beroep wordt ingesteld tegen het einduitspraakgedeelte, tevens (tussentijds) beroep kan worden ingesteld tegen het tussenuitspraakgedeelte, ook indien dergelijk (tussentijds) beroep in beginsel niet openstond. Vermoedelijk moet, mede gelet op de toelichting op p. 16, sub 9, art. 392 lid 6 aldus uitgelegd worden dat de hierbedoelde (jurisprudentie)regel niet geldt, indien sprake is van een deeleinduitspraak waarin een prejudiciële vraag is vervat. Dit betekent onder meer dat niet, tegelijk met beroep tegen de einduitspraak ten aanzien van andere vorderingen dan die in het kader waarvan een prejudiciële vraag wordt gesteld, beroep kan worden ingesteld tegen de vaststelling van de feiten, die ten grondslag ligt aan de prejudiciële vraag.

Indien de rechter ervoor kiest om geen deeleinduitspraak te doen maar alle eventuele eindbeslissingen, ook die ten aanzien van andere vorderingen dan die in het kader waarvan de prejudiciële vraag wordt gesteld, op te nemen in een (zuivere) tussenuitspraak, volgt uit art. 392 lid 6 (en de toelichting daarop) dat tussentijds beroep niet kan worden ingesteld en ook niet door de rechter kan worden opengesteld.

Nog afgezien van de wenselijkheid en noodzaak van afwijking van de hoofdregel van art. 337 lid 2 Rv –zie daarover ook hierna, onder 8- verdient het aanbeveling in de toelichting in elk geval aandacht aan een en ander te besteden.

8. Ingevolge art. 392 liden 5 houdt de rechter "de beslissing op de eis of het verzoek" aan; het gaat daarbij, naar moet worden aangenomen, om de beslissing op de vordering of het verzoek in het kader waarvan de prejudiciële vraag is opgekomen.. Volgens art. 392 lid 6 staat

tegen de beslissing van de rechter over het stellen van de vraag en de inhoud daarvan geen voorziening open; “[v]oor het overige” kan, aldus art. 392 lid 6, tweede zin, wel hoger beroep of cassatieberoep worden ingesteld maar slechts tegelijk met beroep tegen de einduitspraak. De toelichting voegt hieraan toe (op p. 16, sub 9) dat de rechter, in afwijking in zoverre van art. 337 lid 2, ook niet anders kan bepalen. Als voorbeeld van een beslissing waartegen wèl beroep kan worden ingesteld (zij het uitsluitend tegelijk met beroep tegen de einduitspraak) noemt de toelichting de door de rechter vastgestelde en in het vonnis vermelde feiten. Een dergelijke beslissing valt in de visie van de wetgever derhalve niet onder de beslissing van de rechter omtrent de prejudiciële vraag, waartegen geen voorziening openstaat, ook niet als het gaat om de vaststelling van feiten die van belang zijn voor (de formulering van en/of het antwoord op) de prejudiciële vraag. De toelichting verklaart de uitsluiting van tussentijds beroep (kennelijk) mede door erop te wijzen dat een eventueel tussentijds beroep tegen de feitenvaststelling dat parallel loopt met een prejudiciële vraag zou veronderstellen dat de Hoge Raad de zaak zou moeten aanhouden totdat de feiten in hoger beroep onherroepelijk zijn vastgesteld en dat de vraag opnieuw zou moeten worden gesteld indien de feitenvaststelling in hoger beroep met succes wordt aangevochten welk een en ander tot een onwenselijke vertraging zou leiden.

De getroffen regeling lijkt hier geen oplossing te bieden voor het gesignaleerde probleem. Immers, ook indien het hoger beroep tegen de feitenvaststelling pas tegelijk met het beroep tegen de einduitspraak kan worden ingesteld, kan het nog steeds leiden tot een vaststelling van de feiten in hoger beroep die afwijkt van de vaststelling in eerste instantie. Dit kan er op zijn beurt nog steeds toe leiden dat de prejudiciële vraag zoals die aanvankelijk was gesteld, niet meer relevant blijkt dan wel opnieuw en anders moet worden gesteld. De toelichting houdt er (op p. 10; vergelijk ook p. 21, sub 3) dan ook uitdrukkelijk rekening mee dat een latere en nadere vaststelling van de feiten meebrengt dat de beantwoording van een eerdere prejudiciële vraag niet meer relevant is (zodat de Hoge Raad daaraan in een eventuele latere, ‘reguliere’ cassatieprocedure ook niet gebonden is; bijzonder is in dat verband overigens wel dat de toelichting er kennelijk van uit gaat dat dit voor een hof (in hoger beroep) anders ligt omdat dit wel zou zijn gebonden aan de beslissing van de Hoge Raad op de prejudiciële vraag, ook als de feiten in hoger beroep anders blijken te zijn). Uitsluiting van tussentijds beroep leidt er onder deze omstandigheden slechts toe dat nóg verdere vertraging in de procedure optreedt. Anders dan de toelichting suggereert, lijkt een tegenwerping niet te kunnen zijn dat de Hoge Raad de prejudiciële procedure zou moeten aanhouden indien ‘parallel’ hoger beroep zou kunnen worden ingesteld tegen een beslissing omtrent de feiten. Niet valt immers in te zien waarom de Hoge Raad dit zou moeten doen (al ligt het wel voor de hand dat de Hoge Raad dit zal doen, indien hij kennis krijgt van een tussentijds beroep dat (mede) betrekking heeft op de vaststelling van de feiten). Ook indien in geval van een regulier cassatieberoep de lagere instantie, ondanks de (formele) schorsing van die instantie door het tussentijds beroep, feitelijk wordt voortgezet, weerhoudt dit de Hoge Raad er niet van toch uitspraak te doen (terwijl een uitspraak in de voortgezette lagere instantie haar rechtskracht behoudt zolang die niet door aanwending van een daartegen gericht rechtsmiddel is vernietigd).

Voorts dient bedacht te worden dat tussentijds beroep geheel wordt uitgesloten. Dit geldt derhalve ook voor andere beslissingen dan beslissingen die de vaststelling van de feiten betreffen die voor de prejudiciële vraag van belang zijn, zoals bijvoorbeeld (in een zuivere tussenuitspraak vervatte) (eind)beslissingen die betrekking hebben op andere vorderingen dan de vordering in het kader waarvan de prejudiciële vraag is opgekomen (zie ook hiervoor, onder 7). Het is de vraag of dit een wenselijke situatie is.

Per saldo rijst de vraag of niet de voorkeur gegeven zou moeten worden aan schrapping van de tweede zin van art. 392 lid 6. Dat leidt ertoe dat ook in verband met uitspraken waarin een prejudiciële vraag is vervat, voor de mogelijkheid van tussentijds beroep de hoofdregel van

art. 337 lid 2 Rv blijft gelden (behoudens ten aanzien van de beslissing terzake van de prejudiciële vraag (zelf), waartegen ingevolge de eerste zin van art. 392 lid 6 geen enkele voorziening openstaat). Desgewenst zou dan nog wel uitdrukkelijk kunnen worden bepaald dat de (jurisprudentie)regel dat bij beroep tegen het einduitspraakgedeelte van een deeleinduitspraak, tevens beroep kan worden ingesteld tegen het tussenuitspraakgedeelte niet geldt voor uitspraken waarin een prejudiciële vraag is vervat. Verwacht mag worden dat de rechter een prudent gebruik zal maken van de mogelijkheid om tussentijds beroep open te stellen (en dat hij overigens in voorkomend geval een bewuste afweging zal maken tussen het doen van een deeleinduitspraak dan wel een zuivere tussenuitspraak).

9. Volgens art. 393 lid 2 (verg. ook de toelichting op p. 17, sub 3) kan de Hoge Raad bepalen dat ook anderen dan partijen binnen een door de Hoge Raad te bepalen termijn in de gelegenheid worden gesteld om schriftelijke opmerkingen te maken. Hoewel dit noch in de wet noch in de toelichting uitdrukkelijk is vermeld, moet aangenomen worden dat in een dergelijk geval eenieder de bevoegdheid heeft om schriftelijke opmerkingen te maken (en deze bevoegdheid door de Hoge Raad dus niet beperkt kan worden tot bepaalde, door de Hoge Raad aan te wijzen “anderen”). Het verdient de voorkeur dit uitdrukkelijk te vermelden. Voorts bepaalt art. 393 lid 2 dat de aankondiging van de bevoegdheid voor “anderen” om opmerkingen te maken, geschiedt op een door de Hoge Raad te bepalen wijze. Blijkens de toelichting kan onder meer gedacht worden aan aankondiging in dagbladen maar ook op de website van bijvoorbeeld de Hoge Raad, NVVR of NOvA. De meest betrokken advocaten, te weten de advocaten van de VCCA, zijn uiteraard ook graag bereid om bij deze kennisgeving behulpzaam te zijn.

10. Art. 393 lid 4 bepaalt dat de Hoge Raad een dag voor toelichting “kan” bepalen “indien het belang der zaak dit geraden doet voorkomen”. De toelichting bevestigt (op p. 18, sub 5) dat een recht op mondelinge of schriftelijke toelichting in de prejudiciële procedure niet bestaat. De toelichting merkt op dat in verband met de bevoegdheid tot het geven van gelegenheid voor schriftelijke toelichting “vooral” moet worden gedacht aan de situatie dat ook aan derden de gelegenheid is gegeven schriftelijke opmerkingen te maken en die derden van die gelegenheid ook gebruik hebben gemaakt; de toelichting vervolgt dat “[h]et beginsel van hoor en wederhoor (...) dan [verlangt] dat partijen in de gelegenheid gesteld worden zich daarover uit te laten”.

Nu het beginsel van hoor en wederhoor meebrengt dat partijen zich (steeds en zonder meer) over door derden gemaakte schriftelijke opmerkingen moeten kunnen uitlaten, rijst de vraag waarom dit niet uitdrukkelijk in de wetstekst (zelf) wordt opgenomen.

11. In de toelichting is niet helder gemaakt wie een schriftelijke toelichting bij de Hoge Raad mag indienen, nu wordt vermeld dat indiening kan geschieden door een andere advocaat dan een advocaat bij de Hoge Raad en de toelichting door deze advocaat kan worden ondertekend (zie de toelichting op p. 18/19, sub 6, n.a.v. art. 393 lid 5), mits partijen maar worden vertegenwoordigd door een advocaat bij de Hoge Raad (hetgeen kan blijken uit de ondertekening door deze advocaat bij de Hoge Raad van de schriftelijke opmerkingen (zie art. 393 lid 3)). In de toelichting wordt (op p. 17, sub 4) in verband met deze vertegenwoordiging uiteengezet dat de advocaat bij de Hoge Raad de schriftelijke opmerkingen ondertekent en indient. Niet consequent is echter dat in de toelichting (op p. 17, sub 4) gesteld wordt dat “[h]etzelfde geldt” voor de schriftelijke toelichting. Daaruit zou ten onrechte kunnen worden afgeleid dat deze alleen door een advocaat bij de Hoge Raad kan worden ingediend en ondertekend, terwijl – naar zojuist is uiteengezet – dat ook door een andere advocaat kan gebeuren. Ook het tegendeel zou daar overigens uit kunnen volgen. De opmerking op p. 18 en

19 van de toelichting zou derhalve ook de onterechte indruk kunnen wekken dat partijen door een ander dan een advocaat bij de Hoge Raad kunnen worden vertegenwoordigd. Het ligt daarom in de rede in de toelichting (op p. 19) te vermelden dat dezelfde regeling geldt als voor de schriftelijke toelichting in 'gewone' procedures (waarin een partij wordt vertegenwoordigd door een advocaat bij de Hoge Raad, maar andere advocaten de schriftelijke toelichting mogen indienen).

12. De toelichting merkt (op p. 18, sub 5) in verband met de mondelinge of schriftelijke toelichting op dat deze fase in de procesgang vergelijkbaar is met de pleidooien in de cassatieprocedure na het nemen van de conclusie van antwoord, met dien verstande dat in de huidige praktijk pleitnota's niet meer worden uitgesproken maar worden uitgewisseld ter rolle van de Hoge Raad; de toelichting maakt er op p. 20 (sub 9) melding van dat de rolpraktijk bij de Hoge Raad meebrengt dat de P.-G. de zaak als eerste in handen krijgt.

Ligt in een en ander besloten dat de prejudiciële procedure verloopt als een rolprocedure? Sommige bepalingen uit de regeling lijken ontleend te zijn aan de verzoekschriftprocedure – zoals de bepalingen betreffende ondertekening en indiening van schriftelijke opmerkingen en schriftelijke toelichtingen, en die betreffende het aantal over te leggen afschriften en de toezending van een en ander door de griffier aan de (andere) partij(en) – terwijl andere veeleer doen denken aan de rolprocedure. Het zou de duidelijkheid ten goede komen indien in elk geval in de toelichting uitdrukkelijk zou worden vermeld hoe de procedure verloopt. Nu de fase van de schriftelijke toelichtingen in de prejudiciële procedure is gespiegeld aan die van de 'gewone' cassatie(rol)procedure, lijkt aangenomen te mogen worden dat partijen na schriftelijke toelichting de gelegenheid krijgen voor een (korte) re- resp. dupliek (zulks ondanks het feit dat partijen in een eerder stadium ook reeds schriftelijke opmerkingen hebben kunnen maken, en reeds dáárvoor hun standpunten kenbaar hebben kunnen maken over (het stellen en) de prejudiciële vraag). Wel rijst nog de vraag of ook na schriftelijke opmerkingen de gelegenheid voor re- resp. dupliek geboden zou moeten worden, zodat partijen (ook) in die fase (summier) op elkaars standpunten kunnen reageren; indien de Hoge Raad immers besluit geen mondelinge of schriftelijke toelichting te bepalen (verg. art. 393 lid 4) hebben partijen anders in het geheel geen mogelijkheid om op elkaars stellingen te reageren.

13. Er lijken drie stadia zijn waarin de Hoge Raad kan beslissen dat een prejudiciële vraag zich niet leent voor beantwoording en hij om die reden dan ook afziet van beantwoording van de voorgelegde vraag, een en ander bijvoorbeeld op de grond dat de rechter in de prejudiciële vraag te weinig feiten heeft vermeld dan wel veel van de in de beslissing vermelde feiten die voor de beantwoording van belang zijn, betwist zijn of omdat de vraag van onvoldoende gewicht is (het antwoord kan bijvoorbeeld al uit vaste jurisprudentie worden afgeleid)(art. 393 lid 8 en toelichting, p. 10 en 12). Dat kan (i) direct na binnenkomst van de vraag gebeuren (art. 393 lid 1 jo. lid 8, en de toelichting op p. 16, sub 2), (ii) nadat partijen een schriftelijke toelichting hebben ingediend en de P.-G. vervolgens (niet-inhoudelijk) geconcludeerd heeft dat er reden is om van beantwoording af te zien en (iii) nadat schriftelijke toelichting is gegeven en door de P.-G. een inhoudelijke conclusie is genomen (toelichting, p. 19/20, sub 9); de beslissing om af te zien van beantwoording kan ongemotiveerd zijn (art. 393 lid 8, slot; de toelichting verwijst in dit verband naar art. 81 RO).

Het lijkt – mede uit kosten oogpunt – echter onwenselijk om in het stadium waarin partijen al een schriftelijke toelichting hebben ingediend te concluderen dat een vraag zich niet leent voor beantwoording door de Hoge Raad. Het verdient derhalve aanbeveling dat de P.-G. alvorens de Hoge Raad op de voet van art. 393 lid 4 beslist of de gelegenheid wordt geboden om schriftelijke toelichtingen in te dienen steeds concludeert omtrent de kwestie of de prejudiciële vraag zich leent voor beantwoording. Het ligt vervolgens voor de hand dat indien

de P.-G. concludeert dat de vraag zich niet leent voor beantwoording door de Hoge Raad in beginsel geen gelegenheid meer wordt geboden voor het indienen van schriftelijke toelichtingen.

Voorts rijst de vraag hoe vaak de rechter van de mogelijkheid om prejudiciële vragen te stellen gebruik zal maken. Zeker indien de Hoge Raad veel vragen onbeantwoord laat omdat deze zich in de stand waarin het geschil zich bevindt nog niet lenen voor beantwoording, zal terughoudendheid ontstaan bij lagere rechters om dergelijke vragen te stellen.

14. De vraag rijst wat moet gebeuren als een prejudiciële vraag wordt gesteld terwijl over dezelfde vraag al een cassatieprocedure bij de Hoge Raad aanhangig is. In Frankrijk wordt de prejudiciële vraag in dat geval niet beantwoord (zie Tjittes & Meijer, p. 165). Een vergelijkbare oplossing lijkt ook in Nederland voor de hand te liggen.

Ook rijst de vraag wat moet gebeuren als na, naast of in het kader van de (nationaalrechtelijke) prejudiciële vraag tevens een vraag van gemeenschapsrecht rijst. Het verdient, met name uit overwegingen van proceseconomie, aanbeveling dat de lagere rechter dit punt in het kader van zijn (nationaalrechtelijke) prejudiciële vraag reeds signaleert en de Hoge Raad zich daarover in voorkomend geval (tevens) buigt en zo nodig overgaat tot prejudiciële verwijzing naar het Hof van Justitie (zie aldus ook Tjittes & Meijer, p. 175). Voorts rijst de vraag wat dient te gebeuren met de beantwoording van de prejudiciële vraag indien partijen hangende de prejudiciële procedure een schikking bereiken. Nu deze schikking in beginsel leidt tot het intrekken van de procedure, ligt het voor de hand dat ook de prejudiciële vraag – die in de betreffende procedure is gesteld – niet wordt beantwoord. Op ieder van deze punten ware te overwegen of aanvulling van de wetstekst en/of de toelichting aangewezen voorkomt.

15. Wat de gehanteerde terminologie betreft: in verband met de beslissing van de lagere rechter waarbij de prejudiciële vraag wordt gesteld, spreekt art. 392 lid 3 over “de beslissing waarbij de vraag wordt gesteld”, terwijl lid 4 eveneens spreekt over “de beslissing”; art. 392 lid 6 bepaalt dat “[v]oor het overige” (van wat?) beroep slechts kan worden ingesteld tegelijk met dat van “het eindvonnis, het eindarrest of de eindbeschikking”. Waarom wordt in leden 3 en 4 niet gesproken over “de uitspraak” en lid 6 niet over “de einduitspraak”? Aangenomen zal toch moeten worden dat de ‘beslissing’ om een prejudiciële vraag voor te leggen is vervat in een ‘uitspraak’ waarin – zoals lid 6 en de toelichting bevestigen – daarnaast nog andere beslissingen kunnen zijn opgenomen, al dan niet in het dictum van die uitspraak en al dan niet betreffende andere vorderingen.

In verband met de beslissing van de Hoge Raad spreekt art. 392 lid 5 over “de beslissing van de Hoge Raad” en ook art 393, leden 9 en 10 maken gewag van “zijn beslissing” resp “de beslissing”; art. 394 lid 1 daarentegen spreekt over “de uitspraak” resp “deze uitspraak”. Waarom wordt hier niet telkens gesproken over “uitspraak”? De term “beslissing” lijkt in dit verband minder gelukkig gekozen, nu in de systematiek van burgerlijke rechtsvordering “beslissing” en “uitspraak” ieder een eigen, specifieke en te onderscheiden betekenis hebben. Art. 393 lid 8 spreekt over de situatie dat “de vraag zich niet voor beantwoording leent of de vraag van onvoldoende gewicht is om beantwoording te rechtvaardigen” Het ware te overwegen om na “beantwoording” toe te voegen: “bij wijze van prejudiciële beslissing” (zoals ook de formulering is van art. 392 lid 1). Dat de vraag zich (in het geheel) niet voor beantwoording leent, doet wel haast denken aan rechtsweigering.

3 september 2009