De Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad:

een tussentijdse evaluatie in het licht van de mogelijke invoering in het strafrecht

Prof.dr. I. Giesen

Prof. dr. F.G.H. Kristen

Dr. E.R. de Jong

Mr. C.J.D. Warren

Dr. E. Sikkema

A.M. Overheul BA

A.S. de Nijs BA

Dr. A.L. Vytopil LLB MA MSc

Utrecht, juni 2016

Dit onderzoek is verricht in opdracht van het WODC op verzoek van de Directie Wetgeving en Juridische Zaken van het Ministerie van Veiligheid & Justitie.

© 2016 WODC, Ministerie van Veiligheid & Justitie. Auteursrechten voorbehouden.

Voorwoord

In juni 2015 zijn de auteurs van het onderhavige rapport, na daartoe opdracht verleend te hebben gekregen door het WODC, van start gegaan met de tussentijdse evaluatie van de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, waarbij daarnaast tevens aan de orde was de vraag of het mogelijk is, en zo ja, onder welke omstandigheden en voorwaarden, een prejudiciële procedure in strafzaken in te voeren. Het betreft een aansprekend onderzoeksthema naar een voor de rechtsontwikkeling, en dus de samenleving, belangrijk onderwerp, waarmee we vol enthousiasme aan de slag zijn gegaan.

De werkzaamheden zijn door de auteurs als volgt verdeeld. Hoofdstukken 1 en 2 werden geschreven door Giesen en Warren (met uitzondering van paragrafen 1.3 en 1.6 waaraan ook Kristen bijdroeg), hoofdstuk 3 door Warren en Giesen, met medewerking van Overheul en De Nijs, hoofdstuk 4 door De Jong, met medewerking van Giesen, Overheul, De Nijs en Vytopil, en hoofdstuk 5 door Giesen, met medewerking van De Jong en Warren. Het strafrechtelijke deel (hoofdstukken 6-8) werd verzorgd door Kristen en Sikkema. Hoofdstuk 9 is van de hand van Giesen en Kristen; zij verzorgden ook de eindredactie. Het onderzoek voor de verschillende delen van het rapport werd op verschillende momenten afgerond, omdat in sommige onderdelen voortgebouwd moest worden op andere delen. Ter plaatse is aangegeven tot wanneer ontwikkelingen verwerkt konden worden als dat moment lag voor 15 maart 2016 (de algemene einddatum van ons onderzoek); met ontwikkelingen nadien kon slechts incidenteel rekening worden gehouden.

We danken Miranda Boone voor het meedenken over de opzet en uitvoering van het empirisch onderzoek en Marlou Overheul en Annemieke de Nijs voor de waardevolle onderzoeksondersteuning en het verzorgen van de (formele) analyses van de rechtspraak van de Hoge Raad. Uiteraard danken wij ook de door ons geïnterviewde personen voor hun medewerking aan het onderzoek, alsmede de leden van de begeleidingscommissie voor hun adviezen en ondersteuning (de namen van de leden daarvan zijn opgenomen in Bijlage 11.1).

Tot slot zij vermeld dat passages uit dit rapport steunen op eerdere publicaties van enkele van de betrokken auteurs (zulks is zoveel mogelijk ter plaatse aangegeven) en dat enkele preliminaire resultaten van het onderzoek reeds eerder gepubliceerd werden (zie *Ars Aequi* 2015, p. 825 e.v.). Hieronder treft u de resultaten van ons onderzoek aan. Vanzelfsprekend houden wij ons graag aanbevolen voor opmerkingen en aanbevelingen (I.Giesen@uu.nl).

Namens het onderzoeksteam,

Ivo Giesen, Elbert de Jong & François Kristen

Utrecht, 14 juni 2016

Inhoudsopgave

1. Inleiding: aanleiding, opzet en methode 11

1.1 Aanleiding voor en doelstelling van dit onderzoek 11

1.2 Beoogde doelen, voorziene voor- en nadelen en verwachtingen van de te evalueren wetgeving 12

1.2.1 Evaluatiekader 12

1.2.2 Doelstelling en voorziene voor- en nadelen van de nieuwe wet 12

1.2.3 Verwachtingen vooraf bij feitenrechters over de nieuwe wet 14

1.3 Invoering in het strafrecht? 17

1.4 De probleemstelling en deelthema's 18

1.5 Nadere opzet van het onderzoek en onderzoeksvragen 18

1.5.1 Algemeen 18

1.5.2 De onderzoeksvragen voor de civielrechtelijke tussenevaluatie 19

1.5.3 De strafrechtelijke onderzoeksvragen 21

1.5.4 Overkoepelende conclusie en samenvatting 22

1.6 Aanpak en methoden 22

1.6.1 Algemene aanpak 22

1.6.2 Analyse van de vragen en antwoorden via bronnenonderzoek 23

1.6.3 Interviews, expert meetings en de begeleidingscommissie 23

1.7 Algemene beperkingen van de gekozen opzet 26

1.8 Leeswijzer 28

2. De huidige wettelijke regeling op hoofdlijnen 29

2.1 Inleiding 29

2.2 De historische context van de Wet prejudiciële vragen 29

2.3 Hoofdpunten uit de wettelijke regeling 31

2.3.1 Aanleiding en belang 31

2.3.2 In welke zaken? Massavorderingen of ruimer? 32

2.3.3 Andere wettelijke uitgangspunten 33

2.4 De parlementaire behandeling en ontvangst van het Wetsvoorstel prejudiciële vragen . 35

2.5 Afronding 37

3. Analyse van (de jurisprudentie en literatuur over) de civielrechtelijke regeling 39

3.1 Inleiding 39

3.2 Aantal gestelde vragen en antwoorden 40

3.3 Antwoorden uit de rechtspraak 41

3.3.1 Inleiding 41

3.3.2 Wie wil de vraag stellen: partijen of de rechter? 41

3.3.3 Welke rechters stellen vragen? 47

3.3.4 Grondslag voor de vraag? 51

3.3.5 De inhoud: welke thema's worden aan de orde gesteld? 63

3.3.6 Processuele mogelijkheden bij en van de feitenrechter 65
3.3.7 Processuele mogelijkheden bij de Hoge Raad 73
3.3.8 Inhoudelijke analyse van de antwoorden 93
3.3.9 De duur van de procedure bij de Hoge Raad 95
3.3.10 Verhouding tussen gemengde vragen en zuivere rechtsvragen 98
3.4 Na het antwoord: het vervolg van de procedure 104
3.5 Kernvraag: is er een bijdrage geleverd aan de rechtsvorming, en de rechtszekerheid en rechtseenheid? 107
3.5.1 Introductie 107
3.5.2 Heeft de prejudiciële procedure, volgens de literatuur, bijgedragen tot rechtsvorming door de Hoge Raad? 107
3.5.3 Bijdrage aan de rechtseenheid en rechtszekerheid 110
3.5.4 Reduceren van aantallen procedures 111
3.6 Zijn dit 'immediate', 'intermediate' of 'ultimate' resultaten? 112
3.7 Verhouding tot andere rechtsvormende instrumenten 113
3.7.1 Inleiding 113
3.7.2 Sprongcassatie 113
3.7.3 Cassatie in het belang der wet 116
3.7.4 De proefprocedure 120
3.7.5 De versnelling van belangwekkende zaken in de gehele rechterlijke kolom 122
3.8 Afronding 123
4. Empirische analyse van de wettelijke regeling 125
4.1 Introductie 125
4.2 Methodologie: selectie van de geïnterviewden 125
4.3 De bevindingen 126
4.4 De beslissing om een vraag te stellen 127
4.4.1 Behoefte aan duidelijkheid in de rechtspraktijk 127
4.4.2 Bekendheid met de behoefte aan duidelijkheid 127
4.4.3 Afwegingen aan de zijde van de rechter om een vraag te stellen 127
4.4.4 Afwegingen aan de zijde van partijen om het initiatief te nemen 129
4.4.5 Bezwaar maken tegen het stellen van een prejudiciële vraag 131
4.5 Het formuleren en stellen van de vragen 131
4.5.1 Introductie 131
4.5.2 De kwaliteit van de gestelde vragen 132
4.5.3 Formulering van vragen door de vraagstellende rechter 132
4.5.4 Input op de vragen door partijen 134
4.6 Behandeling van de vraag door de Hoge Raad 135
4.6.1 De (ontvankelijkheids-) toets van de vraag door de Hoge Raad 135
4.6.2 Herformulering van vragen door de Hoge Raad 135
4.6.3 Verloop van de procedure bij de Hoge Raad 136

4.6.4 Mogelijkheden tot inspraak bij de Hoge Raad 136
4.6.5 Mogelijkheid tot inspraak door derden bij de Hoge Raad 137
4.6.6 Meenemen van macro-informatie 138
4.7 Beantwoording door de Hoge Raad 139
4.7.1 Kwaliteit van de antwoorden 139
4.7.2 Overziet de Hoge Raad de macro-effecten van bepaalde antwoorden voldoende? 140
4.8 Afwikkeling van het geschil 140
4.8.1 Beëindiging van het specifieke geschil na het antwoord van de Hoge Raad 140
4.8.2 Acceptatie door cliënten van het antwoord 141
4.8.3 Duur en snelheid: een efficiënt rechtsplegingsinstrument 142
4.9 Rechtsvorming 143
4.9.1 Introductie 143
4.9.2 De vele aspecten van rechtsvorming 144
4.9.3 Een mooi instrument dat bijdraagt aan rechtsvorming door de Hoge Raad... 145
4.9.4 ...en de toegang tot de Hoge Raad vergroot 146
4.9.5 Maar er zouden ook overbodige vragen (kunnen) worden gesteld… 147
4.9.6 De verhouding tot rechtsvorming door discoursontwikkeling bij de rechtbanken en hoven 148
4.10 Rechtszekerheid en rechtseenheid 150
4.10.1 Introductie 150
4.10.2 Het belang van de antwoorden voor soortgelijke procedures 150
4.10.3 Voorkomt de prejudiciële vraagprocedure procedures? 151
4.10.4 Verhoogt de prejudiciële procedure de schikkingsbereidheid? 154
4.11 Praktische effecten van een prejudiciële vraagprocedure 155
4.11.1 Introductie 155
4.11.2 Werklast en werkplezier door prejudiciële procedures 155
4.11.3 Kosten van een prejudiciële vraagprocedure 156
4.11.4 Op weg naar een rechtsvormingsfonds voor prejudiciële zaken? 158
4.11.5 Praktische (neven)effecten van prejudiciële vragen voor de rechtspleging in de eerste lijn 159
4.12 Afronding 160
5. Conclusies ten aanzien van de civielrechtelijke regeling 161
5.1 Antwoord op de onderzoeksvragen 161
5.2 Specifieke kritiekpunten 164
5.2.1 Opbouw van deze paragraaf 164
5.2.2 Te veel vragen? 165
5.2.3 Specifieke vragen niet beantwoorden? 165
5.2.4 Bijstand cassatieadvocaat nodig? 166
5.2.5 Transparantie: vooroverleg tussen rechters en publicatie van vonnissen e.d. 167
5.2.6 Cassatiefonds nodig? 168

5.3 Afronding 169
6. Argumenten in de strafrechtelijke literatuur over de wenselijkheid van een prejudiciële procedure in het strafrecht en de verhouding met cassatie in het belang der wet 170
6.1 Introductie 170
6.2 Strafvordering 2001 en een prejudiciële procedure in strafzaken 171
6.3 Modernisering Wetboek van Strafvordering 172
6.4 Argumenten voor een prejudiciële procedure in strafzaken 173
6.4.1 Een prejudiciële procedure kan in een behoefte voorzien 173
6.4.2 Rechtseenheid en rechtsvorming zijn gebaat bij een prejudiciële procedure 177
6.4.3 Rechtsbescherming is gebaat bij een prejudiciële procedure 179
6.4.4 Bijdrage aan kwaliteit en legitimatie van uitspraken van de feitenrechter 180
6.4.5 Samenwerking tussen rechters 180
6.4.6 Efficiëntievoordeel voor procespartijen en samenleving 181
6.4.7 Andere prejudiciële procedures 182
6.5 Argumenten tegen een prejudiciële procedure in strafzaken 184
6.5.1 Verlenging (vertraging) van de procedure 184
6.5.2 Indammende werking van de prejudiciële procedure? 185
6.5.3 (Verder) veranderende positie van de Hoge Raad? 186
6.5.4 Er zijn alternatieven 186
6.5.5 Soms is rijping van de rechtsvraag en het antwoord daarop vereist 189
6.5.6 Nieuwe onduidelijkheden 190
6.5.7 Kosten 190
6.6 Cassatie in het belang der wet 191
6.6.1 Doel en karakter 191
6.6.2 Bevoegde autoriteit 192
6.6.3 Ontvankelijkheid 192
6.6.4 Gronden voor cassatie in het belang der wet 193
6.6.5 Procedure van cassatie in het belang der wet 193
6.6.6 (Rechts)gevolgen voor 'partijen' 195
6.6.7 Het 'verkapte' beroep in het belang der wet 196
6.6.8 Verruiming van de toepassing van cassatie in het belang der wet? 196
6.6.9 Verschillen tussen civiele zaken en strafzaken 197
6.6.10 Voorstellen tot verruiming in het strafrecht 198
6.7 Afronding 199
7. Empirische analyse: invoering in het strafrecht? 201
7.1 Introductie 201
7.2 Methodologie: selectie van geïnterviewden 202
7.3 Methodologie: selectie van deelnemers aan expert meetings 203
7.4 Behoefte aan een prejudiciële procedure in het strafrecht 205

7.4.1 Algemeen....205
7.4.2 Aantal zaken....206
7.4.3 Stadium en instantie....207
7.4.4 Voorbeelden van vraagstukken....207
7.5 Potentiële voor- en nadelen....208
7.5.1 Versnelling of vertraging....208
7.5.2 Zaaksduur....209
7.5.3 Zaaksafname....209
7.5.4 Waardering van de uitspraak....210
7.6 Alternatieven....210
7.6.1 Cassatie in het belang der wet....210
7.6.2 Sprongcassatie....212
7.6.3 Overige alternatieven....212
7.7 Rechtsvorming....213
7.7.1 Bijdrage aan de rechtsvorming....213
7.7.2 Positie van de Hoge Raad als cassatierechter....213
7.8 Rechtszekerheid en rechtseenheid....214
7.8.1 Bijdrage aan de rechtseenheid....214
7.8.2 Invloed op lopende strafprocedures....215
7.9 Belangen van procesdeelnemers....215
7.9.1 Belang(en) van de verdachte en diens raadsman....215
7.9.2 Belang(en) van het Openbaar Ministerie....215
7.9.3 Belang(en) van het slachtoffer en eventuele nabestaanden....216
7.10 Inrichting van een eventuele prejudiciële procedure in het strafrecht....216
7.10.1 Procedurele beperkingen....216
7.10.2 Materiële beperkingen....217
7.10.3 Termijnen....219
7.10.4 Niet-ontvankelijkverklaring, selectiebeleid en prioritering door de Hoge Raad....219
7.10.5 Afwijzing en motivering daarvan door de feitenrechter....220
7.10.6 Inbreng van verdediging, Openbaar Ministerie, slachtoffer en/of derden in de prejudiciële procedure....221
7.11 Mogelijke knelpunten....223
7.11.1 Voorlopige hechtenis....223
7.11.2 De onschuldpresumptie....224
7.11.3 De mogelijkheid van 'misbruik'....224
7.11.4 Het primaat van rechtsvorming door de feitenrechter en de wetgever....224
7.12 Kosten....225
7.13 Afronding....226
8. Synthese voor het strafrecht....227
8.1 Introductie....227

8.2 De eigen context van het strafrecht 228
8.3 Argumenten voor invoering van een prejudiciële procedure in strafzaken 229
8.3.1 Gebleken behoefte 229
8.3.2 Niet altijd zijn alternatieven voorhanden 230
8.3.3 Bijdrage aan rechtsvorming 233
8.3.4 Bijdrage aan rechtseenheid 234
8.3.5 Bijdrage aan rechtsbescherming 234
8.3.6 Bijdrage aan de kwaliteit en legitimatie van uitspraken van de feitenrechter 235
8.3.7 Samenwerking tussen rechters: rechtspraak als systeem 235
8.3.8 Efficiëntievoordeel voor procespartijen en de samenleving 235
8.4 Argumenten tegen invoering van een prejudiciële procedure in strafzaken 236
8.4.1 Verlenging van de procedure 236
8.4.2 Er zijn alternatieven 237
8.4.3 Rijping van de rechtsvraag en het antwoord daarop 237
8.4.4 Veranderende positie van de Hoge Raad 237
8.4.5 Indammende werking van een prejudiciële procedure? 238
8.4.6 Nieuwe onduidelijkheden 238
8.4.7 Voorlopige hechtenis 238
8.4.8 Kosten 240
8.5 Voorwaarden te stellen aan een mogelijke prejudiciële procedure 241
8.5.1 Introductie 241
8.5.2 Alleen voor zuivere rechtsvragen 241
8.5.3 Alleen voor rechtsvragen uit een concrete strafzaak? 244
8.5.4 Ingangscriteria 245
8.5.5 Wie kunnen prejudiciële vragen stellen? 246
8.5.6 Feitenrechter en Hoge Raad zijn beide poortwachter 247
8.5.7 Geen motiveringsplicht voor de Hoge Raad voor niet ontvangen prejudiciële vraag 250
8.5.8 Mogelijke redenen voor het niet stellen van een prejudiciële vraag en motiveringsplicht voor feitenrechter 250
8.5.9 Het formuleren van de prejudiciële vraag 251
8.5.10 Verloop van de prejudiciële procedure 252
8.5.11 Inbreng van derden in de prejudiciële procedure 253
8.5.12 Wijze van afdoen door de Hoge Raad 255
8.5.13 Termijn van beantwoording: zes maanden of zo mogelijk minder 255
8.5.14 Aanhouden van lopende strafzaken gedurende prejudiciële procedure 256
8.5.15 Sobere wettelijke regeling 256
8.5.16 Kosten verdachte worden vergoed 256
8.6 Afronding: beantwoording van de centrale onderzoeksvraag 257
9. Samenvatting 262
9.1 Introductie 262

9.2 Aanpak en methode 262
9.3 De privaatrechtelijke evaluatie 263
9.4 Invoering in het strafrecht? 264
9.5 Afronding 265
10. Lijst van geraadpleegde literatuur 267
11. BIJLAGEN (11.1 t/m 11.8) 278
11.1 Leden van de begeleidingscommissie 278
11.2 Tabellen met cijfers over de prejudiciële vraagprocedure 279
11.3 Lijst van (roep)namen van uitspraken inzake prejudiciële vragen 288
11.4 Reglement inzake Prejudiciële Vragen van de Hoge Raad der Nederlanden 291
11.5 Namen van geïnterviewde personen en deelnemers aan de expert meetings 295
11.6 Vragenlijsten Civielrechtelijk deel 298
11.7 Vragenlijst Strafrechtelijk deel 314
11.8 Informatie- en vragenlijst strafrechtelijke expert meetings 318
12. Summary 323
12.1 Introduction 323
12.2 Research methods 323
12.3 Civil-law evaluation 323
12.4 Introduction in criminal law? 324
12.5 Conclusion 326

1. Inleiding: aanleiding, opzet en methode

1.1 Aanleiding voor en doelstelling van dit onderzoek

Op 1 juli 2012 is de 'Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad' in werking getreden.[1] Deze wet (hierna ook wel Wpv of Wet prejudiciële vragen genoemd) maakt het voor de civiele feitenrechter (rechtbank en hof) mogelijk om gedurende een civiele procedure en alvorens daarin een einduitspraak te doen, prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad. De regeling is neergelegd in art. 81a RO en de artt. 392-394 Rv. Het antwoord op de voor de civiele procedure bij die feitenrechter beslissende rechtsvraag komt dan van de hoogste civiele rechter en niet van die feitenrechter. Het stellen van zo'n vraag is mogelijk, kort gezegd, (1) in het geval van massaschadeclaims (een veelheid aan vorderingsrechten die uit soortgelijke feiten of samenhangende oorzaken voortkomen) en (2) in het geval er nog talrijke andere, uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen bestaan. De wet creëert zodoende de mogelijkheid om al vroeg in een procedure het antwoord op een prangende rechtsvraag te verkrijgen, in gevallen waarin de maatschappelijke behoefte aan een richtinggevende uitspraak van de Hoge Raad groot is, hetgeen tot (versnelde) rechtsvorming en tot meer (en eerdere) rechtszekerheid en rechtseenheid kan, althans lijkt te kunnen, leiden. De wettelijke regeling is inmiddels ook al enige malen benut. Per 1 januari 2016 zijn er 25 prejudiciële vragen beantwoord en staan er nog zes vragen open.[2]

Volgens de wet dient de prejudiciële procedure in 2017 geëvalueerd te worden; gedurende het parlementaire debat is echter tevens toegezegd door de staatssecretaris dat deze al eerder 'de vinger aan de pols' zou houden en dat er na twee jaren een inventarisatie zou worden gedaan in het licht van de mogelijke bredere inzet van de regeling.[3] De Tweede Kamer is vervolgens dermate enthousiast geworden (of eigenlijk: gebleven) over deze regeling dat men de regering in overweging geeft om deze wetgeving op korte termijn uit te breiden naar het strafrecht (en het hierna verder buiten beschouwing blijvende fiscale recht[4]). Ten tijde van de begrotingsbehandeling (voor 2015) van het Ministerie van Veiligheid en Justitie, werd dan ook een motie ingediend om te komen tot een uitbreiding van de wettelijke regeling naar het strafrecht, door de (toenmalige) kamerleden Dijkhoff (VVD) en Van Nispen (SP).[5] Met het oog daarop is vervolgens een tussentijdse evaluatie van

---

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

2 Zie de website van de Hoge Raad: www.rechtspraak.nl/Organisatie/Hoge-Raad/OverDeHogeRaad/Bijzondere-taken-HR-en-PG/Pages/Prejudici%c3%ablevragenaandecivielekamervandeHogeRaad.aspx. We tellen daarbij de deels beantwoorde vraag (er werden daarbij door de Hoge Raad vragen gesteld aan het HvJ EU welke nog niet beantwoord zijn) (zie HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2901 (Uitleg term administratieve procedure) bij de nog niet-beantwoorde vragen, en dus bij de nog openstaande vragen. Dit onderzoek is voor wat betreft het bijhouden en verwerken van uitspraken en gestelde vragen afgerond op 1 januari 2016, omdat de tijd nadien nodig was voor de verdere analyse van de rechtspraak en gestelde vragen tot dat moment, en tevens omdat daarmee een periode van precies 3,5 jaar kon worden geëvalueerd (aangezien de wet op 1 juli 2012 in werking trad). Op 3 augustus 2012 werd door de Rechtbank Utrecht de eerste prejudiciële vraag gesteld over de reikwijdte van de executoriale kracht van een hypotheekakte (Rb. Utrecht 3 augustus 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX3391). Het antwoord volgde in HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4889 (*grosse hypotheekakte*).

3 Zie *Handelingen II* 2010/11, nr. 5, d.d. 28 september 2011. Staatssecretaris Teeven deed deze toezegging op aandringen van het toenmalig VVD-kamerlid Van der Steur.

4 Het ministerie van Financiën heeft in 2015 in het wetsvoorstel Overige fiscale maatregel 2015 een ontwerp opgenomen dat het stellen van prejudiciële vragen aan de (belastingkamer van de) Hoge Raad in fiscale procedures mogelijk maakt. Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34 305, nr. 2. e.v. Deze regeling is wet geworden per 1 januari 2016, zie *Stb*. 2015, 540. Dezelfde regeling is nu ook voorgesteld voor fiscale zaken uit het Caribisch deel van het Koninkrijk, zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34 237 (R2054), nr. 9.

5 Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34 000 VI, nr. 29. De regeling wordt overigens ook ingevoerd in het Caribisch deel van het Koninkrijk, zie het voorgestelde art. 1b van de Rijkswet cassatierechtspraak voor Aruba, Curaçao, Sint Maarten en voor Bonaire, Sint Eustatius en Saba, opgenomen in *Kamerstukken* 34 237.

de regeling gevraagd, en hierop heeft het onderhavige onderzoeksrapport betrekking.[6] Dit onderzoek is verricht in opdracht van het WODC op verzoek van Directie Wetgeving & Juridische Zaken van het Minsterie van Veiligheid & Justitie.

Gegeven die politieke doelstelling is het doel van dit onderzoek aldus om te komen tot een antwoord op de probleemstelling zoals die nader verwoord is in paragraaf 1.4, te weten: a) hoe werkt de huidige procedure voor het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad in het civiele recht, en b) is het mogelijk, en zo ja, onder welke omstandigheden, om een prejudiciële procedure in het strafrecht in te voeren? Het onderzoek heeft daarmee dus een tweeledig doel. Het vormt ten eerste een tussenevaluatie van de bestaande privaatrechtelijke regeling (daartoe dienen de hoofdstukken 2 t/m 5 van dit rapport) en het is een (ex ante) analyse ten aanzien van de vraag of invoering van een soortgelijke regeling in het strafrecht opportuun is (hoofdstuk 6 t/m 8).

1.2 Beoogde doelen, voorziene voor- en nadelen en verwachtingen van de te evalueren wetgeving

1.2.1 Evaluatiekader

Teneinde de wettelijke regeling te kunnen evalueren, gaan wij na wat bij de invoering het doel ervan was, en welke resultaten ermee beoogd werden. Ook is relevant welke mogelijke voor- en nadelen onderkend zijn. Dat alles biedt immers het kader voor de gevraagde evaluatie van het succes of falen van de regeling. Wij voegen aan dat kader echter nog toe (zie hierna in paragraaf 1.2.3) de verwachtingen die ten tijde van de introductie van het te evalueren instrument bestonden bij een deel van de potentiële gebruikers, de feitenrechters.

1.2.2 Doelstelling en voorziene voor- en nadelen van de nieuwe wet

Aangaande die beoogde doelen, geldt het volgende: de wetgever wilde met de Wet prejudiciële vragen bereiken dat er spoedig (lees: eerder) op het hoogste niveau zou kunnen worden beslist over maatschappelijke relevante, veel voorkomende civielrechtelijke problemen. Het beoogde resultaat van de wet is daarmee dat die rechtsvragen die in talrijke civielrechtelijke zaken spelen, versneld door de Hoge Raad worden beslist.

De voordelen van deze nieuwe procedure zouden, volgens de commissie-Hammerstein[7], de commissie die begin 2008 adviseerde over mogelijke versterkingen van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad, onder andere via een prejudiciële procedure (zie nader paragraaf 2.2), zijn dat:

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

---

6 Dit rapport ziet dus niet op het plan (geopperd bij motie van Recourt/Taverne, zie *Kamerstukken II* 2014/15, 29 279, nr. 235) om bij wijze van rechtseenheidsvoorziening de optie van prejudiciële vragen door de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State aan de Hoge Raad te introduceren. Zie nader Ortlep 2015. Een regeringscommissie buigt zich hierover, zie *Stcrt*. 2015, 47139.

7 Rapport Hammerstein 2008, p. 51.

In het wetgevingsproces[8] dat volgde op het advies van de commissie-Hammerstein is vervolgens daaraan toegevoegd dat:

- Een spoedige beantwoording het instellen of voortzetten van mogelijk vele individuele procedures overbodig kan maken;
- Het voorkomt dat rechters tegenstrijdige beslissingen wijzen en dat bevordert aldus de rechtseenheid;
- En het draagt ook bij aan een meer optimale invulling van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad in zaken waarin de maatschappelijke behoefte aan een antwoord groot is.

Specifiek voor wat betreft de zaken die vallen onder art. 392 lid 1 onder a Rv, zaken die betrekking hebben op – kort gezegd – massaschadevorderingen, zijn de daarvoor voorziene additionele voordelen van tijdige beantwoording door de wetgever nog als volgt omschreven:

- De Hoge Raad kan bijdragen aan de bereidheid van een schadeveroorzaker om over een collectieve schikking te praten en de zaak kan richtinggevend zijn voor partijen;
- Het kan de kwaliteit van een schikking verhogen en kan de acceptatie ervan verhogen;
- Gedupeerden zullen minder snel geneigd zijn zich aan de schikking te onttrekken.

De mogelijke nadelen zouden zijn, volgens dezelfde commissie-Hammerstein[9]:

- Vertraging en complicering van de procedure (doordat een 'tussenfase' wordt ingelast);
- Werklastverschuiving.

In de literatuur is er verder nog op gewezen dat de Hoge Raad, gegeven deze regeling, zou kunnen worden geroepen te beslissen over kwesties die nog onvoldoende zijn overdacht en uitgedacht in feitelijke instanties.[10] Meer specifiek wordt het gegeven dat de feiten nog niet definitief vaststaan als een nadeel ervaren zeker waar het kwesties betreft met een 'gemengd' – deels juridisch, deels feitelijk – karakter.[11] Ook de Raad van State uitte zich over onder meer dit punt kritisch.[12] We noemen dit argument – de rechtsvorming moet zijn natuurlijk verloop hebben – hier expliciet omdat dit ook in het onderhavige onderzoek regelmatig naar voren kwam.

Overzien we het voorgaande, dan draagt volgens de wetgever[13] de tijdige beantwoording van belangrijke rechtsvragen door middel van de prejudiciële procedure bij aan een optimale vervulling van de *rechtsvormende* taak van de civiele kamer in zaken waarin grote maatschappelijke belangen in het spel zijn. Dit komt dan ten goede aan de *rechtseenheid* (men vermindert zo het gevaar dat lagere rechters in identieke individuele zaken tegenstrijdige uitspraken doen) en de *rechtszekerheid*. Dat tezamen zijn dan ook de drie kerndoelstellingen die in de evaluatie in dit rapport centraal staan. Daarbij sluit dan nog aan dat het vaker moeten instellen van soortgelijke individuele procedures (dan wel van rechtsmiddelen) tot het verleden kan gaan behoren.

---

8 Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, nr. 3, p. 5.

9 Rapport Hammerstein 2008, p. 51.

10 Dat was bijv. ook de mening van enkele feitenrechters, zoals verkondigd in Van Kampen & Giesen 2013, p. 9.

11 Bijv. Teuben 2012, p. 105, Franken 2011, Van Staden ten Brink (stelling 2 onder 'prejudiciële vragen') in Huls e.a. 2009, p. 69 en Tjittes & Meijer 2009, p. 173. De laatsten hebben dan ook bepleit om de prejudiciële procedure alleen voor zuivere rechtsvragen open te stellen. In de huidige regeling is het echter mogelijk om ook 'gemengde vragen' te stellen. Zie nader paragraaf 3.3.10.

12 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, nr. 4, p. 3-4 Dat was bijv. ook de mening van enkele feitenrechters, zoals verkondigd in Van Kampen & Giesen 2013, p. 9.

13 Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 32 612, nr. 3, p. 5, terugwijzend naar de lijst voordelen op p. 3-4.

In de literatuur die rondom de invoering van de regeling verscheen (waarover nader paragraaf 2.4), werden deze uitgangspunten in wezen niet fundamenteel ter discussie gesteld. Dat paste overigens naadloos bij het algemene beeld in die tijd dat er weinig weerstand tegen de regeling bestond, zoals ook de wetgever kon constateren.[14]

1.2.3 Verwachtingen vooraf bij feitenrechters over de nieuwe wet

Over de laatste pijler van ons hiervoor beschreven 'evaluatiekader', te weten de verwachtingen bij de gebruikers (lees: rechters en advocaten van de procespartijen) ten tijde van de introductie van de wetgeving, is erg weinig bekend.[15] Niettemin geeft het verslag in het *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* uit begin 2013 van de semi-gestructureerde interviews gehouden met vijftien civiele rechters (tien rechters bij een rechtbank, en vijf rechters bij een hof) over de toen net aangenomen en nieuw ingevoerde Wet prejudiciële vragen – men zou met enige goede wil van een ietwat verlate nulmeting kunnen spreken, want er waren ten tijde van de interviews nog geen prejudiciële vragen gesteld of beantwoord – wel enig inzicht in de verwachtingen die medio 2012 leefden bij de feitenrechters die prejudiciële vragen zouden moeten (gaan) stellen.[16] Daarom bespreken wij de bevindingen uit dat eerdere onderzoek, als onderdeel van ons evaluatiekader, dan ook op deze plaats.

Allereerst valt uit de weergave van de interviews op dat bijna alle rechters (gematigd) positief waren over de invoering van de prejudiciële procedure, voornamelijk vanwege de toegenomen snelheid waarmee een eind kan worden gemaakt aan rechtsonzekerheid en eventuele tegenstrijdigheden. Een minderheid van de geïnterviewden was minder overtuigd van de toegevoegde waarde van de prejudiciële procedure. Zij vroegen zich af of de prejudiciële procedure daadwerkelijk voorziet in een prangende behoefte. Kortom, waar sommige rechters de voordelen inzagen, vroegen anderen zich af waarom de rechtsontwikkeling niet op haar natuurlijke beloop gelaten kon worden.[17]

Wat er verder bijvoorbeeld te leren valt en mee te nemen is uit dat onderzoek, is het te verwachten gebruik van de nieuwe regeling. Een verwachting bij de geïnterviewden was dat de frequentie van het gebruik vrij laag zou liggen. De verwachtingen waren zo laag dat er een zekere vrees was dat rechters na verloop van tijd weer aan de procedure moesten worden herinnerd.[18] De verwachtingen over de moeilijkheid van het formuleren van vragen waren verdeeld. Iets minder dan de helft van de geïnterviewden dacht dat het formuleren de nodige oefening zou vergen, terwijl anderen juist dachten dat het verschil met het normale rechterlijke werk niet al te groot zou zijn. Die laatsten onderkenden wel dat het formuleren van een vraag mogelijk meer werk zou kosten omdat je anders dan in een rechttoe-rechtaan uitspraak meer de haken en ogen zou moeten aangeven.[19] De geïnterviewde rechters gaven aan behoefte te hebben aan een set wenken zoals die bestaat

---

14 Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, nr. 3, p. 2-3.

15 Ten aanzien van advocatuur zou nog kunnen worden gezegd dat zij er positief tegenover stonden gelet op de inbreng van de Orde en drie aparte kantoren tijdens het wetgevingsproces. Zie paragraaf 1.4 hierna. Uitgesproken negatief was de cassatieadvocaat Van Staden ten Brink die vreesde dat de Hoge Raad overstelpt zou worden met vragen en daardoor te maken zou krijgen met 'immense uitzoekproblemen'. Uit zijn mond werd opgetekend dat de Hoge Raad 'nog met weemoed' terug zou denken aan de tijd dat hij alleen maar motiveringsklachten had. Hij kreeg bijval van voormalig advocaat-generaal Mok. Zie hierover Huls e.a. 2009, p. 42.

16 Zie Van Kampen & Giesen 2013, m.n. p. 1-2, voor de opzet van het onderzoek.

17 Van Kampen & Giesen 2013, p. 9.

18 Van Kampen & Giesen 2013, p. 15.

19 Van Kampen & Giesen 2013, p. 6.

voor de prejudiciële procedure bij het Hof van Justitie van de Europese Unie.[20] Zo'n set aanbevelingen bestaat vooralsnog niet voor de prejudiciële procedure in civiele zaken bij de Hoge Raad.[21] Van rechters met ervaringen in Luxemburg werd door de auteurs en een aantal geïnterviewden verwacht dat zij beter in staat zouden zijn om prejudiciële vragen te formuleren. De rechters die ook daadwerkelijk op die ervaring konden bogen, waren daar zelf echter minder van overtuigd.[22]

Ook kwam uit dit onderzoek een duidelijker beeld naar voren over welke factoren naar verwachting bijdragen aan het gebruik van de regeling door feitenrechters. Het gaat dan onder meer om de wensen van partijen. In hoeverre achten zij de zaak geschikt voor prejudiciële verwijzing? Zijn zij bereid daaraan mee te werken en nemen zij de bijbehorende vertraging op de koop toe? Indien partijen eenstemmig te kennen geven geen behoefte te hebben aan een prejudiciële vraag, in hoeverre rechtvaardigt het zaaksoverstijgend belang dat rechter alsnog over hun hoofden vragen stelt?[23]

De hoedanigheid van partijen vormde voor bijna de helft van de geïnterviewden ook zo'n factor. Een geschil tussen een verzekeraar en een groot aannemersbedrijf kan op zich wel wachten. Een financieel zwakkere partij of een partij die terminaal ziek is, heeft daarentegen een groter belang bij een snelle en finale beantwoording op het hoogste niveau. Daar staat weer tegenover dat van een financieel zwakkere niet snel mag worden verwacht dat hij de beslissing over een belangrijke rechtsvraag meefinanciert, aldus één van de door Van Kampen & Giesen geïnterviewde rechters.[24]

Andere factoren waren de rechtsontwikkeling – in met name massageschillen is een richtinggevend antwoord zeer welkom, terwijl andere zaken zich meer lenen voor rechtsvorming in kleine stapjes in plaats van in één klap[25] – en het financieel belang bij een zaak. Over die laatste factor werd echter verschillend gedacht. Eén geïnterviewde zou in een zaak met een gering financieel belang liever zelf de knoop doorhakken. Een ander sluit het benutten van een prejudiciële verwijzing voor die zaken niet uit omdat juist zaken met een gering financieel belang vaak voorkomen en er dus een bepaald 'macro-effect' vanuit gaat.[26]

Zeer belangrijk voor de bereidheid om vragen te stellen, bleek het tijdsverloop (de duur) van de prejudiciële procedure. Hoe korter de doorlooptijd tussen het stellen van de vraag en de beantwoording door de Hoge Raad, hoe groter de bereidheid om vragen te stellen.[27] Indien die doorlooptijd relatief kort zou zijn, zou volgens ten minste één geïnterviewde het belang van partijen om ongestoord voor te procederen, minder gewicht in de schaal leggen. Dit partijbelang gaat juist zwaarder wegen als de behandeling van een prejudiciële vraag qua

---

20 Pb EU 2012, C-338/1. Eveneens te raadplegen op www.curia.eu.

21 Rechters kunnen inmiddels hun voordeel doen met de beschouwingen in Streefkerk 2015.

22 Giesen & Van Kampen 2013, p. 7-8. Van de vijftien toen geïnterviewde rechters hadden er overigens maar twee daadwerkelijk een vraag gesteld aan het Hof van Justitie. Een vraag van nog een andere rechter is op de parkeerrol geëindigd en is nooit aan het Hof voorgelegd.

23 Vgl. de opmerking in *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, nr. 3, p. 14 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'. Overigens staat het de rechter blijkens diezelfde toelichting toch vrij om een vraag te stellen als het zaaksoverstijgend belang groter is dan het partijbelang.

24 Van Kampen & Giesen 2013, p. 11.

25 Vgl. de in paragraaf 1.5 weergegeven kritiek van de Raad van State en de reactie van de Minister.

26 Van Kampen & Giesen 2013, p. 13-14.

27 Van Kampen & Giesen 2013, p. 11-12.

lengte meer gaat lijken op een reguliere cassatie waar al snel een jaar of meer mee gemoeid is.[28]

Zoals zal blijken uit onze analyse, ligt de gemiddelde omlooptijd van een prejudiciële vraag om en nabij de zes maanden.[29] Voor zeker één geïnterviewde zou dit niet snel genoeg zijn geweest:

> '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.'[30]

Uit de interviews bleek verder nog dat voor met name eerstelijnsrechters die gewend zijn aan een snel afdoeningstempo, het tegennatuurlijk is om een zaak op de plank te leggen voor een prejudicieel antwoord. Rechters zien zichzelf – zeker in de eerste lijn – als geschilbeslechters, en het aanhouden van een zaak voor onbepaalde tijd zou volgens sommige geïnterviewden niet aan dat doel bijdragen.[31]

Tot slot werd duidelijk dat het succes of falen van de regeling in de ogen van de feitenrechters bovenal afhangt van de invulling die de Hoge Raad zou geven aan de nieuwe wet. Een weigering om tot een antwoord te komen of een niet-ontvankelijkverklaring van de vraag, zou door de geïnterviewden als een sanctie worden ervaren.[32] Wij citeren hier de conclusie van het artikel:

> 'Wat ons betreft is echter de belangrijkste uitkomst – en les – dat het succes of falen van de nieuwe wet, staat of valt met hoe de Hoge Raad als 'leidinggevende' de handschoen oppakt. Daar zit de grootste valkuil, wat ons betreft. De opstelling van de Hoge Raad, zo blijkt uit het voorgaande, is van cruciaal belang, want van invloed op vele factoren. Zo blijkt het voor rechters zeer belangrijk binnen welke termijn de Hoge Raad een prejudiciële vraag kan (en zal) beantwoorden, of de Hoge Raad de prejudiciële vraag welwillend kan (en zal) interpreteren, in wat voor bewoordingen de Raad de vraag zal beantwoorden, en hoe de Hoge Raad zal omgaan met prejudiciële vragen die niet helemaal voldoen aan de in de wet genoemde termen. Daarmee ligt de mogelijkheid om genoemde valkuilen te omzeilen, eveneens goeddeels bij de Hoge Raad.'[33]

Van Kampen en Giesen constateerden vervolgens dat deze verwachtingen aan het adres van de Hoge Raad gerechtvaardigd zijn, aangezien die Hoge Raad zelf het proces richting de introductie van de regeling inzake prejudiciële vragen is begonnen. Nu kan en mag hij laten zien hoe dit nieuwe instrument in de praktijk optimaal kan worden ingezet.[34]

---

[28] Volgens het Jaarverslag Hoge Raad 2014, p. 11 bedroeg de gemiddelde doorlooptijd in 2014 292 dagen (dus inclusief de zaken die versneld zijn afgedaan met toepassing van art. 80a of art. 81 RO).

[29] Zie nader paragraaf 3.3.9.

[30] Van Kampen & Giesen 2013, p. 12.

[31] Van Kampen & Giesen 2013, p. 13.

[32] Van Kampen & Giesen 2013, p. 14.

[33] Van Kampen & Giesen 2013, p. 16.

[34] Zie ook De Boer in zijn noot in *JIN* 2012/164 bij de eerste vraag, die van Rb. Utrecht 3 augustus 2012: 'Zoals bij iedere processuele nieuwigheid zijn van tevoren voldoende beren op de weg te bedenken die pleiten tegen invoering, terwijl anderzijds geconstateerd kan worden dat er in ieder geval ergens een behoefte bestaat, anders zouden een hoop slimme mensen immers niet hun hoofd over het onderwerp breken.'

In zijn bijdrage aan de *Iustitia & Amicitia*-bundel gaf Numann, destijds raadsheer in en thans vice-president van de civiele kamer, al een voorbode van hoe de Hoge Raad zich zou opstellen:

> 'Het valt op voorhand niet gemakkelijk te zeggen wat het beleid zal zijn dat de Hoge Raad zal hanteren bij het aanvaarden of afwijzen van hem voorgelegde prejudiciële vragen. Ook voor de Raad gaat het om een noviteit waarmee men zich vertrouwd zal moeten maken. Maar verwacht mag worden dat de Hoge Raad zich ruimhartig zal opstellen en zoveel mogelijk zal pogen de vragen te beantwoorden en die alleen dan terzijde zal leggen wanneer beantwoording – ook bij eventuele herformulering van de vraag – niet op een zinvolle wijze mogelijk is.'[35]

1.3 Invoering in het strafrecht?

De vraag naar mogelijke invoering van een prejudiciële procedure in het strafrecht (er wordt ook wel gesproken over de 'uitbreiding' van de wettelijke regeling van de prejudiciële procedure in het civiele recht richting het strafrecht), gaat evenzeer gepaard met verwachtingen. Daarover wordt verslag gedaan in de hoofdstukken 6 t/m 8.

Daarop vooruitlopend moet reeds nu worden vermeld dat voor een (mogelijke) prejudiciële procedure in strafzaken wel moet worden bedacht dat het strafproces zijn eigen karakteristieken en kenmerken heeft, en dat die fundamenteel afwijken van het civiele proces. In het strafproces staan de overheid, vertegenwoordigd door het Openbaar Ministerie, en de verdachte, al dan niet voorzien van rechtsbijstand door een raadsman, tegenover elkaar. Het Openbaar Ministerie heeft de verdachte in staat van beschuldiging gesteld en beoogt daarmee het algemeen belang te dienen. Het gaat om rechtshandhaving. De verdachte dient zich in een eerlijk proces te kunnen verdedigen; hij heeft een puur persoonlijk belang. In dit strafproces is de strafrechter belast met de verantwoordelijkheid een beslissing te geven op de tenlastelegging. Daartoe dient zoveel mogelijk de materiële waarheid te worden vastgesteld en het (straf)recht op die feiten te worden toegepast. Daar kunnen rechtsvragen rijzen die door de strafrechter zullen moeten worden beantwoord om tot een einduitspraak in de strafzaak te komen. De wisselwerking tussen feiten en recht is in de strafrechtspraak anders dan in de civiele rechtspraak. In het strafrecht staat het vinden van de materiële waarheid voorop en heeft de strafrechter mede om die reden een actievere rol tijdens het strafproces dan de civiele rechter in een civiele dagvaardingsprocedure.

Deze context is bepalend voor de inrichting en de regulering van het strafproces alsook voor de rechtspositie van verdachte daarbinnen. Daarbij spelen ook situaties die niet aan de orde zijn in het civiele proces, zoals de mogelijkheid dat de verdachte voorlopig gehecht is. Een dergelijke vrijheidsbeneming stelt hogere urgentie aan de voortgang van het strafproces en verlangt zorgvuldige afweging van alle betrokken belangen. Stel dat in een strafzaak met een voorlopig gehechte verdachte een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad wordt gesteld, dan heeft dat onvermijdelijk tot gevolg dat de strafzaak langer duurt, en daarmee ook de detentiesituatie, tenzij de voorlopige hechtenis zou worden opgeheven of geschorst. Tegelijkertijd stellen mensenrechten, onder meer neergelegd in het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, eisen aan het strafproces en voorlopige hechtenis. Hier kunnen specifieke vragen spelen, zoals de vraag of een voorlopig gehechte verdachte moet instemmen met het stellen van een prejudiciële vraag. De eigen karakteristieken, kenmerken en context van het strafproces en de consequenties daarvan voor de vraag of het mogelijk is, en zo ja, onder welke omstandigheden en voorwaarden, een prejudiciële procedure in strafzaken in te voeren, zullen aan bod komen in de hoofdstukken 6-8.

[35] Numann 2010, p. 111.

1.4 De probleemstelling en deelthema's

De *probleemstelling* die in dit onderzoek voorligt, kan – in twee delen, conform onze doelstelling (zie paragraaf 1.1) – als volgt worden geformuleerd:

- *Hoe werkt de huidige procedure voor het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad in het civiele recht, en*
- *is het mogelijk, en zo ja, onder welke omstandigheden, om in het strafrecht een prejudiciële vraagprocedure in te voeren?*

Hieruit volgen tevens de daarmee bestreken deelthema's:

- Hoe functioneert de op 1 juli 2012 ingevoerde mogelijkheid voor gerechten om in civiele zaken prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen?
- Zijn de verwachtingen ten aanzien van de wet (zie daarover paragraaf 1.2) uitgekomen? Werkt de wet zoals beoogd en verwacht, en zijn er onverwachte neveneffecten gebleken?
- Hoe zou de prejudiciële procedure (in het strafrecht) zich in juridisch opzicht verhouden tot de overige rechtsvormende instrumenten zoals sprongcassatie, cassatie in het belang der wet, en de afspraak in de rechterlijke kolom dat belangwekkende zaken versneld worden afgedaan?
- Is uitbreiding naar het strafrecht wenselijk in het licht van de opvattingen in de literatuur, de tussenevaluatie van het civiele recht, de eigen karakteristieken en kenmerken van het strafproces, de mening van betrokken professionals en de systematiek ten aanzien van andere de rechtsvorming dienende of versnellende instrumenten?
- Indien tot instelling van een prejudiciële procedure in strafzaken wordt gekomen, onder welke omstandigheden en onder welke voorwaarden zou een feitenrechter dan een prejudiciële vraag kunnen stellen aan de strafkamer van de Hoge Raad?

1.5 Nadere opzet van het onderzoek en onderzoeksvragen

1.5.1 Algemeen

Gegeven de probleemstelling is er in het onderhavige rapport, ten eerste, voor het civiele recht zowel een literatuurstudie als een empirische studie – door middel van het houden van interviews met betrokken advocaten en rechters – verricht. Die literatuurstudie behelst een analyse van de wijze van gebruik of toepassing door de advocatuur en de rechterlijke macht van de wettelijke regeling; het gaat daarbij dus om een analyse van het *proces* van het stellen en beantwoorden van prejudiciële vragen, en derhalve niet om een (juridische) analyse van de materieelrechtelijke, de inhoudelijke kant van de gestelde vragen en gegeven antwoorden.[36] Dit tweeluik vormt dan de evaluatie van de bestaande wettelijke regeling op civielrechtelijk vlak. Zie verder paragraaf 1.6.

In de evaluatie is nagegaan:

- de mate waarin de beoogde doelen van de regeling bereikt zijn in de huidige praktijk, alsmede een inventarisatie van onvoorziene neveneffecten; van groot gewicht zullen

[36] In dit rapport treft de lezer dus geen analyse of bespreking van, bijvoorbeeld, de juistheid en/of wenselijkheid van de uitspraak van de Hoge Raad in de *bewijsbeslag-zaak* of in de *telefoonabonnement-zaak*.

daarbij de (gepercipieerde) bijdrage aan de rechtsontwikkeling (rechtsvorming), de rechtszekerheid en de rechtseenheid zijn.
- de mate waarin de voorziene voor- en nadelen en/of de verwachtingen bewaarheid zijn geworden.

Daarnaast vergt het ex-ante onderzoek voor het strafrecht een literatuurstudie en een empirische studie door middel van het houden van interviews en expert meetings met professionals uit de strafrechtspleging, waarbij ook specifiek de vraag zal worden besproken onder welke omstandigheden een feitenrechter een prejudiciële vraag zou kunnen stellen aan de strafkamer van de Hoge Raad.

Uitgaande van een daarmee voor de hand liggende tweedeling tussen 'civiel recht' en 'strafrecht' en de onderdelen die vervolgens voor die beide onderdelen nodig zijn, zal in het navolgende, na deze Inleiding (hoofdstuk 1) de volgende grove opzet gevolgd worden:

Deel A: De civielrechtelijke tussenevaluatie:
1. Beschrijving van de (totstandkoming van de) wettelijke regeling (hoofdstuk 2)
2. Schriftelijke analyse van de reeds verschenen antwoorden en vragen[37] (hoofdstuk 3)
3. Empirisch onderzoek inzake de huidige civielrechtelijke regeling (hoofdstuk 4)
4. Conclusies (hoofdstuk 5)

Deel B: De strafrechtelijke ex ante analyse:
5. Literatuurstudie (hoofdstuk 6)
6. Empirisch onderzoek voor het strafrecht (hoofdstuk 7)
7. Conclusies (hoofdstuk 8)

Overkoepelende conclusie en samenvatting (hoofdstuk 9)

1.5.2 De onderzoeksvragen voor de civielrechtelijke tussenevaluatie

Per onderdeel van het onderzoek zijn hiertoe de navolgende onderzoeksvragen geformuleerd.

1. De huidige wettelijke regeling op hoofdlijnen (Hoofdstuk 2)

- Wat is de historische context van de huidige wettelijke regeling?
- Hoe is de wettelijke regeling op hoofdlijnen opgezet?
- Wat zijn de doelen van de prejudiciële procedure in het civiele recht (voortbouwend op paragraaf 1.2), en wat waren/zijn, voor zover bekend, de veronderstellingen over de mate waarin en wijze waarop die doelen (kunnen) worden behaald?
- Wat zijn de reacties geweest op het wetsvoorstel ten tijde van de parlementaire behandeling en in de literatuur?

2. Analyse van (de jurisprudentie en literatuur over) de civielrechtelijke regeling (Hoofdstuk 3)

- Op basis waarvan wordt een prejudiciële vraag wel of niet in behandeling genomen door de Hoge Raad?
- Wat voor soort vragen zijn er gesteld (gemengde vragen of zuivere rechtsvragen) bij de zaken die in behandeling zijn genomen?[38]

[37] Zie Bijlage 11.2 voor enkele tabellen die getalsmatig de analyse weergeven van de 25 uitspraken van de Hoge Raad inzake prejudiciële vragen en de zes nog openstaande vragen aan de Hoge Raad die in de analyse betrokken zijn, alsmede Bijlage 11.3 voor een lijst van die uitspraken, inclusief de door ons daaraan toebedeelde roepnamen.

- Hoe heeft de feitenrechter en vervolgens de Hoge Raad gebruik gemaakt van de diverse processuele mogelijkheden van de art. 292 en 293 Rv?
- Kan men per te bereiken doel een onderscheid maken in te bereiken onmiddellijk ('immediate'), middellange termijn ('intermediate') of uiteindelijke ('ultimate') resultaat, en zo ja, hoe?[39]
    - Indien dat onderscheid gemaakt kan worden, ten aanzien van welke dan zo onderscheiden doelen kan dan nu al, op basis van de literatuur, het bereiken ervan in beschrijvende, indicatieve zin in kaart worden gebracht, en op basis van welke criteria wordt dat doelbereik dan bepaald?[40]
- Heeft de prejudiciële procedure, volgens de literatuur, bijgedragen tot rechtsvorming door de Hoge Raad?
- In hoeverre zijn de uitkomsten van prejudiciële procedures kenbaar van belang geweest voor één of meer zaken (rechtseenheid)?
- Zijn er gevallen bekend waarin een prejudiciële vraag andere procedures heeft voorkomen en heeft de prejudiciële vraag aldus geleid tot minder procedures?[41]
- Hoe verhoudt de prejudiciële vraag in civiele zaken zich in juridisch opzicht tot de overige rechtsvormende instrumenten, zoals sprongcassatie, cassatie in het belang der wet, de proefprocedure, en de afspraak in de rechterlijke kolom dat belangwekkende zaken versneld worden afgedaan?

3. Empirische analyse van de wettelijke regeling (Hoofdstuk 4)

- Wat zijn de afwegingen geweest van de feitenrechter om de prejudiciële vraag te stellen?
- Hoe dachten rechters voorafgaand aan het stellen van de vraag over dit instrument van de prejudiciële vragen?
- Zijn die verwachtingen uitgekomen?
- Heeft de prejudiciële vraag tot een schikking geleid in de bodemprocedure?
- Hoe wordt de prejudiciële procedure bij de Hoge Raad (incl. de uitspraak) door de procespartijen beoordeeld?
- Hoe wordt de einduitspraak van de feitenrechter beoordeeld door de procespartijen, almede de rechterlijke macht?
- Hoe wordt de snelheid van de desbetreffende procedure beoordeeld door procespartijen en de rechterlijke macht?
- Heeft de prejudiciële vraag geleid tot een hogere inhoudelijke kwaliteit van de schikking of uitspraak door de feitenrechter, bijv. in de zin van meer acceptatie van de schikking/uitspraak door de (advocaten van de) procespartijen?[42]
- In hoeverre heeft de prejudiciële procedure invloed gehad op de afweging om een rechtsmiddel in te stellen of om te schikken?

---

[38] Voor de zaken die niet in behandeling zijn genomen, is dit niet te bepalen omdat de Hoge Raad tot nu toe (feitelijk) alle zaken in behandeling heeft genomen, ook die enkele zaak waarin dat wellicht niet gehoeven had.

[39] Anders gesteld: als er al 'immediate outcomes' (output) zijn, zijn die dan een voorwaarde voor een 'final outcome'? Vgl. Kautto e.a. 2005, p. 64-65.

[40] Ons uitgangspunt is daarbij, zo zal nog blijken in paragraaf 1.6.1, dat de *perceptie* bij de 'gebruikers' (advocatuur en rechterlijke macht) in hoeverre de doelen zijn en/of kunnen worden bereikt, hier bepalend kan zijn.

[41] Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn geweest doordat bepaalde zaken konden worden geschikt of doordat er minder (vaak) rechtsmiddelen zijn ingesteld of omdat er in een aantal zaken gelijktijdig uitspraak kon worden gedaan.

[42] Wij kiezen er hierbij voor, omdat dit een aspect is dat enigszins 'meetbaar' te maken is, om 'kwaliteit' nader te duiden als de door de advocaten van de justitiabelen (want dat zijn de spelers in het veld die we hebben gesproken) en de betrokken (feiten)rechters gepercipieerde kwaliteit.

- Wat zijn afwegingen van de feitenrechter geweest om geen prejudiciële vraag te stellen? Welke factoren spelen bij de rechterlijke macht een rol om wel of geen vraag te stellen?
- Heeft de prejudiciële vraag, naar de mening van betrokkenen, bijgedragen tot rechtsvorming door de Hoge Raad?
- Heeft de prejudiciële vraag, naar de mening van betrokkenen, bijgedragen tot de rechtseenheid, alsmede de rechtszekerheid?
- In hoeverre zijn, in de visie van de betrokkenen (feitenrechter, advocaat, Hoge Raad), de uitkomsten van de prejudiciële procedures van belang geweest voor één of meer zaken?
- Heeft de prejudiciële vraag andere procedures voorkomen, aldus betrokkenen, en heeft de prejudiciële vraag, in de visie van de betrokkenen, geleid tot minder (uitvoerige) procedures?[43]

4. Conclusies ten aanzien van de civielrechtelijke regeling (Hoofdstuk 5)

- Wat zijn tot nu toe succesfactoren, knelpunten en neveneffecten van de prejudiciële procedure gebleken?
- Welke (doelbereikings)vragen kan men thans nog niet beantwoorden met deze tussentijdse evaluatie?
- Welke (indicatieve) conclusies kan men trekken ten aanzien van de werking van de prejudiciële procedure en het al dan niet bereiken van de doelen en verwachtingen?
- Is er in juridische zin een meerwaarde van de prejudiciële vraagprocedure ten opzichte van de andere instrumenten, en zo ja, welke?

1.5.3 De strafrechtelijke onderzoeksvragen

5. De strafrechtelijke literatuurstudie (Hoofdstuk 6)

- Welke voor- en nadelen worden in de (parlementaire en juridische) literatuur genoemd ten aanzien van uitbreiding van de prejudiciële procedure naar het strafrecht?
- Welke knelpunten worden genoemd en worden er oplossingen voor die knelpunten aangedragen?
- Hoe verhoudt de prejudiciële vraag in strafzaken in juridisch opzicht zich tot de overige versnellende, rechtsvormende instrumenten, zoals sprongcassatie, cassatie in het belang der wet, en de afspraak in de rechterlijke kolom dat belangwekkende zaken versneld worden afgedaan?
- Waartoe zouden de bevindingen uit het civiele recht leiden indien deze, voor zover mogelijk, worden vertaald naar een prejudiciële procedure in strafzaken?

6. Empirisch onderzoek: mogelijke inpasbaarheid volgens betrokken professionals (Hoofdstuk 7)

- Wat zijn volgens betrokken professionals mogelijkheden en knelpunten voor de inpasbaarheid van de wettelijke regeling inzake prejudiciële vragen in het strafrecht?

[43] Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn geweest doordat bepaalde zaken konden worden geschikt of doordat er minder vaak rechtsmiddelen zijn ingesteld of omdat er in een aantal zaken gelijktijdig uitspraak kon worden gedaan.

7. Conclusies voor het strafrecht (Hoofdstuk 8)

- Is, mede op basis van de bevindingen uit de evaluatie in het civiele recht, uitbreiding van de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad naar het strafrecht wenselijk?
- Zo ja, onder welke omstandigheden zou, op basis van bovenstaande antwoorden, een feitenrechter een prejudiciële vraag kunnen stellen aan de Hoge Raad in een strafrechtelijke procedure?

Deze vragen zijn verder geoperationaliseerd ten behoeve van de interviews en expertmeetings. Zie daartoe paragraaf 1.6 en Bijlagen 11.7 en 11.8.

1.5.4 Overkoepelende conclusie en samenvatting

Na de twee concluderende hoofdstukken voor het civiele recht (hoofdstuk 5) en voor het strafrecht (hoofdstuk 8) worden ten slotte in hoofdstuk 9 de diverse lijnen samengenomen in de vorm van een meer overkoepelende conclusie en samenvatting ten aanzien van het instrument van de prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, en wordt de probleemstelling zoals hiervoor verwoord, in paragraaf 1.4, van een antwoord voorzien.

1.6 Aanpak en methoden

1.6.1 Algemene aanpak

In deze paragraaf wordt meer in detail aangegeven op welke wijze het onderzoek in de hierna volgende hoofdstukken is aangepakt.

Gestart is met een analyse van de rechtspraak van de Hoge Raad op grond van de gestelde prejudiciële vragen. Daarbij ging het – als gezegd – niet om de onderliggende juridische kwestie, om de materieelrechtelijke of procesrechtelijke juridische inhoud die aangeroerd werd door vraag en antwoord, maar enkel om de wijze waarop met deze specifieke wettelijke regeling wordt omgegaan door de betrokken (zie ook al paragraaf 1.5.1). Men zou dan ook kunnen spreken van een procesevaluatie waarmee de output van de regeling geanalyseerd kon worden. Dit is gedaan in hoofdstuk 2 en 3.

De evaluatieopdracht vraagt echter ook naar 'outcomes', die doelen die meer tijd nodig hebben om zich te realiseren (zoals: meer rechtseenheid, toegenomen rechtszekerheid, een bijdrage aan de rechtsvorming) zoals genoegzaam blijkt uit de onderzoeksvragen, maar deze outcomes zijn niet zonder meer altijd te meten, bijvoorbeeld omdat het om abstracte begrippen gaat, die lastig te operationaliseren zijn (zie ook paragraaf 1.7 hierna voor details). Daarom hebben wij ervoor gekozen om tot een inschatting te komen via gesprekken waarbij wij gevraagd hebben naar de perceptie van betrokken professionals in de advocatuur en de rechterlijke macht ten aanzien van de mate waarin die doelstellingen bereikt zijn of kunnen worden bereikt. Het gaat er daarmee dus om inzicht te geven in de wijze van werking van de regeling van de prejudiciële vragen in de huidige praktijk volgens die professionals, zoals neergelegd in hoofdstuk 4. Hun ervaringen, hun perceptie op de beoogde doelen was bepalend voor het antwoord de vraag in hoeverre de doelen zijn of kunnen worden bereikt.

Uiteindelijk worden beide stromen samengevoegd (in hoofdstuk 5): de procesevaluatie (inzake de output van de regeling en de analyse daarvan) en de opgevraagde percepties ten aanzien van mogelijke outcomes bepalen tezamen hoe aannemelijk het is dat de doelen van de wetgeving zijn of kunnen worden behaald.

Voor het strafrechtelijk deel is de opzet van het onderzoek uit de aard der zaak anders. Er is immers geen bestaande regeling om te onderzoeken. Om die reden is eerst vooral in de literatuur en in beduidend mindere mate de Kamerstukken op zoek gegaan naar argumenten voor en tegen een mogelijke invoering van een prejudiciële procedure in het strafrecht. Hoofdstuk 6 doet daarvan verslag. Daarbij is afgezien van een reflecteren op de gevonden argumenten voor en tegen; dat geschiedt in hoofdstuk 8. Vervolgens geeft hoofdstuk 7 de standpunten en meningen van professionals uit de advocatuur, het Openbaar Ministerie en de rechterlijke macht weer over de vraag of in het strafrecht een prejudiciële procedure zou moeten worden ingevoerd en zo ja, onder welke voorwaarden en omstandigheden. Deze professionals zijn gehoord via interviews en expert meetings (waarover meer in paragraaf 1.6.3). In hoofdstuk 8 vindt een synthese plaats waarbij drie perspectieven op elkaar worden betrokken: de inzichten en de argumenten uit de literatuurstudie, de uitkomsten van het kwalitatief empirisch onderzoek en de bevindingen van de procesevaluatie van de prejudiciële procedure in het civiele recht in het licht van de relevantie voor het strafrecht. De aldus verkregen inzichten en argumenten worden tegen elkaar afgewogen en bevindingen worden geformuleerd.

1.6.2 Analyse van de vragen en antwoorden via bronnenonderzoek

Ten behoeve van het onderzoek is met name in de hoofdstukken 2, 3 en 6 gebruik gemaakt van de gebruikelijke en beproefde juridische onderzoeksmethoden, bestaande uit onderzoek en analyse van jurisprudentie inzake de prejudiciële vragen-regeling in het civiele recht, wet- en regelgeving, Kamerstukken en literatuur. Deze juridische bronnen dienden ertoe de wijze van toepassing van de wettelijke regeling voor het civiele recht (de al genoemde procesevaluatie) te kunnen analyseren en voor het strafrecht op zoek te gaan naar argumenten voor en tegen een mogelijke invoering van een prejudiciële procedure in het strafrecht.

1.6.3 Interviews, expert meetings en de begeleidingscommissie

Algemeen
De hoofdstukken 4 en 7 hierna betreffen het verslag van de meer empirisch georiënteerde onderdelen van het onderzoek. Grotendeels ging het daarbij om interviews, doch daarnaast zijn ook twee strafrechtelijke expert meetings gehouden. Het doel van die interviews was om via de ervaringen van de betrokkenen met en vanuit hun perceptie op de doelen van de wettelijke regeling, tot een antwoord te komen op de vraag in hoeverre de beoogde wettelijke doelen zijn bereikt of niet.

Wij bespreken hierna eerst de (interview)aanpak voor het civielrechtelijke deel en daarna de aanpak voor het strafrechtelijke deel. Tot slot volgen nog enkele algemene opmerkingen over de wijze van interviewen die wij in beide delen gehanteerd hebben, alsmede over de rol van de begeleidingscommissie.

Privaatrecht
Voor het civielrechtelijke deel zijn uiteindelijk 36 interviews gehouden; de namen van alle geïnterviewden zijn terug te vinden in Bijlage 11.5. De selectie van de te interviewen personen is – op hoofdlijnen – als volgt bepaald (meer details daarover volgen nog in paragraaf 4.2).

Eerst de selectie van de raadsheren in de Hoge Raad. Omdat uit onze gegevens bleek dat vrijwel alle raadsheren ongeveer evenveel zaken officieel hebben gewezen, en wetend dat alle raadsheren alle zaken intern mede besproken hebben, is er voor gekozen om als startpunt voor selectie twee 'senior' (qua ervaringsjaren) en twee 'junior' raadsheren te

interviewen. Daardoor spraken we mensen die ook ervaring hebben met de situatie van voor de invoering van de wet en mensen die slechts (of vooral) ervaring hebben met de situaties na de invoering ervan. In totaal zijn dus vier raadsheren (twee mannen en twee vrouwen) geïnterviewd. Daarnaast is er gesproken met twee civiele advocaten-generaal (een man en een vrouw).

Ook het perspectief van de cassatie-advocatuur is meegenomen omdat het voor de hand ligt dat er ook daar veel kennis te vinden is over de regeling en over de impact op de rechtsvorming, zeker in verhouding tot de alternatieve instrumenten voor rechtsontwikkeling. We hebben drie cassatieadvocaten geïnterviewd.

Daarnaast zijn enkele van de feitenrechters die een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad stelden, benaderd voor een interview. Vooraf was ingezet op ongeveer tien interviews met feitenrechters. Uiteindelijk zijn er elf interviews met rechters afgenomen, waarvan vier met raadsheren in hoven.

Het vragen van de advocaat in de onderliggende civiele zaak was in zoverre lastig dat niet elke procespartij een advocaat heeft gehad (in kantonzaken is procesvertegenwoordiging immers niet verplicht) doch ook dat er regelmatig juist twee advocaten, voor beide procespartijen, betrokken waren bij de procedure. Het is daarmee lastig kiezen, en eigenlijk ook ongewenst om dat te doen, welke van de twee advocaten gevraagd moet worden. Het lag dan ook meer voor de hand om (te trachten) beide advocaten in een specifieke zaak te bevragen, en dat hebben we gedaan. Uiteindelijk zijn er zestien interviews gehouden met advocaten.

Strafrecht
Voor het strafrechtelijke deel zijn zes interviews afgenomen en zijn er twee expert meetings met rechters, advocaten-generaal, strafrechtsadvocaten en leden van het Openbaar Ministerie georganiseerd. De interviews zijn gehouden bij de strafkamer van de Hoge Raad (één raadsheer), en met twee feitenrechters, met een lid van het Openbaar Ministerie (één officier van justitie), en met één strafadvocaat. Ook is gesproken met het Parket bij de Hoge Raad, en wel met één advocaat-generaal in strafzaken (zie nader paragraaf 7.2).

De twee expert meetings zijn grotendeels bemenst conform de lijn voorzien voor de interviews. Per expert meeting kwamen de deelnemers uit de strafkamer van de Hoge Raad (één raadsheer), het Parket bij de Hoge Raad (één advocaat-generaal), het Openbaar Ministerie (waarvan één officier van justitie en één of twee advocaten-generaal bij het Ressortsparket), de strafrechtsadvocatuur (twee advocaten) en enkele feitenrechters (uit de rechtbank en de gerechtshoven). De wijze van selectie van deelnemers aan de expert meetings is toegelicht in paragraaf 7.3. In totaal deden er zeventien personen mee aan de twee bijeenkomsten; hun namen zijn opgenomen in Bijlage 11.5.

Via de combinatie van de interviews met de twee expert meetings, is er een beeld verkregen van de richting die voor het strafrecht wenselijk zou kunnen zijn, is er inzicht verschaft in de perceptie die men heeft, en zijn nieuwe inzichten en argumenten aangereikt. Uiteindelijk is met in totaal 23 personen uit het strafrechtelijke veld gesproken. Hierna, alsook in paragrafen 7.1 en 7.3 komen de werkwijze en de vragen gesteld tijdens expert meetings nog nader aan bod (zie ook Bijlage 11.8).

Wijze van afnemen van de interviews op beide terreinen
De meeste interviews zijn face-to-face afgenomen door één of twee onderzoekers. Enkele interviews zijn telefonisch afgenomen, omdat het voor de betrokkene alleen via die weg mogelijkheid was om aan dit onderzoek deel te nemen. Alle interviews zijn met een

geluidsrecorder opgenomen en vervolgens uitgewerkt als (letterlijk) transcript. De uitgewerkte interviews zijn na afloop toegestuurd aan de betrokken persoon voor correctie op feitelijke onjuistheden. Alle betrokken personen zijn ermee akkoord gegaan dat het interview werd opgenomen en dat hun naam is opgenomen in de lijst van geïnterviewde personen (opgenomen als Bijlage 11.5).

De interviews zijn afgenomen op basis van semigestructureerde vragenlijsten. Deze vragenlijsten omvatten voor het civielrechtelijke gedeelte zes thema's: 1) de ervaringen met de prejudiciële vraagprocedure van de betrokkenen, 2) de afwikkeling van het geschil, 3) de bijdrage aan de rechtsvorming, 4) de bijdrage aan de rechtszekerheid/rechtseenheid, 5) de invloed op de werklast en de kosten, en tot slot, als afsluiting, 6) de toekomst van de regeling. Ieder thema is behandeld aan de hand van vier tot zeven hoofdvragen. Deze hoofdvragen zijn in ieder gesprek gesteld. Per thema bevatten de vragenlijsten ook deelvragen. Deze deelvragen zijn niet allemaal in alle gesprekken aan de orde gekomen: ze zijn in de loop van de interviews aan de orde gekomen indien dat tijdens het gesprek nodig bleek te zijn en daarvoor ruimte bestond. De vragenlijsten zijn per categorie geïnterviewden aangepast aan de kennis en ervaring die verwacht mocht worden binnen die categorie personen. De vijf verschillende civielrechtelijke vragenlijsten zijn opgenomen als Bijlage 11.6.

Voor de strafrechtelijke interviews werd, zoals reeds gemeld, een aparte vragenlijst opgesteld (tevens opgenomen in Bijlage 11.7). Deze vragenlijst bevat de volgende thema's: 1) is er behoefte aan een prejudiciële procedure in het strafrecht?, 2) potentiële voor- en nadelen van een dergelijke procedure, 3) alternatieven voor een prejudiciële procedure in het strafrecht, 4) rechtsvorming, rechtszekerheid en rechtseenheid, 5) belangen van procesdeelnemers in een strafprocedure bij het stellen van een prejudiciële vraag, 6) inrichting van een eventuele prejudiciële procedure in het strafrecht, 7) mogelijke knelpunten, 8) kosten en 9) overige kwesties.

De vragenlijst voor de strafrechtelijke interviews bestaat uit twee onderdelen. Het eerste onderdeel bevat vragen afkomstig van het WODC en welke vragen op verzoek van het WODC aan de deelnemers van de expert meetings zijn voorgelegd. Daaraan zijn door de onderzoekers vragen toegevoegd. Dat betreft het tweede onderdeel van de vragenlijst (zie daarvoor Bijlage 11.7). Die vragen zijn er op gericht de bevindingen uit het evaluatieonderzoek naar de prejudiciële procedure in het civiele recht te toetsen op relevantie voor een mogelijke prejudiciële procedure in het strafrecht, alsook om tijdens het onderzoek opgekomen vragen te adresseren. De combinatie van vragen beoogt daarmee informatie en inzichten te verkrijgen voor beantwoording van de centrale onderzoeksvraag voor het strafrechtelijk deelonderzoek. Omwille van eenheid in en consistentie van het onderzoek en het bevorderen van de vergelijkbaarheid van de uitkomsten van de interviews met die van de expert meetings, is er vervolgens voor gekozen de vragen voor de expert meetings ook te gebruiken voor de interviews.

Werkwijze expert meetings

Binnen kwalitatief empirisch onderzoek heeft een expert meeting tot doel kennis van en inzichten over een bepaald onderwerp te verwerven van een beperkte, daartoe geselecteerde groep van experts/professionals. Via het instrument van een expert meeting kan dat op twee manieren. In de eerste plaats kunnen de deelnemende experts/professionals hun kennis en ervaring delen met de onderzoekers en elkaar. In de tweede plaats kan tussen de deelnemers en de onderzoekers een interactie tot stand worden gebracht die gelegenheid biedt om nader in te gaan op het onderwerp en de verschillende kanten van dat onderwerp uit te diepen. Aldus kan een dergelijke interactie

bijdragen aan het verder brengen van de gedachtevorming over het te onderzoeken onderwerp. Voorts kan via een expert meeting op een gemakkelijke manier met meer experts/professionals tegelijkertijd worden gesproken. Dat is daarmee minder kostbaar en tijdrovend dan het houden van individuele interviews.

Om de doelstellingen van de expert meetings te bereiken heeft het onderzoeksteam voorafgaand aan de beide expert meetings de deelnemers een informatiebulletin gezonden. In dit informatiebulletin is uiteengezet wat het doel en de agenda van de expert meeting zijn, welke vragen aan bod zullen komen en dat de expert meeting een vertrouwelijk karakter heeft. In Bijlage 11.8 is het informatiebulletin opgenomen voor de expert meeting van 5 februari 2016 te Den Haag.

Voor de expert meetings is, als gezegd, gebruik gemaakt van een lijst van vragen die zijn opgenomen in het eerdergenoemde informatiebulletin. De vragenlijst is gelijk aan die welke voor de interviews is gebruikt en om die reden wordt verwezen naar hetgeen daarover hiervoor is vermeld.

Naast de voorzitter, tevens lid van het onderzoeksteam (F. Kristen), waren bij beide expert meetings nog andere leden van het onderzoeksteam aanwezig (E. Sikkema en E. de Jong) alsmede een notulist. De voorzitter en het lid van het strafrechtelijk onderzoeksteam hebben ook aantekeningen gemaakt tijdens de expert meetings. Beide expert meetings zijn met instemming van de deelnemers opgenomen op band en daarvan zijn notulen gemaakt. De aantekeningen en de notulen zijn gebruikt voor het schrijven van hoofdstuk 7, alwaar de presentatie van de inhoudelijke bevindingen uit de expert meetings volgt.

De Begeleidingscommissie
Gedurende de looptijd van het onderzoek is vier maal uitvoerig overleg gevoerd met de door het WODC ingestelde begeleidingscommissie (zie Bijlage 11.1 voor de namen van leden daarvan), te weten in september en december 2015 en in maart en april 2016. Eén maal is gesproken over de opzet en aanpak van het onderzoek, twee maal is beraadslaagd over de toen voorliggende tussenrapportages en tot slot is nogmaals over het concept-eindrapport gesproken. De leden van de begeleidingscommissie hebben feedback gegeven op de opzet en aanpak, de gehanteerde methoden, de structuur en de inhoud van de rapportage. Uiteraard is die waardevolle feedback, waar mogelijk, ter harte genomen; het is het eindresultaat ten goede gekomen.

1.7 Algemene beperkingen van de gekozen opzet

Zoals elk onderzoek, kent ook dit onderzoek zijn (inherente) beperkingen, zoals ook gaandeweg al is gebleken. In dat verband merken wij graag het navolgende op.

Deze tussenevaluatie komt vrij vroeg na invoering van de wettelijke regeling, want de analyse wordt afgerond na drie en een half jaar na afkondiging van de wet, zodat er nog niet enorm veel afgeronde zaken te analyseren zijn (de teller stokt op 25 zaken per 1 januari 2016, ons ijkpunt). De meeste zaken zijn bovendien van betrekkelijk recente datum zodat de verdere afloop van die zaken nog niet steeds bepaald is en de invloed op andere zaken ook nog niet (altijd) merkbaar of meetbaar is. Een daadwerkelijke generalisatie van de bevindingen was derhalve, zoals al was voorzien, lastig en is derhalve ook niet nagestreefd. Daarom ligt het accent hierna, naast de wijze van toepassing van de regeling in hoofdstuk 3, op de interviews (hoofdstuk 4), waarin betrokkenen konden worden gevraagd naar hun meningen en bevindingen ten aanzien van het (kunnen) behalen van de doelen van de Wet prejudiciële vragen.

Mede in verband met het voorgaande is nog gebleken, conform de verwachting vooraf overigens, dat niet alle genoemde onderzoeksvragen helemaal of zelfs maar gedeeltelijk beantwoord konden worden. Dat heeft ten eerste van doen met een gebrek aan (achterhaalbare) feitelijke gegevens.[44] Zo is het antwoord op de vraag in hoeverre de uitkomsten van de gevoerde prejudiciële procedures van belang zijn geweest voor één of meer andere zaken, lastig in concreto te bepalen, omdat het niet mogelijk is een overzicht te krijgen van welke zaken wellicht wel aangebracht zouden zijn als de prejudiciële vraag niet beantwoord zou zijn zoals die beantwoord is.[45] Hier kon niet meer gedaan worden dan enkele inschattingen presenteren aan de hand van de bevindingen van de betrokken professionals.

Ten tweede is de vraag of een antwoord op een prejudiciële vraag heeft en/of zal gaan bijdragen aan de rechtsvorming, rechtseenheid en/of de rechtszekerheid, en zo ja, hoeveel dan, erg lastig te beantwoorden. Er is immers geen (uniforme) maatstaf voorhanden voor de bepaling en afbakening van wat een 'bijdrage aan de rechtsvorming' is, en het is ook afhankelijk van toekomstige ontwikkelingen of die bijdrage er uiteindelijk wel of niet gaat zijn, en in welke mate dan.[46] Niettemin kan wel worden getracht, door percepties, ervaringen en verwachtingen te peilen, zoals wij gedaan hebben, om enig zicht op deze kwestie te verkrijgen. Daarom is aan de geïnterviewden gevraagd naar hun perceptie over de mate waarin de prejudiciële procedure heeft bijdragen/bijdraagt aan rechtsvorming, rechtszekerheid en/of rechtseenheid.

Ook de vraag welke factoren in welke mate in een concreet geval bij de rechterlijke macht een rol spelen om wel of geen vraag te stellen, is complex. Bij deze vraag kan echter deels worden teruggevallen op eerdere onderzoeksresultaten[47] en dat is van groot belang, want om een daadwerkelijk antwoord op deze vraag te verkrijgen zou immers ook nog gesproken moeten worden met feitenrechters die, liefst na dat expliciet te hebben overwogen, besloten hebben om géén prejudiciële vraag te stellen. Maar er valt niet altijd eenvoudig te ontdekken, althans niet volledig, welke rechters dat zijn geweest omdat die afweging niet altijd terugkomt in het (gepubliceerde) vonnis.[48]

Verder dient nog te worden opgemerkt dat de input van met name de betrokken advocaten af zou kunnen hangen van hun beleving van de onderliggende procedure. Is hun cliënt in de onderliggende procedure in het gelijk gesteld, en komt dat wellicht mede van het antwoord op een prejudiciële vraag, dan zullen zij mogelijk positiever oordelen over de prejudiciële procedure dan de advocaat van een cliënt die veel 'hinder' heeft ondervonden van de (voor hem dan negatieve) wijze waarop een antwoord op een prejudiciële vraag is geformuleerd.[49] Deze context van 'winnaar of verliezer' in de onderliggende procedure is niet meegewogen bij het selecteren van de advocaten die geïnterviewd zouden worden.[50] Wel is er, zoals gezegd in paragraaf 1.6.3, gepoogd om steeds beide advocaten die bij een specifieke zaak betrokken waren, te interviewen, zodat er steeds met een winnaar én een verliezer zou kunnen worden gesproken.

---

44 Zie nader paragraaf 4.10.3.

45 Zo erkennen de geïnterviewden zelf overigens ook.

46 Zie ook paragraaf 4.9.2.

47 We doelen op de indicatieve resultaten in Van Kampen & Giesen 2013, p. 8 e.v. Zie ook nog paragraaf 4.4.3.

48 Er zijn wel voorbeelden waarin het wel gebeurd, zie Rb. Den Haag 4 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2443, in r.o. 4.8. Nadien is deze rechtsvraag overigens alsnog voorgelegd aan de Hoge Raad, en wel door Rechtbank Noord-Holland bij vonnis van 29 juni 2015. Inmiddels is deze vraag ook al beantwoord in HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162 (*bereik aansprakelijkheid voor dieren*).

49 Zie ook paragraaf 4.8.2 hierna.

50 Voor zover al te bepalen zou zijn wie dan als winnaar of verliezer telt.

Voor het onderzoek naar de mogelijke invoering van een regeling van prejudiciële vragen in strafzaken geldt dat het hier alleen kan gaan om het inventariseren en het bespreken van in de literatuur en parlementaire stukken genoemde (verwachte) voor- en nadelen van een daar (nog) niet bestaande prejudiciële procedure, zodat het meer om algemene aspecten van een dergelijke procedure zal gaan. We kunnen in het bestek van dit onderzoek niet het gehele Wetboek van Strafvordering testen op eventuele compabiliteit met een prejudiciële vragen-regeling.

Voorts is het onderzoek naar een mogelijke invoering van een prejudiciële procedure in het strafrecht beperkt tot het strafproces zoals dat in eerste aanleg bij de rechtbank, de politierechter en de kantonrechter wordt gevoerd, en in hoger beroep bij het gerechtshof. Bijzondere procedures en raadkamerprocedures zijn niet in het onderzoek betrokken. Voor deze bijzondere procedures geldt dat zij eigen doelstellingen en functies hebben, vaak met een eigen procesrecht, die het stellen van een prejudiciële vraag uitsluiten of belemmeren. Voor zover daar geen sprake van is, betreft het procedures waarin naar verwachting rechtsvragen die zich lenen voor een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad veel minder aan de orde zijn. Om het een en ander te illustreren enkele voorbeelden. Zo kan in de strafzaken waarin de Hoge Raad in eerste aanleg kennis van neemt (zie art. 483 e.v. Sv) geen sprake zijn van een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad. In de procedures inzake TBS en plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis (zie art. 509f e.v. Sv) zullen zich uit de aard der zaak minder rechtsvragen voordoen. En in raadkamerprocedures voor bijvoorbeeld voorlopige hechtenis staat snelheid van de procedure die zich richt op een heel afgebakende vraag (wel/niet voortduren van voorlopige hechtenis) voorop en dat wringt met de vertraging die een prejudiciële procedure nu eenmaal met zich zal brengen. Bij bepaalde bijzondere procedures is evenwel een prejudiciële procedure denkbaar, zoals bij de art. 12 Sv procedure en de beklagprocedure van art. 552a e.v. Sv. Ook moet worden bedacht dat een wezenlijk deel van alle strafzaken langs buitengerechtelijke weg wordt afgedaan, zoals via de strafbeschikking. De daarbij gebruikte procedures zijn buiten beschouwing gebleven vanwege hun eigen doelstellingen, kenmerken en procesregels.

Tot slot: het aantal beantwoorde prejudiciële vragen is, zoals hiervoor nader toegelicht, nog te laag om tot een volwaardige empirische evaluatie en dus tot 'harde' uitspraken te kunnen komen. Dat zullen wij dan ook niet pretenderen. Wij beperken ons tot de in paragraaf 1.6.1 genoemde procesevaluatie (de analyse van de wijze van gebruik van de regeling), alsmede tot het aanreiken van enige (anekdotische) bevindingen over de perceptie en verwachtingen gebaseerd op hun ervaringen, van de professionals die betrokken zijn bij de regeling. Wat wij vervolgens kunnen bieden op grond van de zo verkregen gegevens, is een beschrijving van de huidige werking van (elementen van) de regeling ten aanzien van de doelbereiking ervan, alsmede van de mogelijkheid tot inpassing van zo'n soort regeling in het strafrecht, door middel van een ex-ante analyse.

1.8 Leeswijzer

De opbouw van dit rapport volgt de lijnen zoals hiervoor in paragraaf 1.5 uiteengezet bij de bespreking van de diverse deelthema's. Derhalve zal over de civielrechtelijke regeling en de rechtspraakanalyse worden gerapporteerd in hoofdstuk 2 en 3, gevolgd door het empirisch georiënteerde onderzoek naar de privaatrechtelijke regeling in hoofdstuk 4, waarna dit deel van het onderzoek door middel van conclusies ten aanzien van het privaatrecht wordt afgerond in hoofdstuk 5. Diezelfde indeling volgen we voor het strafrecht in hoofdstuk 6 (kort gezegd de strafrechtelijke literatuurstudie), hoofdstuk 7 (het kwalitatief empirisch onderzoek voor het strafrecht) en hoofdstuk 8 (de conclusies voor het strafrecht). Daarna kan een kort samenvattend en concluderend hoofdstuk 9 volstaan om dit rapport af te sluiten en de kernvragen te beantwoorden.

2. De huidige wettelijke regeling op hoofdlijnen

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk bespreken we de historische context van de wettelijke regeling inzake prejudiciële vragen, alsmede de hoofdlijnen van de bestaande wettelijke regeling. Daarbij komt ook aan de orde hoe er in de juridische literatuur is gereageerd op de (introductie van de) regeling.

2.2 De historische context van de Wet prejudiciële vragen[1]

Het idee van een prejudiciële vraagprocedure is als zodanig niet nieuw. In Frankrijk kent men sinds 1991 de zogenoemde *saisine pour avis*;[2] Belgische rechters kunnen vragen stellen aan het Grondwettelijk Hof[3] en in mededingingszaken aan het Hof van Cassatie,[4] en het Unierecht heeft de overbekende prejudiciële procedure bij het Hof van Justitie van de Europese Unie.[5] Minder bekend is de prejudiciële procedure bij het Benelux-gerechtshof voor vragen over het Beneluxrecht.[6] Ook voorziet het zestiende protocol bij het EVRM in de mogelijkheid voor hoogste rechters van de verdragsluitende staten om het EHRM te verzoeken om een niet-bindende *advisory opinion*.[7] Dit protocol treedt (echter pas) in werking zodra het door tien landen is geratificeerd.

De eerste serieuze poging om de invoering van een prejudiciële procedure in civiele zaken in Nederland op de agenda te plaatsen, kwam van Asser, Groen & Vranken, het driemanschap dat de herbezinning op het burgerlijke procesrecht gestalte gaf.[8] Blijkens het eindrapport zag de Hoge Raad toen nog een aantal beren op de weg.[9] De binding aan eerdere antwoorden zou problematisch zijn, zeker als de feiten in een zaak die alsnog via cassatie aan de Raad wordt voorgelegd, anders blijken te liggen. Ook zou het stellen van vragen tot onaanvaardbare vertraging leiden en herbergde de invoering van het instrument het risico van overbelasting van de Hoge Raad in zich.[10] Het driemanschap hield vast aan zijn voorstel maar stelde voor om de invoering te beperken tot de hoven.

---

1 In dit rapport wordt gebruik gemaakt van en voortgebouwd op eerder onderzoek van de betrokken onderzoekers over deze regeling, zie met name Van Kampen & Giesen 2013; Giesen 2011a; Giesen 2011b; Giesen & Overheul 2015; Kristen 2011. Over de Romeinsrechtelijke wortels van het concept, en het Europeesrechtelijke hedendaagse equivalent, zie recent Daalder & De Graaff 2015, p. 324 e.v.

2 Art. L441-1 e.v. van de Franse Code de l'organisation judicaire. De opzet van de Franse prejudiciële procedure is overigens beperkter dan de Nederlandse. De *saisine pour avis* ziet uitsluitend op rechtsvragen over net verschenen regelgeving. Zie uitgebreider Tjittes & Meijer 2009, p. 164 e.v.

3 Art. 26 e.v. van Bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof.

4 Artt. 72-74 Wet tot bescherming van de economische mededinging.

5 De historische wortels reiken verder. Zie nader Daalder & De Graaff 2015, p. 324 e.v. In het advies van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (p. 3) over het wetsvoorstel wordt in herinnering gebracht dat in het oud-vaderlandse recht de schepenen van lokale rechtbanken rechtsvragen konden voorleggen ('te hoofde te gaan') aan de rechter in de hoofdplaats van het rechtsgebied.

6 Art. 6 en 7 van het Verdrag van 31 maart 1965 betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof, *Trb.* 1965, 71.

7 *Trb* 2013, 32. Zie nader paragraaf 6.4.7, alsmede De Groot 2016, p. 10-11. Zij verwacht dat de Hoge Raad dit instrument te zijner tijd zal gaan benutten om met het EHRM in dialoog te treden.

8 Asser, Groen & Vranken 2003 en Asser, Groen & Vranken 2006, p. 167-168. Eerder werd het idee van een prejudiciële procedure geopperd door onder meer Von Schmidt auf Altenstadt 1989, p. 72 en noot 75.

9 De Hoge Raad had reeds twee keer eerder – in 1991 en 1997 – negatief geadviseerd volgens Vermeulen 2012.

10 Asser, Groen & Vranken 2006, p. 155-156.

In februari 2008 verscheen het rapport van de Commissie normstellende rol Hoge Raad[11] (ook wel: commissie-Hammerstein). Het doel van de commissie-Hammerstein was te onderzoeken of het huidige Nederlandse cassatiestelsel nog goed functioneert en om oplossingen te adviseren. De noodzaak daartoe lag hierin dat de Hoge Raad onvoldoende aan zijn rechtsvormende taak zou toekomen, vooral door de groeiende werklast. Na een analyse van de knelpunten bij het uitoefenen van deze rechtsvormende taak (verwerking van toenemende instroom; een flink aantal zaken hoort niet bij de Hoge Raad thuis; sommige zaken verlangen spoedige afdoening, andere juist niet; voor de civiele kamer is verdere specialisatie geen optie; zaken die rechtsvorming behoeven, blijken de Hoge Raad niet te bereiken; soms ontbreekt noodzakelijke informatie voor een betekenisvolle beslissing[12]), deed de commissie de aanbeveling om een selectiemethode te introduceren om zaken die ongeschikt zijn voor cassatie (zaken waarin geen vragen betreffende de rechtseenheid of rechtsvorming aan de orde zijn) niet-ontvankelijk te kunnen verklaren. Selectie vooraf dus, door een selectiekamer, en niet meer enkel achteraf via art. 81 RO.[13] Om de meer belangrijke zaken ook daadwerkelijk te kunnen beslissen, wilde men verder het instituut van de cassatie in het belang der wet meer gaan benutten[14] (en meteen ook belanghebbenden gelegenheid bieden om daarbij informatie en commentaar te leveren).

Tot slot werd ook de mogelijkheid van prejudiciële vragen van lagere rechters aan de Hoge Raad genoemd, op dat moment – in 2008 dus – nog als een optie die nader onderzoek zou vergen.[15] De commissie-Hammerstein verwoordde dit als volgt:

> 'In de probleemanalyse betreffende de civiele sector komt naar voren dat een aantal rechtsvragen de Hoge Raad niet of niet tijdig bereikt. Dit staat in de weg aan een optimale vervulling van zijn rechtsvormende taak. Daardoor kan de civiele kamer in sommige opzichten buitenspel staan, hetgeen de rechtseenheid en rechtszekerheid niet ten goede komt. Een van de mogelijke remedies die in dit verband zijn voorgesteld, is het openen van de mogelijkheid voor de feiten- rechter aan de Hoge Raad een rechtsvraag voor te leggen in de vorm van een prejudiciële vraag.'[16]

Met het oog op het nu in gang gezette wetgevingsproces en de hier te onderzoeken gedachte om de prejudiciële procedure uit te breiden naar het belastingrecht en het strafrecht, is het overigens opmerkelijk dat de commissie vervolgens ook nog het navolgende noteerde: 'In hoofdstuk 3 komt naar voren dat eigenlijk alleen in de civiele sector behoefte lijkt te bestaan aan instrumenten om bepaalde zaken beter bij de Hoge Raad te kunnen krijgen.'[17] We komen daarop terug (in paragraaf 6.1).

Het rapport heeft de nodige pennen in beweging gebracht en tot diverse congressen en seminars geleid.[18] De algemene lijn daaruit, vanuit de civielrechtelijke hoek, is dat men

---

[11] Commissie normstellende rol Hoge Raad, Versterking van de cassatierechtspraak, Den Haag: 2008, aangeboden aan de Tweede kamer via *Kamerstukken II* 2007/08, 29 279, nr.69 (verder: Rapport Hammerstein 2008).

[12] Rapport Hammerstein 2008, p. 26.

[13] Zie ook Asser 2011 en Keirse 2011.

[14] Zo ook Giesen 2007a, p. 735 e.v. Kort daarop werd er ook een oproep gedaan om zaken voor te dragen aan de commissie die de cassatie in het belang der wet onder zijn hoede heeft genomen, zie de aankondiging in *NJB* 2009/1003, p. 1314. Dat is nog steeds een mogelijkheid, zie ook het vijfde verslag van de Commissie cassatie in het belang der wet, https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Hoge-Raad-der-Nederlanden/Over-de-Hoge-Raad/Bijzondere-taken-HR-en-PG/Verslagen/Vijfde%20verslag.pdf, laatst geraadpleegd op 31 maart 2016. Zie ook Hartlief 2011 en Van der Wiel 2011.

[15] Rapport Hammerstein 2008 Zie p. 50-53, 56-58. Zie ook Frenk 2011, p. 116.

[16] Rapport Hammerstein 2008, p. 50.

[17] Rapport Hammerstein 2008, p. 52.

[18] Vgl. het naar aanleiding van een Rotterdams symposium verschenen boek door N.J.H. Huls: Huls e.a. 2009.

kritisch maar vanuit een welwillende grondhouding mee wilde denken of, iets neutraler, de zaak nog even aan wilde zien.[19] Andere onderzoekers waren meteen al enthousiaster en spraken over een uitstekend initiatief dat ze graag ondersteunen; het past in een lijn die nodig ingezet moest worden.[20] Vanuit de Hoge Raad zelf is benadrukt dat de noodzaak tot hervorming algemeen gedeeld wordt.[21]

Ten aanzien van de al genoemde, hierna centraal staande mogelijkheid om prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen, heeft de minister indertijd verder niet geaarzeld en dus geen nader onderzoek gelast, zoals geadviseerd, maar meteen een wetsvoorstel gemaakt en dat ook geïntroduceerd per 1 juli 2012. Dat voorstel en vooral ook het daaraan voorafgaande conceptwetsvoorstel is deskundig en uitvoerig besproken in de vakpers.[22] Het conceptvoorstel en de reacties daarop zullen wij in deze evaluatie daarom niet uitgebreid bespreken. In de volgende paragraaf over de huidige regeling zal wel kort worden ingegaan op een aantal punten waarop is afgeweken van het conceptvoorstel.

2.3 Hoofdpunten uit de wettelijke regeling

2.3.1 Aanleiding en belang

De wet 'Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad' voorziet aldus sinds 1 juli 2012 in de mogelijkheid voor lagere rechters, zowel rechtbanken als gerechtshoven, om in civiele zaken belangrijke rechtsvragen aan de Hoge Raad voor te leggen alvorens zelf in de betreffende zaak een uitspraak te doen (zie art. 392 Rv).

De aanleiding daarvoor was de constatering in het al genoemde rapport van de commissie-Hammerstein,[23] dat het nodig was om te voorkomen zaken die rechtsvragen behelzen welke vanuit maatschappelijk oogpunt snel een antwoord behoeven, niet (voldoende) tijdig de Hoge Raad bereiken. Het probleem van 'hiaten' in het zaakaanbod van de Hoge Raad,[24] waarbij de Dexia-affaire steeds als het meest sprekende voorbeeld van stal werd gehaald,[25] ontstaat bijvoorbeeld doordat partijen niet de tijd hebben om te (kunnen) wachten op een uitspraak van de Hoge Raad na een al afgeronde procedure in eerste aanleg en hoger beroep, of doordat de financiële middelen ontbreken om (ook nog) in cassatie te gaan.

Het belang van de prejudiciële procedure, daaraan gelieerd, is dan ook dat de belangrijke juridische (en maatschappelijke) kwesties wél tijdig bij de Hoge Raad (kunnen) komen, en het liefst zo vroeg mogelijk en wel zo dat de feitenrechter meteen het oordeel van de Hoge Raad mee kan nemen bij diens beslissing over de zaak. Dat bevordert de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid, en overigens ook de rechtszekerheid. Partijen weten sneller waar zij aan toe zijn.

---

19 Zie Barendrecht 2008, p. 1332 e.v.; Groen 2008, p. 340 e.v.; Hartlief 2008, p. 869, en idem 2009, p. 1073; Vranken 2009, 1082 e.v. Vgl. verder nog het interview met de toenmalige president van de Hoge Raad, mr. G. Corstens, Lindo 2009, p. 1074 e.v.

20 Zie bijv. Van Boom 2010, p. 166: de Hoge Raad moet het eerste, niet het laatste woord hebben, en van voordien al Giesen & Coenraad 2008, p. 997, en Giesen 2008, p. 111.

21 Zie de lezing voor de NVvP op 5 juni 2009, Corstens 2009b, p. 14.

22 Zie m.n. Lindijer 2009, p. 297 e.v.; Frenk & Wolffram-Van Doorn 2009, p. 154 e.v.; Tjittes & Meijer 2009, p. 164 e.v. Zie nader de literatuurlijst in hoofdstuk 10.

23 Zie het Rapport Hammerstein 2008, p. 23-24.

24 Zie Lindijer 2009, p. 297.

25 Zie bijv. de discussie tussen I. Giesen en W.J.M. Davids: Giesen 2007b en Davids 2007.

2.3.2 In welke zaken? Massavorderingen of ruimer?

De optie van een – in elk geval ruimhartige(r) – mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen was al vanuit het Ministerie van Justitie geopperd.[26] Binnen het ministerie werd in eerste instantie nog gedacht dat er geëxperimenteerd zou moeten worden met het stellen van prejudiciële vragen in het kader van (alleen) massavorderingen[27] (doch niet die zaken welke via de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM)[28] tot een algemeen verbindende schikking zouden leiden). Omdat het in dergelijke gevallen steeds om massale aantallen claims gaat, lag het op zichzelf voor de hand om juist daar te gaan experimenteren; een prejudicieel antwoord zou dan immers in één klap vele (duizenden) justitiabelen rechtszekerheid verschaffen, waardoor zij onder meer beter hun proceshouding zouden kunnen bepalen.

Het grote probleem met deze op het eerste gezicht fraaie, hoewel slechts experimentele oplossing om de rechtsvorming in Nederland vooruit te helpen, was echter dat – paradoxaal genoeg – massaschadezaken, hoe omvangrijk deze op zichzelf ook zullen zijn, zich te weinig aandienen om voldoende 'oefenstof' te bieden voor het stellen van, werken met, beantwoorden van en vooral ook wennen aan prejudiciële vragen.[29] Daar komt nog bij dat zelfs als er zich al een massaschadezaak aandient, daar ook nog wel een 'prejudiciële kwestie' aan moet kleven die zich ervoor leent om alvast aan de Hoge Raad voor te leggen. Dat zal niet steeds het geval zijn.

Gegeven dit alles heeft de wetgever er alsnog voor gekozen om niet langer van een experiment uit te gaan, doch in plaats daarvan gewoon met het concept van de prejudiciële vragen aan de slag te gaan door de introductie van de mogelijkheid van het stellen van prejudiciële vragen door de feitenrechter in brede zin, en dus niet louter voor massavorderingen.[30] De belangrijkste voorwaarde voor het stellen van een prejudiciële vraag is dat de rechtsvraag in kwestie er één is waarvan het antwoord van belang is voor – kort gezegd – talrijke andere feitelijk vergelijkbare zaken[31] (waaronder de oorspronkelijk bedoelde massaschadezaken ook vallen).[32]

Wat dit criterium precies behelst, is zo kort na de inwerkingtreding van de wet nog steeds niet helemaal duidelijk. Echte problemen naar aanleiding van eventuele onduidelijkheid over het criterium zijn er overigens ook nog niet gerezen in de zaken die zich hebben aangediend, zie paragraaf 3.3.4.1 hierna. Verder kan de Hoge Raad, zoals blijkt uit art. 393

---

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

[27] Zie het interview met Corstens (Lindo 2009, p. 1075), en diens eerder genoemde lezing voor de NVvP: Corstens 2009b, p. 21-22.

[28] Zie de memorie van toelichting van het conceptwetsvoorstel, op p. 8, zoals dat werd gepubliceerd op www.justitie.nl.

[29] Zo ook Tjittes & Meijer 2009, p. 174. Ter vergelijking: er zijn in de eerste vijf jaren van het bestaan van de WCAM, in totaal vijf zaken aangebracht teneinde algemeen verbindend te worden verklaard door het Hof Amsterdam, vgl. Croiset van Uchelen 2008, p. 799. Als er echt zoveel grote massaschadezaken zouden bestaan, zou dit aantal ongetwijfeld hoger gelegen hebben. Corstens leek dit alles vroegtijdig te onderkennen waar hij in zijn eerdergenoemde lezing voor de NVvP stelt: 'Hopelijk levert dit experiment voldoende materiaal op.' Zie Corstens 2009b, p. 22. Zie ook het NVVR advies over het conceptwetsvoorstel, via www.nvvr.org, op p. 5 en 9 (hoewel men twijfelt op dit punt, vgl. ook p. 4).

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

[31] Zo luidde althans de formulering volgens het conceptwetsvoorstel Versterking cassatierechtspraak (p. 14) dat eind mei 2010 openbaar werd en in september 2010 naar de Raad van State werd gestuurd. Zie over dat voorstel de aankondigingen in *NJB* 2010, p. 1510-1511 en *NJB* 2010, p. 2062-2063; Bruning 2010, p. 1593 e.v., en Bruin 2010, p. 348 e.v.

[32] Zie o.a. de aankondiging in *NJB* 2010, p. 1094.

lid 8 (nieuw) Rv, afzien van beantwoording als hij oordeelt dat de vraag zich niet voor beantwoording leent of de vraag van onvoldoende gewicht is om beantwoording te rechtvaardigen. Uiteindelijk bepaalt de Raad dus zelf of een vraag beoordeeld en beantwoord wordt.

Wat voor deze verruimde, brede insteek pleit, is dat de Hoge Raad zodoende een groot en breed palet aan mogelijke rechtsvragen én mogelijke vragenstellers (lees: alle rechtbanken en gerechtshoven) ter beschikking krijgt. Het 'experimenteren' met een regeling voor prejudiciële vragen zoals dat in eerste instantie beoogd werd, geschiedt dan derhalve in ruimer verband, met meer mogelijke zaken. Datzelfde werd bereikt door af te stappen van het oorspronkelijke idee dat unus-rechters niet mee zouden mogen doen;[33] juist daar vandaan (o.a. kantonzaken) zouden vragen kunnen komen, omdat cassatie dan niet steeds (volledig) mogelijk is.

De wetgever heeft dus gekozen voor introductie van de mogelijkheid van het stellen van prejudiciële vragen door de feitenrechter in brede zin, en niet enkel, zoals in eerste instantie bedacht was, voor gevallen van massavorderingen. De belangrijkste voorwaarde voor het stellen van een prejudiciële vraag is daarmee nu geworden dat de rechtsvraag in kwestie er één is waarvan het antwoord rechtstreeks van belang is voor – kort gezegd – talrijke andere feitelijk vergelijkbare zaken zoals uitgewerkt in de twee criteria van art. 392 lid 1 onder a en b Rv: (a) massaschadeclaims (een veelheid aan vorderingsrechten die uit soortgelijke feiten of samenhangende oorzaken voortkomen) en (b) talrijke andere uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen.

De wettelijke regeling en de ruime mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen betekent weliswaar dat er, in potentie in elk geval, meer werk op de Hoge Raad zou kunnen afkomen, zeker in vergelijking met de oorspronkelijk bedachte optie om alleen met massavorderingen te experimenteren. Als men echter serieus werk wil maken van het eerder op het hoogste niveau kunnen beslissen over maatschappelijke relevante, veel voorkomende juridische problemen, dan kan dat alleen maar kan gebeuren door het bereik en de omvang van de regeling groot genoeg te maken, zoals dat uiteindelijk geschied is. Bovendien hebben alle betrokkenen, de Hoge Raad voorop, dan ook meteen een prikkel om ook de overige door de commissie-Hammerstein geopperde en vervolgens doorgevoerde maatregelen – maatregelen die mede bedoeld zijn om de werklast terug te dringen zodat de focus echt (meer) op de rechtsvormende taak kan komen te liggen[34] – met de nodige voortvarendheid in te voeren[35] en ook getrouw uit te voeren. Dat het aantal malen dat inmiddels gebruik wordt gemaakt van art. 80a RO redelijk groot is te noemen, is daar een (gunstig) teken van.[36]

2.3.3 Andere wettelijke uitgangspunten

Vermeldenswaard uit de op zichzelf helder, beknopt en vrij eenvoudig opgezette wettelijke regeling is verder nog, mede in het licht van onze punten van evaluatie, het volgende:[37]

---

[33] Zie daarover paragraaf 3.3.3.3 en *Kamerstukken II* 2011/12, 32 612, nr.8.

[34] Corstens 2009b, p. 15, heeft dat benadrukt. Vgl. ook *Kamerstukken II* 2007/08, 29 279, nr.78, p. 14.

[35] Terwijl daardoor tevens de werklast bij de rest van de rechterlijke macht zal (kunnen) verminderen, zie *Kamerstukken II* 2007/08, 29 279, nr.78, p. 15.

[36] 'Het percentage zaken dat in 2014 met toepassing van art. 80a is afgedaan, is een kleine 10% van de civiele zaken, ongeveer 40% van de strafzaken en ongeveer 16% van de belastingzaken.' Zie Jaarverslag Hoge Raad 2014, p. 5.

[37] Zie eveneens Asser/Korthals Altes & Groen 2015/339.

- ✓ De prejudiciële procedure vangt – vanzelfsprekend – aan met het stellen van een vraag door een civiele rechter, in enkelvoudige of meervoudige samenstelling.[38] De procedure bij die rechter kan zowel bij dagvaarding als bij verzoekschrift zijn ingeleid.
- ✓ De te stellen vraag dient blijkens art. 392 lid 1 Rv in de eerste plaats een rechtsvraag te zijn. Zuiver feitelijke vragen kunnen uiteraard niet aan de Hoge Raad worden voorgelegd, ook niet in de prejudiciële procedure.[39] Gemengde vragen, vragen met een deels juridisch en deels feitelijk karakter, kunnen wel aan de Hoge Raad gesteld worden.
- ✓ Het antwoord op de gestelde vraag dient nodig te zijn om op de eis of het verzoek te kunnen beslissen (art. 392 lid 1 aanhef Rv).
- ✓ De partijen kunnen verzoeken aan de rechter om een prejudiciële vraag te stellen, maar deze kan dat ook ambtshalve doen, zie art. 392 lid 1 aanhef Rv. De rechter zal dan wel partijen moeten horen over dat voornemen en over de inhoud van de vraag (art. 392 lid 2 Rv).
- ✓ De beslissing waarbij de vraag wordt gesteld, bevat onder andere de vastgestelde feiten en de partijstandpunten, alsmede een uiteenzetting waarin wordt aangegeven dat voldaan wordt aan criterium a of b uit lid 1, aldus art. 392 lid 3 Rv. De uitspraak waarmee de rechter beslist vragen te stellen is een tussenvonnis.[40]
- ✓ Tegen deze beslissing staat geen voorziening open (art. 392 lid 3 Rv).[41]
- ✓ Besluit de rechter om vragen te stellen dan dient de griffier een afschrift van de tussenuitspraak waarin de vragen zijn neergelegd onverwijld te versturen naar de Hoge Raad. De griffier zendt ook afschriften van andere op de procedure betrekking hebben stukken op diens verzoek aan de griffier van de Hoge Raad (392 lid 4 Rv).[42]
- ✓ De oorspronkelijke beslissing wordt aangehouden (art. 392 lid 5 Rv). Dat betekent niet dat de procedure wordt geschorst. De behandeling van andere onderdelen van het geschil zou dus gewoon doorgang kunnen vinden.[43]
- ✓ De rechter kan andere lopende procedures waarvoor het antwoord van belang is, ook aanhouden, na instemming daarmee door de partijen (lid 6). Tegen de beslissing om al dan niet aan te houden, staat geen hogere voorziening open (art. 392 lid 6 Rv).
- ✓ Partijen, maar ook derden, kunnen en mogen de Hoge Raad voorzien van informatie ('schriftelijke opmerkingen') inzake de rechtsvraag die voorligt, zie art. 393 lid 1 en 2 Rv; daartoe is wel een cassatieadvocaat nodig (lid 3).
- ✓ De Hoge Raad kan eventueel een mondelinge of schriftelijke toelichting verlangen (art. 393 lid 4 Rv).

---

[38] Blijkens de laatste zin van art. 392 lid 1 Rv komt de bevoegdheid tot het stellen van vragen niet toe aan de rechter die moet toetsen of hij een op grond van de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM) verbindend kan verklaren (art 7:907 lid 1 BW). Door het stellen van een vraag zou de WCAM-rechter, het Hof Amsterdam, de inhoud van de overeenkomst openbreken en dat is juist niet de bedoeling. Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32612, nr.3, p. 6-7.

[39] De Hoge Raad treedt alleen als feitenrechter op als hij zijn eigen (internationale) bevoegdheid moet toetsen of als hij na verwijzing de zaak niet verwijst maar zelf afdoet en het feitelijke punten betreft die van ondergeschikte aard zijn (art. 421 Rv).

[40] *Kamerstukken II* 2010/11, 32612, nr.6, p. 14.

[41] Tegen de weigering om een vraag te stellen naar aanleiding van een verzoek van (één der) partijen staat blijkens de toelichting wel beroep open, zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, nr.3, p. 15 De toegevoegde waarde hiervan is echter, zoals zowel Korthals Altes & Groen als Teuben opmerken, beperkt omdat hiermee in beginsel moet worden gewacht tot de einduitspraak. Zie Asser/Korthals Altes & Groen 2015/339; Teuben 2014, aant. 6.3 Tenzij partijen verlof krijgen voor het tussentijds instellen van hoger beroep, ligt er dan dus al een einduitspraak. Het heeft dan meer zin om beroep in te stellen tegen de einduitspraak als zodanig dan tegen alleen de weigering om vragen te stellen. In hoger beroep kunnen partijen een hernieuwd verzoek doen tot het stellen van vragen. Net als de rechter in eerste instantie zal de beroepsrechter een geheel zelfstandige afweging daarover maken.

[42] Naar ons vanuit de Hoge Raad is medegedeeld wordt hier door hem standaard om verzocht.

[43] Het vragen van een voorziening behoort dus bijv. ook tot de mogelijkheden. Nader: *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, nr.3, p. 15, en Asser/Korthals Altes & Groen 2015. In de fiscale prejudiciële vraagprocedure wordt de onderliggende procedure blijkens art. 27ga lid 5 AWR overigens wel geschorst.

- ✓ De PG neemt een conclusie nadat de termijn voor het maken van schriftelijke opmerkingen verstreken is, art. 393 lid 6 Rv.
- ✓ De Hoge Raad mag de vraag herformuleren, maar daarbij zal hij wel eerst de partijen moeten horen tenzij de herformulering van ondergeschikte betekenis is (art. 393 lid 7 Rv).
- ✓ De Hoge Raad mag, zoals blijkt uit art. 393 lid 8 Rv, afzien van beantwoording als hij oordeelt dat de vraag zich niet voor beantwoording leent of de vraag van onvoldoende gewicht is om beantwoording te rechtvaardigen.
- ✓ Hij kan er ook voor kiezen een vraag waarvan beantwoording niet meer nodig is om de procedure te beslissen, toch te beantwoorden (art. 393 lid 9 Rv). Uiteindelijk bepaalt de Raad dus zelf of een vraag behandeld wordt.
- ✓ De rechter die de vraag stelde, beslist de onderliggende procedure (welke aangehouden werd, zie art. 392 lid 5 Rv) met inachtneming van de uitspraak van de Hoge Raad, nadat partijen zich daarover hebben mogen uitlaten (art. 394 lid 1 Rv).
- ✓ De door de Hoge Raad begrote kosten van de wederpartij (bij toepassing van art. 393 lid 3 en 4) kunnen worden opgenomen in de proceskostenveroordeling (art. 394 lid 2 Rv).

Dit zijn de hoofdlijnen van de uiteindelijk geïntroduceerde regeling, maar daaraan ging uiteraard wel nog een parlementair debat aan vooraf, hoewel dat betrekkelijk snel doorlopen werd.

2.4 De parlementaire behandeling en ontvangst van het Wetsvoorstel prejudiciële vragen

In de memorie van toelichting bij het wetsontwerp gaf de minister de volgende beweegreden – aansluitend bij hetgeen in paragraaf 1.2 reeds besproken werd – voor de invoering van een prejudiciële procedure in civiele zaken:

- ✓ Een tijdige beantwoording van rechtsvragen die anders niet of niet tijdig bij de Hoge Raad komen;
- ✓ Een spoedige beantwoording op een onzekere rechtsvraag kan bijdragen aan de schikkingsbereidheid van partijen en leidt bij een collectieve schikking in het kader van de WCAM er mogelijk toe dat minder mensen kiezen om daaraan niet deel te nemen;
- ✓ De prejudiciële procedure over een bepaalde rechtsvraag kan andere procedures waarin diezelfde vraag speelt, overbodig maken;
- ✓ Een spoedige beantwoording maakt het instellen van hoger beroep en cassatie overbodig zodat de prejudiciële procedure bijdraagt aan de versnelling van een procedure;
- ✓ De prejudiciële procedure kan een nuttig instrument zijn voor een optimale vervulling van de rechtsvormende taak van de civiele kamer van de Hoge Raad;
- ✓ Omdat de beantwoording een precedentwaarde zal hebben, leidt dit tot een versterking van de rechtseenheid en de rechtszekerheid.

Het conceptwetsvoorstel is met instemming begroet.[44] Het uiteindelijke wetsvoorstel is eveneens goed ontvangen.[45] Bezien we immers de reacties in de doctrine op de beoogde

[44] *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, nr.3, p. 2. De in de consultatie participerende organisaties waren naast de Hoge Raad zelf: de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR), de Raad voor de Rechtspraak, de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA), de Vereniging van civiele cassatieadvocaten (VCCA), de Stichting Afwikkeling Massaschade (SAM), de Nederlandse Associatie van Risk en Insurance Managers (NAFRIM), VNO-NCW en de advocatenkantoren Allen & Overy, BarentsKrans en Baker & McKenzie.

[45] Het is niet doenlijk om alle commentaren in de literatuur recht te doen; we volstaan hier dan ook graag met een algemene verwijzing naar de literatuurlijst en de civielrechtelijke literatuur genoemd in dit hoofdstuk en in hoofdstuk 3.

invoering van de regeling voor prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, dan rijst dus een beeld van geringe fundamentele weerstand tegen de regeling als zodanig, en dus een positief gestemde ontvangst in het algemeen. Voor zover er kritiek is geuit, zag die met name op de werking van bepaalde onderdelen van de regeling of (met name) op de materieelrechtelijke inhoud en beslissing in de betreffende zaak.[46] Het instrument als zodanig lijkt niet (meer) ter discussie te staan.[47]

Tijdens de totstandkoming van de Wet prejudiciële vragen kwam de felste kritiek van de Raad van State; deze gaf zelfs een negatief oordeel over het wetsvoorstel. Een eerste kritiekpunt was de voorlopige aard van de feitelijke grondslag die nu eenmaal inherent is een *pre*judiciële procedure. Aangezien rechtsoordelen vaak sterk zijn verweven met feitelijke waarderingen, bestaat er een risico dat een zaak die bij wijze van prejudiciële vraag wordt voorgelegd, 'te vroeg' bij de Hoge Raad komt.[48]

Meer fundamenteel was de kritiek dat invoering van de prejudiciële procedure de verhouding tussen de rechtsprekende en wetgevende machten op scherp zou zetten.[49] In een reguliere cassatieprocedure doet de Hoge Raad uitspraak in een concreet geval. In latere soortgelijke zaken kan de Hoge Raad zijn eerdere rechtspraak (her)overwegen in het licht van de specifieke omstandigheden van het eerdere geval. Deze stapsgewijze rechtsvorming ontbreekt in de prejudiciële procedure waar de Hoge Raad wordt gevraagd om een antwoord te geven dat voor een groot aantal zaken van belang is. Antwoorden in prejudiciële procedures dreigden volgens de Afdeling te ontaarden in pseudowetgeving.[50] De verhouding tussen wetgever en rechter vormde voor de Afdeling ook reden tot verzet tegen de uitbreiding tot rechtsvragen met een zaaksoverstijgend belang.[51] Met het stellen van een prejudiciële vraag, wordt de wetgever min of meer overgeslagen voordat deze zelf een oordeel heeft kunnen vormen over de desbetreffende kwestie.[52]

---

[46] Zie bijvoorbeeld Hermans 2015, p. 159-160 die vraagtekens plaats bij het belang van sommige aan de Hoge Raad voorgelegde vragen, en verder paragraaf 3.5.2 hierna.

[47] Dat is opvallend, gelet op de negatieve adviezen van de Hoge Raad zelf van meer dan tien jaar eerder, zoals Vermeulen 2012 ook constateert. Hij haalt het 'Dexia-debacle' aan als mogelijke reden voor deze ommezwaai.

[48] *Kamerstukken II* , 2010/11, 32 612, nr.4, p. 3. De Afdeling ging hierbij er van uit dat de Hoge Raad krachtens art. 419 derde lid Rv gebonden was aan de feitelijke vaststelling door de vraagstellende rechter net zoals hij aan deze vaststelling is gebonden in een reguliere cassatie (zie noot 2 van het advies). De Minister wierp tegen dat de Hoge Raad daar juist niet aan is gebonden. Dit werd ook reeds in de MvT betoogd (*Kamerstukken II,* 2010 - 2011, 32 612, nr.3, p. 7 – 10) In zijn eerste antwoord (HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4889, *NJ* 2013/123) heeft de Hoge Raad onder verwijzing naar de totstandkomingsgeschiedenis beslist dat hij niet gebonden is aan zijn antwoord als de feiten in cassatie anders blijken te liggen.

[49] *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, nr.4, p. 4.

[50] Het wijzen van dergelijke *arrêts de règlement* wordt overigens verboden door art. 12 Wet algemene bepalingen: 'Geen regter mag bij wege van algemeene verordening, dispositie of reglement, uitspraak doen in zaken welke aan zijne beslissing onderworpen.' Wanneer wordt gekeken naar bijvoorbeeld de *bewijsbeslag-zaa*k (HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958, *NJ* 2014/455) valt op zichzelf moeilijk te ontkennen dat die 'vrees' is bewaarheid. Daar staat wel tegenover dat de Hoge Raad in HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:736, *NJ* 2014/525 in het kader van een reguliere cassatie een soortgelijk regelend arrest wees over de toekenning van schadevergoeding voor overschrijdingen van de redelijke termijn in civiele zaken. Dat specifiek de prejudiciële procedure aanleiding zou geven tot door art. 12 Wet AB verboden *arrêts de règlement* wordt hierdoor dus gelogenstraft. Aanleiding voor beide arresten was niet zozeer de procedure als wel het stilzitten van de wetgever in beide dossiers. Voor de Hoge Raad was dat dan ook reden om in beide zaken zelf in de materie te voorzien. Zie Giesen 2014.

[51] Deze uitbreiding ontbeerde volgens de Raad überhaupt een dragende motivering en zou slechts zijn ingegeven om met de prejudiciële procedure te kunnen experimenteren.

[52] *Kamerstukken II* 2015/16, 34 305, nr.4, p. 8.

In dit verband is het interessant om erop te wijzen dat de Afdeling zich eveneens kritisch heeft opgesteld tegenover de recente indiening van het voorstel om de prejudiciële procedure in fiscale zaken in te voeren. In haar advies herhaalde de Afdeling deels de eerdere kritiek op de Wet prejudiciële vragen.[53] Ook uitte zij zich negatief over het voornemen van de staatssecretaris om deze 'majeure wijziging van het fiscale procesrecht' door te voeren zonder de verschijning van de evaluatie van de civielrechtelijke regeling af te wachten.[54] Het voorstel is niettemin ongewijzigd ingediend.

Deze kritiek op de voorgestelde Wet prejudiciële vragen in civiele zaken werd door de Minister verworpen. Dat de invoering van een prejudiciële procedure tot een dermate ingrijpende wijziging zou leiden in het takenpakket van de Hoge Raad en de verhouding tussen rechter en wetgever, zag hij niet in. Hij benadrukte daarbij dat het geven van brede antwoorden op rechtsvragen ook in reguliere cassatieprocedures allang ingang had gevonden en dat de bijval daarvoor sinds de voorstellen van de Commissie-Hammerstein alleen maar is toegenomen. Het enige verschil tussen een prejudiciële procedure en een reguliere cassatieprocedure is in dit opzicht dat in een prejudiciële procedures een richtinggevende uitspraak sneller kan worden gegeven.[55] Daarbij vermeldde de Minister dat 'de Hoge Raad [hem] in dit verband [heeft] laten weten van mening te zijn dat de prejudiciële procedure een noodzakelijk middel is om de hem opgedragen taken goed te kunnen vervullen en dat deze procedure geen afbreuk doet aan de 'reguliere taak' van de Hoge Raad.' Ook liet de minister weten dat de Hoge Raad zelf ook voorstander was van de prejudiciële procedure en de uitbreiding tot veelvoorkomende rechtsvragen.[56] Het wetsvoorstel werd vervolgens ongeschonden aangenomen door de Tweede Kamer en (als hamerstuk) door de Eerste Kamer.

Als we vervolgens nog kort de blik vestigen op het heden, mag de invoering van de prejudiciële procedure in belastingzaken niet buiten beeld blijven, ook al niet omdat in dat proces informatie boven tafel komt die van belang kan zijn voor deze evaluatie. De fiscale regeling vormt in belangrijke mate een kopie van haar civiele voorganger.[57] In hun brief aan de Staatssecretaris van Financiën over het voorstel om een prejudiciële procedure in belastingzaken in te voeren, maken de President van de Hoge Raad en de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad – respectievelijk M.W.C. Feteris en J.W. Fokkens – melding van de ervaringen die de civiele kamer inmiddels heeft opgedaan met de prejudiciële procedure. Volgens de briefschrijvers zijn die ervaringen 'zonder meer positief'.[58] Dat gegeven strookt overigens met de uitkomsten van de interviews, zoals moge blijken uit hoofdstuk 4.

2.5 Afronding

In dit hoofdstuk is de totstandkoming van de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad besproken. Belangrijk is dat daaruit het beeld rijst dat er slechts van geringe weerstand tegen de regeling als zodanig sprake is geweest, eigenlijk vooral bij de Raad van State, dat er dus gesproken kan worden over een positief gestemde ontvangst. Dat beeld vindt

---

53 De principiële kritiek op de verhouding tussen wetgever en rechter uit het eerdere advies is opmerkelijk genoeg achterwege gebleven.

54 *Kamerstukken II* 2015/16, 34 305, nr.4, p. 2-4.

55 *Kamerstukken II* 2015/16, 34 305, nr.4, p. 6.

56 *Kamerstukken II* 2015/16, 34 305, nr.4, p. 7 en 9.

57 Zie echter paragraaf 3.3.4.3 voor een belangrijk verschil. Het ontwerp voor een fiscale prejudiciële procedure kent vooralsnog niet het 'talrijkheidscriterium' als ingangseis.

58 Brief van 9 september 2015 onder 2. Te raadplegen op: www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/brieven/2015/09/03/advies-hoge-raad-over-concept-wetsvoorstel-overige-fiscale-maatregelen-2016/advies-hoge-raad-over-concept-wetsvoorstel-overige-fiscale-maatregelen-2016.pdf.

bevestiging in de (nogal gehaaste) overname van de civielrechtelijke regeling voor fiscale zake.

3. Analyse van (de jurisprudentie en literatuur over) de civielrechtelijke regeling

3.1 Inleiding

De beantwoording van (een deel van) de onderzoeksvragen bij de evaluatie van de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad (ook: Wpv), vergt in de eerste plaats een literatuurstudie. Meer specifiek is voor een beantwoording van deze vragen noodzakelijk dat de bestaande rechtspraak en de literatuur daarover worden geanalyseerd. Die analyse volgt in dit hoofdstuk. Nadat in paragraaf 3.2 het aantal zaken en vragen dat zich inmiddels aangediend heeft, besproken is, volgt in de omvangrijke paragraaf 3.3 een analyse van die rechtspraak. Grosso modo gebeurt dat langs een lidsgewijze bespreking van de artt. 392-393 Rv. In paragraaf 3.4 wordt vervolgens kort besproken wat er gebeurt nadat de Hoge Raad uitspraak heeft gedaan. In paragraaf 3.5 bespreken wij dan de bijdrage van de regeling aan de rechtsvorming en de rechtszekerheid en rechtseenheid, zodat in paragraaf 3.6 nader antwoord kan worden gegeven op de vraag of de gestelde en beoogde doelen bereikt zijn. Bovendien maken we een vergelijking met andere processuele instrumenten die tot versnelling en/of rechtsvorming leiden, zoals cassatie in het belang der wet, zie nader paragraaf 3.7. Paragraaf 3.8 rond dit hoofdstuk af.

Deels vooruitlopend op het meer empirische, op interviews gebaseerde hoofdstuk 4 zal ook in dit hoofdstuk al enig cijfermateriaal – gegenereerd op basis van de uitgevoerde rechtspraakanalyse – voor het voetlicht worden gebracht, te beginnen met enige cijfers over het aantal gestelde en beantwoorde vragen (bij de afronding van dit onderzoek).[1] In dit verband is het nog goed te melden dat de genoemde rechtspraak analyse verricht is door alle per 1 januari 2016 beantwoorde en gestelde vragen te analyseren op een 22-tal aspecten, zoals grondslag van de vraag, betrokkenheid van derden, etc. Vervolgens kan voor al die 22 aspecten worden geturfd en onderling worden vergeleken, hetgeen in het navolgende dan ook is gedaan en in de tekst is verwerkt.[2]

Zoals in hoofdstuk 1 is aangegeven is het (cijfermatige) onderzoek per 1 januari 2016 afgesloten. Het op die datum laatste beschikbare antwoord op een vraag van een feitenrechter is gepubliceerd op 19 december 2015.[3] De laatste vraag die wij in ons cijferonderzoek hebben meegenomen werd gesteld op 10 november 2015.[4] De twee nadien verschenen antwoorden[5] (en ook nog een vraag)[6] hebben wij dus niet meegenomen in de

---

1 Die analyse is daarmee te vergelijken met het schieten op een bewegend object. Het aantal vragen en antwoorden is gedurende het onderzoek aan verandering onderhevig. Uiteindelijk is besloten de definitieve analyse uit te voeren op basis van de stand van zaken per 31 december 2015. Dat gaf ons gelegenheid om een laatste update door te voeren voor afronding van de conclusies van het onderzoek.

2 Het document waarin per zaak al die aspecten zijn uitgewerkt, is raadpleegbaar via de auteurs.

3 HR 19 december, ECLI:NL:HR:2015:3636 (*verzet door curator*).

4 Een aantal vragen is niet op rechtspraak.nl gepubliceerd. Een reden voor deze praktijk is ons niet bekend. Helaas hebben wij deze vragen daarom niet uitgebreider kunnen analyseren. We zouden willen aanbevelen dat elke uitspraak die prejudiciële vragen bevat, gepubliceerd wordt, zie ook paragraaf 5.2.5. De gestelde vragen zijn wel te raadplegen, en wel via www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Hoge-Raad-der-Nederlanden/Over-de-Hoge-Raad/Bijzondere-taken-HR-en-PG/Paginas/Lopende-zaken.aspx, laatst geraadpleegd op 31 maart 2016.

5 Na 1 januari en voor 15 februari 2016, toen deze inhoudelijke analyse werd afgerond. Het gaat om HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162 (*bereik aansprakelijkheid voor dieren*) en HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236 (*telefoonabonnementen II*).

6 Rb. Midden-Nederland 10 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:669. De twee vragen die na 1 maart 2016 op de website van de Hoge Raad zijn gepubliceerd hebben wij niet kunnen meenemen in ons onderzoek. Dat heeft er deels mee te maken dat de tussenuitspraken waarin is besloten om vragen te stellen vooralsnog niet op rechtspraak.nl zijn gepubliceerd.

cijfermatige analyse. Wel hebben wij deze uiteraard gelezen en wij zullen daar dan ook soms naar verwijzen.

3.2 Aantal gestelde vragen en antwoorden

Ten tijde van de invoering van de wettelijke regeling was uiteraard onbekend hoeveel vragen er gesteld zouden gaan worden. Vrijwel niemand sprak zich daar ook over uit, waarschijnlijk onder het mom dat koffiedik kijken nu eenmaal geen al te verheven of zinvolle bezigheid is. Niettemin meende een enkele auteur een schatting te kunnen doen, gebaseerd op de cijfers inzake de vergelijkbare regeling in Frankrijk (gemiddeld dertien zaken per jaar). Giesen sprak zodoende de verwachting uit, vrij optimistisch, dat er gemiddeld zo'n tien vragen per jaar zouden worden gesteld.[7] De minister ging bij zijn inschatting uit van – spiegelbeeldig – tien antwoorden per jaar.[8]

Achteraf bezien blijkt die schatting bijna *spot on* te zijn geweest, tenminste als wij uitgaan van het aantal *gestelde* vragen (inclusief de per 1 januari 2016 onbeantwoorde vragen).[9] Per 1 januari 2016 zijn er immers 25 prejudiciële vragen beantwoord[10] en staan er nog zes vragen ter beantwoording open.[11] Dat maakt dat er in totaal 31 vragen zijn gesteld; inderdaad bijna tien vragen gemiddeld per jaar.[12] Van een gebrek aan animo kon bovendien niet worden gesproken. De eerste vraag diende zich namelijk vrij snel aan. Op 3 augustus 2012 werd door (destijds nog) de Rechtbank Utrecht de eerste prejudiciële vraag gesteld over de executoriale kracht van de grosse van een hypotheekakte.[13]

---

7 Giesen 2011b, p. 59.

8 *Kamerstukken I*, 2011/12 32 612, C, p. 1.

9 Aldus ook Streefkerk 2015, p. 250.

10 De vraag die leidde tot een prejudiciële vraag van de Hoge Raad aan het Hof van Justitie van de EU (zie HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2901) hebben we hier niet meegeteld omdat de Hoge Raad, door zelf een vraag te stellen, uiteraard nog niet de aan hem door de feitenrechter gestelde vraag heeft beantwoord. We hebben deze vraag meegeteld bij de nog lopende zaken. Dat heeft de Hoge Raad zelf ook gedaan blijkens het overzicht op zijn website. Zie verder nog de na 1 januari 2016 verschenen antwoorden: HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162 (*bereik aansprakelijkheid voor dieren*) en HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236 (*telefoonabonnementen II*).

11 Twee daarvan zijn zoals gezegd op moment van schrijven beantwoord – HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162 (*bereik aansprakelijkheid voor dieren*) en HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236 (*telefoonabonnement II*) – en er zijn vier nieuwe vragen bijgekomen (Rb. Midden-Nederland 10 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:669 en Hof Den Bosch 16 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:458; de overige twee zijn vooralsnog niet gepubliceerd). Zie voor het volledige en (enigszins) actuele overzicht op www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Hoge-Raad-der-Nederlanden/Over-de-Hoge-Raad/Bijzondere-taken-HR-en-PG/Paginas/Lopende-zaken.aspx, laatst geraadpleegd op 31 maart 2016. De tussenuitspraken waarin vragen zijn gesteld en die ook op rechtspraak.nl zijn gepubliceerd zijn Rb. Amsterdam 18 maart 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:1920 (*vrije advocaatkeuze*); Rb. Den Haag 10 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:8082 (*kostenveroordeling na intrekking kort geding*); Rb. Den Haag 20 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:8764 (*telefoonabonnementen II*) en Hof Arnhem-Leeuwarden 10 november 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:8436 (*verhuiskostenvergoeding bij renovatie*). Het Hof Amsterdam heeft overigens bij arrest van 15 december 2015 (ECLI:NL:GHAMS:2015:5241) het voornemen geuit om prejudiciële vragen te stellen in (weer) een Dexia-zaak. Partijen moeten zich nog over dit voornemen uitlaten. Officieel is deze vraag dus nog niet gesteld. Datzelfde geldt voor Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:202 waarin het hof zich voorneemt om vragen te stellen over de invulling van het vereiste van feitelijke macht bij een retentierecht op een onroerende zaak. Partijen zagen hier minder brood in vanwege – vermoedelijk – de feitelijke aard van deze vraag en dus heeft het hof eerst een bewijsopdracht gegeven. Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 20 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7946 Zie ook www.rechtspraak.nl/Organisatie/Hoge-Raad/OverDeHogeRaad/Bijzondere-taken-HR-en-PG/Pages/Prejudici%c3%ablevragenaandecivielekamervandeHogeRaad.aspx, laatst geraadpleegd op 31 maart 2016.

12 Waarbij wij – het zij herhaald – in dit onderzoek uitgaan van een evaluatieperiode van 3,5 jaar (1 juli 2012 t/m 31 december 2015).

13 Zie Rb. Utrecht 03 augustus 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX3391. Het antwoord volgde in HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4889, *NJ* 2013/123 (*grosse hypotheekakte*).

Moet gegeven dit alles geconcludeerd worden dat het daadwerkelijke gebruik van de regeling niet tegenvalt, maar ook niet meevalt? Geenszins, de oorspronkelijke schatting was immers redelijk optimistisch. Sterker nog: de wens leek daarbij de vader van de gedachte te zijn. Maar bovendien, en belangrijker, lijkt de trend te duiden op een toenemend gebruik: in 2015 zijn er namelijk al twaalf vragen gesteld[14] waarvan er acht zijn beantwoord. Daarmee is 2015 het eerste jaar waarin de zojuist genoemde verwachtingen zijn overtroffen en dus ook tegelijkertijd het prejudiciële topjaar.

3.3 Antwoorden uit de rechtspraak

3.3.1 Inleiding

Nu de achtergrond van de regeling en het aantal gestelde vragen bekend is, kunnen we de gestelde prejudiciële vragen en de beschikbare antwoorden[15] van de Hoge Raad op die vragen nader analyseren. De orde van de analyse in deze paragraaf is dat een 22-tal facetten van de wettelijke regeling besproken wordt. Op elk van die facetten zijn alle 25 beantwoorde prejudiciële vragen[16] (en soms alle 31 vragen) nauwkeurig bekeken, en is waar mogelijk per facet (lees: bij een cijferreeks) het gemiddelde en de mediaan berekend. Vervolgens is daarbij nog een enkele tabel opgemaakt.[17] Daarbij hebben wij het aantal zaken waarin zich een prejudiciële vraag aandient telkens als één vraag geteld. Ook als de gestelde vraag bestaat uit meerdere deelvragen tellen we die zaak dus als een enkele vraag.[18] Op basis van die geaggregeerde gegevens trekken we vervolgens per facet enkele, veelal tentatieve conclusies, en waar opportuun volgt reeds een enkele suggestie voor de toekomst.

3.3.2 Wie wil de vraag stellen: partijen of de rechter?

3.3.2.1 WIE VRAAGT?

Het stellen van prejudiciële vragen is een bevoegdheid die art. 392 Rv toekent aan de civiele rechter. Een eerste kwestie die interessant is vanuit het oogpunt van de rechterlijke rechtsvorming, is hoe de rechter tot zijn beslissing komt om een vraag te stellen. Doet hij dit ambtshalve (onze onderliggende hypothese daarbij: de rechter werkt dan op eigen initiatief

[14] Rb. Amsterdam 13 april 2015, zaaknummer C/13/583138 / KG ZA 15-326 CB/BB (*betekening ex art. 431a Rv*); Hof Amsterdam 20 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:105 (*collectieve stuiting verjaring vernietiging*); Hof 's-Hertogenbosch 3 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:319 (*imputatie incassokosten*); Rb. Den Haag 12 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:1437 (*huurbemiddelingskosten*); Rb. Overijssel 11 mei 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:2323 (*verzet door curator*); Hof Amsterdam 19 mei 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1906 (*BOPZ-onderzoek*); Hof Den Bosch 30 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2432 (*afwenteling boetes Wet arbeid vreemdelingen*); Rb. Den Haag 10 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:8082 (*kostenveroordeling na intrekking kort geding*); Rb. Den Haag 20 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:8764 *(telefoonabonnementen II*); Rb. Noord-Holland 29 juli 2015, zaaknr. 14/150856/HA ZA 13 (*bereik aansprakelijkheid voor dieren*); Hof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2015, 200.122.803/01 (*maatstaf exhibitieplicht*) en Hof Arnhem-Leeuwarden 10 november 2015, zaaknr. 200.138.577 (*verhuiskostenvergoeding bij renovatie*). In het eerste halfjaar van het bestaan van de regeling werden er twee vragen gesteld, vervolgens werden in 2013 en 2014 steeds per halfjaar vier vragen gesteld.

[15] Let wel: de Hoge Raad heeft in twee zaken geweigerd antwoord te geven. Zie nader paragraaf 3.3.4.5.

[16] Voor een kort overzicht van de inhoud van een aantal antwoorden tot medio 2015, zie Heuving 2015.

[17] Let wel: we hebben geen statistische analyses verricht, en zeggen dus ook niets over de eventuele significantie van een geconstateerde afwijking, als dat bij deze geringe aantallen al zou kunnen, laat staan dat we iets over correlaties zouden durven beweren. Wij laten enkel de gemiddelden zien, en waar mogelijk ook de mediaan. Dat betreft, te kort gezegd, de middelste waarde als alle gevonden waarden op een rij worden gezet. De mediaan is een handige maat, omdat de mogelijke vertekening door een eventuele uitschieter die het gemiddelde sterk kan beïnvloeden, daarmee omzeild wordt. De onderliggende grafieken zijn opgenomen in Bijlage 11.2.

[18] Tenzij anders aangegeven. Zie bijv. in paragraaf 3.3.11.

mee aan versnelde rechtsvorming en vindt dat dus blijkbaar belangrijk), of ligt daaraan een voorstel van (één der) partijen aan ten grondslag?

Uit de 31 gestelde vragen blijkt dat in 23 gevallen het initiatief van de rechter kwam en slechts in zes gevallen van (één der) partijen.[19] Dat de feitenrechters het belang en de mogelijkheden van het prejudiciële vragen-instrument op waarde schatten is in dat licht een voor de hand liggende conclusie. Uit één uitspraak kan bovendien worden afgeleid dat rechters onderling overleg voeren over het stellen van vragen.[20] Interessant is voorts nog dat in vier van de zeven zaken waar het voorstel tot het stellen van vragen uitging van (één der) partijen, het (mede) een faillissementscurator betrof.[21]

3.3.2.2 VERZET?

Vervolgens rijst dan nog de vraag of de procespartijen zich verzetten tegen het stellen van de vraag. Van dergelijk verzet bleek slechts in zes gevallen, voor zover dat viel op te maken uit de ons ter beschikking staande openbare gegevens. In twee van die gevallen betrof het een zaak waarin een partij een verzoek deed om een vraag te stellen aan de Hoge Raad. In de gevallen waarin ambtshalve een vraag werd geopperd, werd slechts in vier gevallen bezwaar gemaakt. Het meest extreme voorbeeld van verzet dat wij hebben gevonden, betrof een geschil bij de Rechtbank Noord-Holland waarin zowel Super de Boer als Jumbo in vrijwaring waren opgeroepen. De toestemming om deze partijen in vrijwaring op te roepen werd verleend onder de voorwaarde dat in de vrijwaring slechts wordt beslist over de afwenteling van de eventuele veroordeling van de gevrijwaarde in de hoofdzaak. De gevrijwaarde had ook bijkomende vorderingen ingesteld en de rechtbank vroeg zich af of die vorderingen in de afgesplitste vrijwaringsprocedure konden worden behandeld.[22] Het voorstel van de rechtbank om daarover een vraag te stellen, kreeg de volgende reactie van de eisende partij:

> 'Jevebe vermindert haar eis als hierboven vermeld puur om procesrechtelijke redenen. Zowel Jevebe als Super de Boer Winkels B.V. en Jumbo Supermarkten B.V.

---

[19] De teller stopt hier op 29. Uit twee van de 31 zaken (Rb. Amsterdam 13 april 2015, zaaknr. C/13/583138 / KG ZA 15-326 CB/BB (*betekening ex art. 431a Rv*) en Rb. Noord-Holland 29 juli 2015, zaaknr. C14/150856/HA ZA 13 (*bereik aansprakelijkheid voor dieren*)) viel voor ons niet op te maken wie het initiatief nam omdat de tussenuitspraken waarin de vraag wordt gesteld of het voornemen daartoe wordt uitgesproken, niet zijn gepubliceerd op rechtspraak.nl. Deze zaken hebben wij daarom helaas buiten beschouwing moeten laten. Overigens bleek uit de wel gepubliceerde uitspraken niet steeds duidelijk wiens idee het was om vragen te stellen. Indien in de uitspraak niet werd verwezen naar een partij (Hof Arnhem-Leeuwarden 24 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2103 (*maatstaf exhibitieplicht*)) of voorstel (Hof Arnhem-Leeuwarden 2 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3900 (*verhuiskostenvergoeding bij renovatie*)) hebben wij de beslissing om vragen te stellen aangemerkt als een beslissing ambtshalve.

[20] Rb. Gelderland 23 oktober 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:4081 (*veertiendagenbrief*) vermeldt in r.o. 2.14 dat het stellen van de vraag plaatsvindt na consulatie van de afdelingsvoorzitters van de sectoren/afdelingen Burgerlijk Recht (of daarmee vergelijkbare sectoren) van de vier rechtbanken in het ressort van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden. Het bestaan van dergelijk overleg kan ook worden afgeleid uit Rb. Midden-Nederland 18 maart 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:1813. In die uitspraak nam de rechtbank zich voor om vragen te stellen over de ambtshalve toetsing in zaken over telefoonabonnementen. Om onduidelijke reden zijn de vragen niet gesteld. Een aantal van die vragen is later echter letterlijk overgenomen in Rb. Den Haag 8 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7875. De Hoge Raad heeft antwoord gegeven in HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236 (*telefoonabonnementen II*).

[21] Rb. Oost-Brabant 20 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:1910 (*stil pandhouder, bodembeslag en afkoelingsperiode*); Rb. Overijssel 11 mei 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:2323 (*verzet door curator*), en Rb. Midden-Nederland 8 oktober 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:7470 (*overwaarde-arrangement*) en HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3636 (*verzet door curator*). In de zaak over het overwaarde-arrangement ging het om een gezamenlijk verzoek. Daarmee is dit overigens de enige zaak waarin het verzoek tot het stellen van vragen vanaf het begin van beide partijen uitging

[22] Hierbij verwees de rechtbank naar randnummer 2.4. de conclusie van A-G Timmerman voor HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU6050, *NJ* 2006, 32.

hebben baat bij spoedige duidelijkheid en dus bij een (spoedige) uitspraak in de vrijwaring. Het feit dat de rechtbank in haar tussenvonnis van 19 november 2014 heeft aangekondigd prejudiciële vragen te zullen voorleggen aan de Hoge Raad maakt dat één en ander nog lang zal gaan duren; iets waar in ieder geval Jevebe niet bij gebaat is. Het gevolg van deze eisvermindering is tevens dat partijen zich niet meer hoeven uit te laten over de prejudiciële vragen.'[23]

Dat is ook een manier om een prejudiciële kaping te voorkomen.[24] Een eiswijziging kan bij een aanstaande prejudiciële verwijzing blijkbaar dienst doen als noodrem, ook als de wederpartij wel instemt met het stellen vragen. Door de eis dusdanig te wijzigen dat het vraagpunt er buiten valt, is een antwoord immers niet meer nodig voor het nemen van een beslissing (zie art. 392 lid 1 Rv).

Opmerking verdient nog wel dat in één andere zaak een aanvankelijk bezwaar later weer werd ingetrokken.[25] Dat het 'verzet' werd gestaakt lijkt er echter vooral mee te maken te hebben dat de rechtbank in een eerder tussenvonnis al had beslist dat zij vragen ging stellen.[26] In het vervolg van de procedure konden partijen nog input leveren op die vragen. De trein had dus het station al verlaten en verzet was daarmee zinloos.[27] Dat het beginsel van hoor en wederhoor hier in het gedrang is gekomen, valt hieruit (bij nader inzien) niet op te maken.[28] Alsnog klagen over het stellen van vragen zou hier zijn neergekomen op 'napleiten'.

Uiteraard zegt dit alles niet zo heel veel, want uit het voorgaande kan en mag niet geconcludeerd worden dat partijen zich niet of nauwelijks verzetten tegen het stellen van vragen, althans dat dit verzet nooit succesvol zou kunnen zijn. Immers, de zaken waarin dat verzet eventueel wel is geslaagd, en er dus uiteindelijk geen vraag is gesteld, kennen wij waarschijnlijk helemaal niet: ze geraken niet bij de Hoge Raad.[29] Voor een diepgaandere analyse van dit facet zou het dus wenselijk zijn als de na verzet afgewezen verzoeken om een vraag te stellen, ook actief openbaar werden gemaakt. Onze indruk is dat dit nog niet systematisch gebeurt (zie nader paragraaf 5.2.5).

3.3.2.3 GEEN VRAAG GESTELD

Interessant in dit kader zijn de zaken waarin is beslist om juist geen vragen te stellen ondanks een verzoek daartoe van (één der) partijen. Wij hebben in totaal elf zaken

---

[23] Rb. Noord-Nederland 3 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:415, r.o. 2.16.

[24] Hoewel in dit geval sprake lijkt te zijn van overkill. Indien de wederpartij instemt met de voortzetting is het blijkens de toelichting immers niet de bedoeling dat de rechter tegen partijen in vragen stelt. Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, 3, p. 14.

[25] Althans dat leiden wij af uit het woordje 'uiteindelijk' in r.o. 2.3 van Rb. Amsterdam 18 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:5910. Voor het antwoord van de Hoge Raad, zie HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:766 (*stuiting door 3:305a-rechtspersoon)*.

[26] Rb. Amsterdam 26 juni 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:4617, *JOR* 2013/299 (*stuiting door 3:305a-rechtspersoon)*.

[27] In een andere zaak werd een Rotterdamse kantonrechter juist gewraakt naar aanleiding van de beslissing om de zaak aan te houden in afwachting van beantwoording van een prejudiciële vraag gesteld in een soortgelijk geval. Dit wrakingsverzoek werd door de wrakingskamer van de Rechtbank Rotterdam afgewezen omdat door enkel de zaak aan te houden de kantonrechter uiteraard niet de schijn wekt dat hij niet onpartijdig is. Zie Rb. Rotterdam 23 oktober 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:8337. Uit de uitspraak blijkt niet op welke materie (en dus op welke prejudiciële vraag) de onderliggende procedure zag.

[28] Zoals Giesen & Overheul 2015, p. 830, nog schreven.

[29] We hebben wel via www.rechtspraak.nl gezocht op 'prejudiciële vraag' en '392 Rv' (civiel recht en Hoge Raad aangevinkt) naar zaken waarin een vraag door de rechter of een partij geopperd is, maar deze uiteindelijk niet werd gesteld. De zoekactie leverde 76 resultaten, maar daarbij werd niets gevonden wat aansluit bij onze vraag. Dat kan zijn omdat deze situatie zich nooit voordoet, of omdat deze zaken niet zijn gepubliceerd op rechtspraak.nl.

gevonden waaruit dit bleek. In zeven daarvan werd het verzoek afgewezen omdat niet zou zijn voldaan aan de vereiste grondslag uit art. 392 lid 1 Rv.[30] Een voorbeeld is de procedure over de schadeloosstelling voor aandeelhouders van de SNS-bank die door de Nederlandse Staat waren onteigend op basis van de fonkelnieuwe Interventiewet. De Ondernemingskamer besliste dat het geschil niet voldeed aan de b-grondslag van art. 392 lid 1 Rv[31] maar stelde wel – op verzoek van de minister van Financiën – tussentijds cassatieberoep open.[32]

Naast dat niet is voldaan aan de criteria van art. 392 lid 1 Rv, hebben rechters ook om andere redenen besloten geen vragen te stellen. In een kort geding achtte de Amsterdamse voorzieningenrechter het niet opportuun om vragen te stellen omdat de zaak veel overeenkomsten had met een reeds lopende cassatieprocedure.[33] In weer een andere zaak besloot het Hof Arnhem-Leeuwarden geen vragen te stellen omdat de voorgestelde vraag kon worden beantwoord aan de hand van reeds bestaande rechtspraak die bovendien onomstreden was.[34] In een juridisch duidelijk meer controversiële zaak – het betrof de vraag of de overdracht onder eigendomsvoorbehoud de verkrijger een voorwaardelijk recht verschaft dat zich leent voor bijvoorbeeld verpanding – zag het Hof Den Haag simpelweg 'onvoldoende aanleiding' voor het stellen van vragen.[35]

Niettemin zijn elf weigeringen betrekkelijk weinig. Te weinig dunkt ons. Wij vermoeden dat rechters vaker weigeren om vragen te stellen. De reden dat wij zo weinig weigeringen hebben gevonden, is dan ofwel dat de (tussen)uitspraken waarin wordt geweigerd niet worden gepubliceerd ofwel dat het voorstel voor een prejudiciële vraag überhaupt niet wordt opgenomen in de motivering. Wij achten het wenselijk dat in de gevallen waarin de rechter overwogen heeft een vraag te stellen maar daar vervolgens van afziet, hij dit afwegingsproces standaard in de uitspraak opneemt en die uitspraak laat publiceren op rechtspraak.nl. Zie ook paragraaf 5.2.5. Aldus wordt voor de buitenwacht duidelijk dat een mogelijk interessante rechtskwestie bewust niet aan de Hoge Raad is voorgelegd, zodat men in latere procedures daarop kan inspelen.

Veelzeggend in dit verband is de weigering van de Rechtbank Den Haag om de Hoge Raad te vragen of de regel van het Hangmat-arrest voor risicoaansprakelijkheid voor opstallen[36] moet worden doorgetrokken naar de risicoaansprakelijkheid voor dieren op de voet van art. 6:179 BW. De Rechtbank Den Haag zag ervan af om deze vraag aan de Hoge Raad voor te leggen omdat deze niet kon worden geschaard onder een van de grondslagen van art. 392

---

[30] Het gaat om: Rb. Zeeland-West-Brabant 19 maart 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1960; Rb. Zeeland-West-Brabant 16 juli 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:6500; Hof Den Bosch 4 november 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4563; Rb. Rotterdam 17 december 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:10051; Rb. Den Haag 4 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2443 en Rb. Amsterdam 16 juni 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:5624 en Hof 's-Hertogenbosch 4 november 2014, ECLI:NL:RBAMS:2015:5624GHSHE:2014:4563.

[31] Merkwaardig genoeg laat de Ondernemingskamer de a-grondslag – massaschade – hier onbesproken.

[32] Hof Amsterdam (OK) 11 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1966, r.o. 6.74. De Hoge Raad heeft arrest gewezen in HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661, *NJ* 2015/361. Het betrof hier de toepassing van Onteigeningswet naar aanleiding van het SNS-debacle: de eerste *test case* voor deze nieuwe wet.

[33] Rb. Amsterdam 4 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:5554, r.o. 4.8. Het ging om de vraag of art. 26a van de Auteurswet een grondslag biedt voor de collectieve inning van de kabeldoorgiftevergoeding. De Hoge Raad heeft in HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:735, *NJ* 2015/365 uitspraak gedaan.

[34] Hof Arnhem-Leeuwarden 24 december 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:9849, r.o. 4.8. Wat precies de voorgestelde vraag was blijkt niet duidelijk uit het arrest.

[35] Hof Den Haag 2 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:4352, *JOR* 2015/53 (*Rabobank/Reuser q.q.*), r.o. 3.3. In Rb. Den Haag 17 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:1579, werd er geen vraag gesteld omdat de vordering op grond van verjaring werd afgewezen.

[36] Zie Rb. Den Haag 4 maart 2013, ECLI:NL:RBDHA:2015:2443 naar aanleiding van HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, *NJ* 2011/465 *(Hangmat).*

lid 1 Rv.[37] Meer specifiek had de eisende partij ten aanzien van de b-grondslag wel gesteld dat de vraag zich ook voordeed in andere zaken, maar dit had zij niet nader onderbouwd, aldus de rechtbank.[38] Vervolgens wees de rechtbank de vordering af omdat het Hangmat-arrest zich niet zou lenen voor analoge toepassing bij risicoaansprakelijkheid voor dieren. De Rechtbank Noord-Holland zag daarentegen in art. 392 Rv geen beletsel om exact dezelfde vraag wel (beter: alsnog) voor te leggen aan de Hoge Raad.[39] Inmiddels heeft de Hoge Raad deze vraag beantwoord en beslist dat het Hangmat-arrest inderdaad niet analoog kan worden toegepast. Het antwoord bevestigt dus het eerdere oordeel van de Rechtbank Den Haag.[40] Nu de Rechtbank Den Haag en de Hoge Raad hier op één lijn blijken te zitten, is het niet stellen van vragen – achteraf bezien – onschadelijk geweest, maar het had ook anders kunnen aflopen en dan zou ongetwijfeld gezegd zijn dat het stellen van vragen verstandiger zou zijn geweest.

Daarmee is niet gezegd dat steeds maar vragen moeten worden gesteld. Bewust geen vragen stellen is ook zinvol. Door te motiveren waarom een bepaalde kwestie juist niet interessant genoeg is om vragen te stellen, weet een partij dat hij van goeden huize moet komen voor een hernieuwd verzoek voor het stellen van dezelfde vraag. Het zojuist genoemde arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden[41] is hiervan een goed voorbeeld. Wel zou het wenselijk zijn geweest als het hof duidelijker had aangegeven waar de voorgestelde rechtsvraag precies op zag.

3.3.2.4 MOTIVERINGSPLICHT VOOR HET NIET-STELLEN VAN PREJUDICIËLE VRAGEN?

Er valt ook een meer principiële reden te bedenken om meer transparantie te betrachten bij de weigering om vragen te stellen: voor de beslissing om *geen* vragen te stellen geldt net als voor andere typen beslissingen een motiveringsplicht.[42] Immers, waar de vraagstellende rechter uitdrukkelijk moet motiveren of de vraag voldoet aan de criteria van 392 lid 1 Rv (zie lid 3), ligt het in de rede dat de rechter ook motiveert waarom hij *geen* vragen stelt.[43] Hier werd aanvankelijk anders over gedacht. Zo verkondigde de minister nog in de memorie van toelichting dat een rechter niet behoeft te motiveren waarom hij afziet van het stellen van vragen.[44] Tijdens de behandeling in de Eerste Kamer is hij onder verwijzing naar art. 30 Rv hierop teruggekomen. [45]

Naast het nationaalrechtelijke kader kan in dit verband ook nog worden gewezen op het EVRM. Dat ook de beslissing om *geen* vragen te stellen behoort te worden gemotiveerd, zou kunnen worden afgeleid uit de rechtspraak van het EHRM. In de zaak *Ullens de Schooten t. België* overwoog het EHRM bijvoorbeeld:

---

37 Interessant om te vermelden in dit verband is dat Teuben 2012, p. 105, het Hangmat-arrest noemt als voorbeeld van een zaak met een belangwekkende rechtsvraag die echter volgens haar niet voldoet aan de criteria van art. 392 lid 1 Rv.

38 De gedaagde, een verzekeraar, had er voorts op gewezen dat de feiten nog niet vaststonden. Dat vormde voor de rechtbank een aanvullende reden om geen vragen te stellen. Op zich is een onvolledig feitencomplex inderdaad een reden om te wachten met het stellen van vragen (vgl. *Kamerstukken II* 2010/11 32 612, 3, p. 8), maar gelet op de zuiverheid van deze rechtsvraag is dat geen argument.

39 Zie Zie www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Hoge-Raad-der-Nederlanden/Over-de-Hoge-Raad/Bijzondere-taken-HR-en-PG/Paginas/Lopende-zaken.aspx, laatst geraadpleegd op 31 maart 2016.

40 HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162 (*bereik aansprakelijkheid voor dieren*).

41 Hof Arnhem-Leeuwarden 24 december 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:9849, r.o. 4.8.

42 Een andere reden zou er in kunnen liggen dat art. 392 onder b de eis stelt dat een vraag in talrijke zaken moet spelen. In het licht van die eis wordt voor een rechter lastiger om geen vragen te stellen als een rechter in een eerder identieke heeft geweigerd om vragen te stellen. In de praktijk blijkt er vooralsnog niet al te zwaar worden getild aan de talrijkheidseis. Zie hierna paragraaf 3.3.4.

43 Aldus ook de wetgever in *Kamerstukken I* 2011/12, 31 612, C, p. 7.

44 *Kamerstukken II* 2010/11, 31 612, 3 p. 14.

45 *Kamerstukken I* 2011/12, 31 612, C, p. 7.

'59. It should further be observed that the Court does not rule out the possibility that, where a preliminary reference mechanism exists, refusal by a domestic court to grant a request for such a referral may, in certain circumstances, infringe the fairness of proceedings – even if that court is not ruling in the last instance (…)
60. Article 6 § 1 thus imposes, in this context, an obligation on domestic courts to give reasons, in the light of the applicable law, for any decisions in which they refuse to refer a preliminary question, especially where the applicable law allows for such a refusal only on an exceptional basis.
61. Consequently, when the Court hears a complaint alleging a violation of Article 6 § 1 on this basis, its task consists in ensuring that the impugned refusal has been duly accompanied by such reasoning. That being said, whilst this verification has to be made thoroughly, it is not for the Court to examine any errors that might have been committed by the domestic courts in interpreting or applying the relevant law.'[46]

In deze zaak had een Belgische rechter geweigerd om prejudiciële vragen te stellen aan het Europese Hof van Justitie. Aangezien het EHRM zeer algemene bewoordingen gebruikt ('*where a preliminiary reference mechanism exists*') lijkt deze motiveringsplicht ook op te gaan voor de prejudiciële procedure bij de Hoge Raad. Niettemin kan men zich afvragen hoe absoluut deze verplichting is. Het EHRM verwijst immers naar *certain circumstances* waaronder de weigering inbreuk kan maken op het recht op een eerlijk proces.

Rechtsoverweging 60 lijkt daarentegen strikter. Daar zegt het EVRM dat deze motiveringsplicht geldt *for any decisions in which they* [de nationale gerechten] *refuse to refer a preliminary question*, in het bijzonder in landen waar weigering slechts is toegestaan op uitzonderlijke gronden. Maar of een motiveringsplicht bestaat, moet blijkens diezelfde overweging worden getoetst *in the light of the applicable law*. Dienaangaande geldt dat de weigeringsgronden van de Nederlandse regeling ruim uit te leggen zijn, en bovendien bevat art. 392 Rv geen verplichting voor de rechter om vragen te stellen.[47] Het is een discretionaire bevoegdheid die ruimte laat voor een belangenafweging. Blijkens de memorie van toelichting is het aan de rechter om bijvoorbeeld het zaaksoverstijgend belang bij het stellen van een vraag af te wegen tegen het partijbelang bij ongehinderd voortprocederen.[48] Ook de mate van onderbouwing van het verzoek aan de rechter om een vraag te stellen, zal een rol spelen.[49]

Kortom, wij denken dat de conclusie hier de volgende is: een volledig ongemotiveerde weigering van een onderbouwd verzoek om vragen te stellen is niet EVRM-proof. Het gebruik van een discretionaire bevoegdheid behoort te worden gemotiveerd, en dus ook, zoals bij de weigering om prejudiciële vragen te stellen, het afzien daarvan. Die motiveringsplicht lijkt echter niet erg ver te gaan want haar reikwijdte wordt bepaald *in light*

---

[46] EHRM 20 september 2011, 3989/07 en 38353/07. Zie voorts EHRM 10 april 2012, 4832/04 (*Vergauwen/België*), EHRM 8 april 2014, 17120/09, *EHRC* 2014/152; AB 2015/44 *(Dhahbi/Italië*) en EHRM 11 juni 2013, 65542/12, *AB* 2014/25 (*Stichting mothers of Srebrenica e.a./Nederland*). Zie nader over deze uitspraken Silvis 2015, p. 122-123 en de conclusie van de A-G Wattel van 18 juni 2015, ECLI:NL:PHR:2015:996 voor de belastingkamer van de Hoge Raad. A-G Wattel vroeg zich daarin af of de Hoge Raad een voorstel tot prejudiciële verwijzing naar het Europese Hof van Justitie in Luxemburg mag weigeren met toepassing van art. 81 RO – zoals de strafkamer eerder had gedaan in HR 26 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1332, *NJ* 2015, 337 – en stelde voor om deze vraag over het stellen van vragen aan het Hof voor te leggen. De belastingkamer volgde echter de strafkamer en heeft uiteindelijk beide cassatieberoepen zelf afgedaan met toepassing van art. 81 RO. Zie HR 25 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2796 en 2797, *AB* 2015/417.

[47] In tegenstelling tot de verplichting die art. 267 VWEU schept voor nationale rechterlijke instanties waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep.

[48] *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, 3, p. 14.

[49] Zie EHRM 8 april 2014, 17120/09 (*Dhabi t. Italië*) en Silvis 2015, p. 122-123.

of the applicable law. Gelet op de ruime afweging die aan de lagere rechter wordt gelaten en het gegeven dat de bevoegdheid om vragen te stellen discretionair is, is het voldoende als de rechter zijn weigering baseert op de criteria van art. 392 Rv of een belangenafweging, bijvoorbeeld tussen het partijbelang en het zaaksoverstijgend belang.[50]

Wat in dit licht te vinden van de weigeringen die wel zijn gepubliceerd? Naast de in paragraaf 3.3.2.2 genoemde arresten van het Hof Arnhem-Leeuwarden – dat zoals gezegd duidelijker had mogen aangeven hoe de vraag luidde die een der partijen graag gesteld had gezien – en het Hof Den Haag – dat oordeelde dat er bij een uiterst controversiële kwestie onvoldoende aanleiding bestond voor het stellen van vragen - hebben wij vanuit motiveringsoogpunt ook iets aan te merken op de uitspraken van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant. De rechtbank heeft tweemaal geweigerd vragen te stellen en dit als volgt gemotiveerd:

> 'Op grond van art. 392 Rv (lid 1) kan de rechter de Hoge Raad een rechtsvraag stellen indien het antwoord op de vraag nodig is om op de eis of het verzoek te beslissen en rechtstreeks van belang is:
> a. voor een veelheid aan vorderingsrechten die gegrond zijn op dezelfde of soortgelijke feiten en uit dezelfde of soortgelijke samenhangende oorzaken voortkomen, of
> b. voor de beslechting of beëindiging van talrijke andere uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen, waarin dezelfde vraag zich voordoet.
> Naar het oordeel van de rechtbank is in casu niet voldaan aan de in sub a en/of b van art. 392 lid 1 Rv genoemde vereisten. Het is niet de bedoeling van het artikel om de Hoge Raad te vragen op voorhand in een op zichzelf staande zaak te beslissen. De rechtbank zal daarom geen prejudiciële vraag stellen.'[51]

Naast dat deze motivering niet duidelijk maakt *waarom* de voorgestelde vragen niet voldoen aan één van de grondslagen van art. 392 lid 1 Rv – alleen de criteria worden letterlijk geciteerd – snijdt het vervolg bovendien geen hout. Het vragen van de Hoge Raad om op voorhand een beslissing te nemen – voor zover het om een rechtsvraag gaat – vormt juist de essentie van de prejudiciële procedure. Mogelijk is in het voorgaande de reden gelegen waarom de Rechtbank Zeeland-West-Brabant nog geen vragen heeft gesteld.[52] Dat brengt ons bij de volgende vraag: wie stellen er wel vragen?

3.3.3 Welke rechters stellen vragen?

3.3.3.1 Welke instantie: cijfers

Kijken we naar de spreiding over de hoven en rechtbanken, dan blijkt dat van de 31 vragen, er negentien gesteld zijn door een rechtbank, en twaalf door een Hof. De koploper is het Hof Den Bosch met vijf vragen. Op een gedeelde tweede plaats staan het Hof Arnhem-Leeuwarden (locatie Arnhem) en de Amsterdamse en Haagse rechtbanken met ieder vier vragen. Deze cijfers zijn in zoverre opvallend dat wellicht verwacht mocht worden dat de

---

[50] Zie over dit alles ook nog Silvis 2015, p. 122-123, en vgl. ook Rb. Den Haag 3 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:6222, *AB* 2016/26 m.nt. Widdershoven (*A./Staat*).

[51] Rb. Zeeland-West-Brabant 19 maart 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1960 en Rb. Zeeland-West-Brabant 16 juli 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:6500. Tegen de laatste uitspraak is sprongcassatie ingesteld waarop is beslist in HR 15 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:25.

[52] Bovendien is niet duidelijk wat de rechtbank verstaat onder 'een op zichzelf staande zaak'. Als de rechtbank bedoelde te zeggen dat bij de voorgestelde vragen geen zaaksoverstijgend belang speelt, dan valt daar, gelet op de tekst van art. 392 lid 1 Rv, veel voor te zeggen. De antwoorden van de Hoge Raad tot nu toe laten echter zien dat de grondslagen van art. 392 Rv, en met name de 'talrijkheid'-eis van de b-grondslag, niet te eng mogen worden opgevat. Zie nader paragraaf. 3.3.4.

Hoven over het type vragen dat zich hier aandient, eerder zelf zouden willen beslissen.[53] Bovendien is de mogelijke tijdwinst voor de procespartijen (ten opzichte van de optie om zelf drie instanties te doorlopen) het grootst als de rechtbank meteen al de vraag stelt. Niettemin juichen we deze gang van zaken toe want de talrijke vergelijkbare zaken, op elk niveau in de rechterlijke kolom, zijn gebaat bij hoven die op deze wijze over hun eigen schaduwen heen stappen.

3.3.3.2 SPREIDING OVER NEDERLAND

Geografisch gezien zijn de vragenstellers over geheel Nederland verspreid. Er blijven slechts twee rechtbanken over die nog niet hun hand hebben opgestoken: de Rechtbank Limburg en de Rechtbank Zeeland-West-Brabant.[54] Bij de hoven heeft alleen de locatie Leeuwarden van het Hof Arnhem-Leeuwarden geen vragen gesteld.[55] Op deze uitzonderingen na wordt de prejudiciële procedure in alle gerechten gebruikt. Dat de procedure overal is ingeburgerd durven wij nog niet zeggen – sommige gerechten stellen zoals gezegd meer vragen dan andere – maar de spreiding zelf is zonder meer goed te noemen.

3.3.3.3 WELKE TYPEN RECHTERS STELLEN VRAGEN?

Verder is het interessant om te zien welk type rechter vragen stelt. Het aanvankelijk ingediende wetsontwerp hield de deur van de prejudiciële procedure nog gesloten voor alleenzittende rechters. Later is deze beperking geschrapt omdat een voorstel om ook kantonzaken door een meervoudige kamer te kunnen laten behandelen geen doorgang vond.[56] Handhaving van de beperking zou het stellen van prejudiciële vragen over kantonzaken onmogelijk hebben gemaakt. Van de negentien vragen vanuit de rechtbanken zijn er zeven afkomstig van kantonrechters;[57] vier van voorzieningenrechters[58] en één van een enkelvoudige kamer van de sector civiel.[59] Twaalf van die negentien rechtbankvragen[60] zijn dus gesteld door alleenzittende rechters zodat met enig recht kan worden gezegd dat de schrapping van de uitsluiting van unusrechters uit het uiteindelijke wetsvoorstel[61] een significante bijdrage heeft geleverd aan het aantal gestelde vragen. In dit verband is

---

53 Zie daarover Giesen 2011b, p. 62.

54 Zie paragraaf 3.3.2.4 over de beslissingen van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant.

55 Wel heeft de Leeuwardse locatie een voornemen hiertoe geuit ten aanzien van een geschil over de uitoefening van retentierecht op een onroerende zaak, maar dit stuitte op weerstand bij partijen. Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:202.

56 *Kamerstukken II* 2011/12, 32 612, 8. Ondanks het ontbreken van een wettelijke grondslag komt deze meervoudige verwijzing wel voor in de praktijk. Zie De Bock 2014, aant. 2.

57 Rb. Gelderland 21 augustus 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:2663 (*bewindvoerder als procespartij*); Rb. Midden-Nederland 18 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7614 (*verval loonaanspraak bij arbeidsongeschiktheid*); Rb. Gelderland 20 november 2013, ECLI:NL:RBGEL:4690 (*veertiendagenbrief*); Rb. Den Haag, 13 juni 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA3529 (*telefoonabonnementen I)*; Rb. Noord-Nederland 13 mei 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:3656 (*opzeggen huur roerende zaken door curator*) en Rb. Den Haag 12 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:1437 (*huurbemiddelingskosten*)

58 Rb. Utrecht 3 augustus 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX3391 (*grosse hypotheekakte*); Rb. Amsterdam 4 december 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:NY6620 *(bewijsbeslag);* Rb. Amsterdam 18 maart 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:1920 *(vrije advocaatkeuze*) en HR 30 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3197, *RvdW* 2015/1175 *(betekening ex 431a Rv*). Het tussenvonnis van de voorzieningenrechter is in de laatstgenoemde procedure niet gepubliceerd op rechtspraak.nl. Wel is deze gedeeltelijk opgenomen in de Rechtspraak van de Week.

59 Rb. Midden-Nederland 8 oktober 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:7470 (*overwaarde-arrangement*).

60 Waarvan dit bij twee zaken (Rb. Amsterdam 13 april 2015, zaaknr. C/13/583138 / KG ZA 15-326 CB/BB (*betekening ex art. 431a Rv*) en Rb. Noord-Holland 29 juli 2015, zaaknr. C14/150856/HA ZA 13 (*bereik aansprakelijkheid voor dieren*) niet kan worden nagegaan.

61 *Kamerstukken II* 2011/12, 32 612, 8.

veelzeggend dat de allereerste vraag voortkwam uit een zogenoemd deurwaarderskortgeding (art. 438 lid 4 Rv).[62]

De vrees die de wetgever aanvankelijk had voor een te lichtvaardig gebruik van de prejudiciële procedure door unusrechters[63] lijkt vooralsnog niet bewaarheid.[64] Opmerkelijk is verder dat in het wetsvoorstel bij alleenzittende rechters kennelijk vooral werd gedacht aan kantonrechters, terwijl er uiteraard ook voorzieningen- en kinderrechters zijn. Bovendien wordt in de sectoren civiel ook in beginsel recht gesproken door een enkelvoudige kamer (art. 15 Rv). Deze omissie bracht A-G Huydecoper ertoe om in zijn conclusie voor de eerste vraag, die afkomstig was van een voorzieningenrechter, aan de hand van art. 50 RO te beargumenteren dat ook voorzieningenrechters vragen moeten kunnen stellen[65] De Hoge Raad heeft vervolgens de vraag beantwoord, zonder expliciet op dit punt in te gaan; dat is een helder signaal. Interessant in dit verband is voorts nog dat de vragen waarin de Hoge Raad heeft afgezien van beantwoording, gesteld zijn door meervoudige kamers van rechtbanken. [66]

Dan nog even kort over de hoven. Leken die in de eerste twee jaar achter te blijven, in het derde jaar hebben zij een inhaalslag gemaakt: zeven van de twaalf in 2015 gestelde vragen zijn afkomstig van een hof.[67] Ook opvallend: de hoven hebben telkens zelf het initiatief genomen. Alle vragen afkomstig van hoven die wij hebben kunnen inzien - twee vragen van het Hof Arnhem-Leeuwarden zijn niet gepubliceerd – zijn ambtshalve gesteld.

Met het oog op de invoering van de prejudiciële procedure in het strafrecht is aardig om te vermelden dat een failliet heeft geprobeerd (de strafkamer van) het Hof Den Bosch vragen te laten stellen aan de civiele kamer van de Hoge Raad in het kader van een beklag op de

---

62 Dit wordt ook wel een deurwaardersrenvooi genoemd. Zie nader Wisseborn 2013, p. 14-15. De prejudiciële vraag die werd beantwoord in HR 30 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3197, *RvdW* 2015/1175 (*betekening ex art. 431a Rv)* is overigens ook voortgekomen uit een deurwaarderskortgeding.

63 *Kamerstukken II* 2010/11. 32 612, 3, p. 13. Nog voordat de gedachte om ook kantonzaken meervoudig te laten behandelen rondging, meende de minister dat de kantonrechter die echt een vraag wilde stellen dat kon doen door de zaak op grond van art. 98 Rv jo. art. 15 lid 2 Rv door te verwijzen naar de meervoudige kamer van de sector civiel. Los van het feit dat dit omslachtig zou zijn geweest (bovendien is het dan niet de kantonrechter die vraag stelt, maar de sector civiel), verloor de minister kennelijk uit het oog dat de verwijzingsbevoegdheid alleen is bedoeld voor gevallen waar zich een cumulatie voordoet van aard- en waardevorderingen (art. 94 Rv) en/of vorderingen in conventie en reconventie (art. 97 lid 1 Rv) waarvan een gedeelte buiten de competentie van de sector kanton valt. Ook vrijwaringsincidenten die voldoen aan de criteria van art. 93 Rv mag de kantonrechter verwijzen indien hij meent dat deze beter kunnen worden berecht door een meervoudige kamer (art 97 lid 2 Rv). In tegenstelling tot wat de minister leek te veronderstellen volgt er geen algemene verwijzingsbevoegdheid uit art 98 Rv. Niettemin komt het voor dat kantonrechters ingewikkeldere zaken verwijzen naar een meervoudige kamer (bestaande uit kantonrechters). Zie De Bock 2014, aant. 2.

64 Na drie-en-een-half jaar ervaring met de civiele prejudiciële procedure verbaast het dat in de toelichting bij de fiscale regeling het volgende wordt opgemerkt: 'Het kabinet heeft zich beraden over de vraag of de bevoegdheid tot het stellen van een prejudiciële vraag moet worden voorbehouden aan een meervoudige kamer. Hoewel het kabinet de wenselijkheid daarvan inziet en als regel onderschrijft, ziet het echter geen noodzaak om dit te verplichten. Ook in de beroepsprocedure is het aan de enkelvoudige rechter zelf om een zaak te verwijzen naar een meervoudige kamer (art. 8:10 van de Awb).' Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34 305, 3, p. 54.

65 Conclusie A-G Huydecoper, punt 7 voor HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4889, *NJ* 2013/123 (*grosse hypotheekakte*). Zie ook noot 10 in punt 1.6 van de conclusie van de A-G Wesseling van Gent voor Hoge Raad 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958, *NJ* 2014/455 (*bewijsbeslag*).

66 HR 21 mei 2013, ECLI:NLHR:2013:CA1614 (*grosse hypotheekakte*) en HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3958 (*ipr-doorbraak*). Voor de volledigheid: In de eerste uitspraak (HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4889) waarin – net als bij HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3958 – werd gevraagd naar de bekende weg en de Hoge Raad desondanks antwoord gaf, ging het om een voorzieningenrechter

67 Dit werd reeds opgemerkt door Streefkerk 2015, p. 250.

voet van art. 12 Sv over het optreden van de faillissementscurator.[68] Het hof (de strafkamer) wees het beklag af omdat niet was gebleken van enige aanwijzingen dat de curator strafbare feiten had gepleegd.[69] Wij zouden overigens menen dat alleen in burgerlijke zaken prejudiciële vragen kunnen worden gesteld op de voet van art 392 Rv.

Een verwante vraag is dan nog of de civiele rechter vragen kan stellen aan de Hoge Raad over een strafrechtelijke of belastingrechtelijke kwestie. Wij menen dat dit inderdaad mogelijk is. Omdat de civiele rechter ook fungeert als 'restrechter', komt het voor dat strafrechtelijke en fiscale kwesties aan de civiele rechter, en eventueel ook in cassatie aan de civiele kamer van de Hoge Raad, worden voorgelegd.[70] Gaandeweg deze civiele 'route' kunnen dan ook 'gewoon' prejudiciële vragen worden gesteld over de (straf- of fiscaalrechtelijke) materie die voorligt; het betreft immers een civiele procedure. Omdat dit soort vragen (vaak over de band van de onrechtmatige daad) ook in kortgedingprocedures kunnen worden opgeworpen, en ook in een dergelijke spoedprocedure prejudiciële vragen mogelijk zijn,[71] is het zelfs mogelijk om via een kort geding een strafrechtelijke kwestie aan de (civiele kamer) van de Hoge Raad te stellen. Dat is recent ook gebeurd.[72] Principiële bezwaren zien wij hier niet, en door een strafrechtelijke of fiscale kwestie in te bedden in een civiel kort geding (bijvoorbeeld door de Staat aansprakelijk te stellen) kan snel duidelijkheid worden verkregen over dergelijke kwesties, hetgeen als belangrijk voordeel te noemen is. Of dit ook de meest Koninklijke weg is om te bewandelen, is een andere vraag.[73]

3.3.3.4 DE HOGE RAAD STELT ZICHZELF EEN VRAAG?

Ten slotte wijzen wij nog op Snijders die een andere mogelijke vraagsteller meent te hebben gevonden: de Hoge Raad zelf. In zijn noot bij het eerste antwoord slaat Snijders aan op de grotere beoordelingsvrijheid die de Hoge Raad zichzelf toedicht met name wat betreft de binding aan de in lagere instanties vastgestelde feiten. In cassatie is die binding strikter. Om zich in een bepaalde zaak aan het strakke keurslijf van de cassatie te ontworstelen zou de Hoge Raad zichzelf vragen kunnen stellen, zodat hij een bepaalde rechtsvraag – die in het middel onaangeroerd blijft - alsnog kan beantwoorden.[74]

Wij vragen ons af of dit inderdaad een begaanbare route is. Door aan zichzelf een vraag te stellen zou de Hoge Raad de cassatieprocedure tussen partijen openbreken voor belangstellende derden die in de prejudiciële procedure ook een recht van (in)spreken hebben. Dat zou in tegenspraak zijn met zijn arrest van 12 juni 2015 waarin de Hoge Raad besliste dat de precedentwerking van een uitspraak onvoldoende grond oplevert voor een derde om zich in de cassatieprocedure te mogen voegen.[75]

---

[68] Waar de vragen precies op zagen blijkt niet duidelijk uit de beoordeling; vermoedelijk zag de vraag op de uitleg en toepassing van art. 42 Fw,

[69] Hof Den Bosch 9 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:616.

[70] Zie bijvoorbeeld het arrest van de civiele kamer over art. 47 AWR: HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640; *NJ* 2013/435 m.nt. J.W. Zwemmer.

[71] Dat blijkt bijv. uit de *bewijsbeslag-zaak*, HR 13 september 2013, *NJ* 2014/455 m.nt. H.B. Krans.

[72] Althans, het voornemen daartoe van de rechter is uitgesproken, zie Rb. Den Haag 31 maart 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:3367 *(NVSA/Staat*), een zaak over voorgenomen omgang met het recht op rechtsbijstand tijdens verhoor. Partijen zijn in de gelegenheid gesteld om zich uit te laten over de inhoud van de voorgestelde vraag. Deze kwestie komt in het strafrechtelijke deel van het onderzoek nog nader aan bod.

[73] Mocht het in de toekomst mogelijk worden om in strafrechtelijke procedures prejudiciële vragen te gaan stellen, dan zal de – blijkens de zojuist genoemde uitspraak blijkbaar aanwezige – behoefte om tijdig duidelijkheid te krijgen, langs die (dan) reguliere weg kunnen worden verkregen.

[74] Noot bij HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4889, *NJ* 2013/123.

[75] HR 12 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1602, *NJ* 2015/295, herhaald in HR 11 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2534.

Bovendien hoeft de Hoge Raad geen vragen aan zichzelf te stellen om buiten de middelen om te gaan. De Hoge Raad bepaalt immers zelf hoe strak zijn eigen keurslijf zit en de laatste jaren gunt hij zichzelf de nodige ademruimte. Het komt steeds vaker voor dat de Hoge Raad belangwekkende juridische kwesties aan de orde stelt in een overweging ten overvloede. Een spectaculair voorbeeld is het arrest *JPR/Gunning q.q.* waarin de Hoge Raad in afwijking van het arrest *Vis/NMB* heeft beslist dat een girale betaling op het moment van bijschrijving op de rekening van de ontvanger wordt voltooid.[76] Na de middelen volgens de oude lijn van *Vis q.q./NMB* te hebben besproken, verklaart de Hoge Raad in een overweging ten overvloede dat hij *Vis q.q./NMB* wenst te verlaten. Als uitsmijter doet de Hoge Raad aan *prospective overruling* door te beslissen dat deze nieuwe regel pas geldt voor faillissementen die zijn uitgesproken ná de uitspraakdatum. Hierdoor krijgt de praktijk de tijd om zich in te stellen op de ommezwaai van het arrest. Kortom, rechtsvragen die de Hoge Raad wil beantwoorden, hoeft hij niet eerst aan zichzelf te stellen. Zoals het voorgaande laat zien, kan veel worden bereikt via een *obiter dictum*.

Dat geldt overigens ook voor de prejudiciële procedure zelf, zoals blijkt uit HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3636, *RvdW* 2016/148 (*verzet door curator*) over de vraag of de curator verzet kan instellen tegen de faillietverklaring op grond van art. 10 Fw. Hoewel de vragen dit niet aan de orde stelden – zoals door de Hoge Raad fijntjes wordt onderstreept in r.o. 4.6 – gaf de Hoge Raad (toch) maatstaven voor de beoordeling van dit verzet. Ook in een prejudiciële procedure is de Hoge Raad dus bereid om waar nodig buiten de vragen te treden. Dat geeft de Hoge Raad ruimte om kwesties te behandelen waarover – mogelijk ten onrechte – geen vraag is gesteld.[77]

3.3.4 Grondslag voor de vraag?

3.3.4.1 De wettelijke criteria

Art. 392 lid 1 Rv onderscheidt twee grondslagen voor het stellen van vragen. De vraag – waarvan de beantwoording noodzakelijk moet zijn voor het nemen van een beslissing in het onderliggende geschil - moet rechtstreeks van belang zijn voor:

a. een veelheid aan vorderingsrechten die gegrond zijn op dezelfde of soortgelijke feiten en uit dezelfde of soortgelijke samenhangende oorzaken voortkomen (de zogenoemde massaclaims), of
b. de beslechting of beëindiging van talrijke andere uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen, waarin dezelfde vraag zich voordoet.

In het aanvankelijke consultatieontwerp was het stellen van vragen nog beperkt tot vragen die betrekking hadden op massaclaims, thans de a-grondslag. De reden voor deze beperking was dat men eerst op kleine schaal ervaring wilde opdoen met de prejudiciële procedure. In reacties op het concept-ontwerp werd steeds de kritiek geuit dat het aantal massavorderingen zo klein was dat daarmee nauwelijks ervaring verkregen zou kunnen worden. Bovendien kan ook een niet-massavordering een zaaksoverstijgend belang hebben als de betrokken rechtsvraag in meer zaken speelt. Naar aanleiding van deze kritiek werd in

[76] HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:689, *NJ* 2015/264 (*JPR/Gunning q.q.*) en HR 31 maart 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0705, *NJ* 1990/1 (*Vis q.q./NMB*).

[77] Zie bijvoorbeeld de procedure over het overwaarde-arrangement. Rechters en partijen discussieerden of de vraag of een wettelijk regresrecht al dan niet toekomstig is, reeds was beslist in Rb. Midden-Nederland 27 augustus 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:3628, *JOR* 2014/317, r.o. 4.5 en Rb. Midden-Nederland 16 januari 2015, *JOR* 2015/25, r.o. 4.3. De rechtbank meende van wel. Partijen – en A-G Timmerman in punt 3.2 van zijn conclusie voor HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3023, *RvdW* 2015/1123 – dachten daar anders over. Uit de uiteindelijke beslissing lijkt te volgen dat de vraagstellende rechter het bij het rechte eind had (zie r.o. 3.3.3). Dat de door partijen voorgestelde derde vraag niet nodig was, zouden wij echter niet durven stellen. De discussie tussen rechters en partijen vormde mogelijk voor de Hoge Raad aanleiding om een en ander te verduidelijken (zie de woorden 'zoals bedoeld in' in de genoemde overweging).

het uiteindelijke wetsontwerp de bredere b-grondslag geïntroduceerd.[78] Hierbij heeft de minister zich laten inspireren door de Franse regeling waarin de beantwoording van *questions de droit nouvelle,* vragen over de uitleg van nieuwe wetgeving*,* centraal staat. Door de beperking tot massavorderingen los te laten, kunnen dergelijke vragen en andere regelmatig terugkerende maar nog niet eerder beantwoorde vragen spoedig van een antwoord worden voorzien.[79] Als extra argument voor uitbreiding wijst de minister op het regeerakkoord dat 'forse ingrepen' in de gerechtelijke infrastructuur belooft waardoor de rechtspraak voor burgers onvermijdelijk duurder zal worden. De invoering van de prejudiciële procedure past volgens de minister perfect in het streven naar een meer effectieve en efficiënte rechtsgang.[80] Zo bezien is de prejudiciële procedure een ombuiging in zowel gerechtelijke als begrotingstechnische zin.

Met twee verschillende grondslagen voor het stellen van vragen is het interessant om na te gaan welke daarvan het populairst is onder rechters. Dat zou in beginsel moeten kunnen worden opgemaakt uit de tussenuitspraak waarin de vragen worden gesteld. Immers, indien de rechter besluit een vraag te stellen moet hij op grond van art. 392 lid 3 Rv in zijn beslissing niet alleen de feiten, het onderwerp van het geschil en de standpunten van partijen vermelden, maar ook motiveren of de gestelde vraag voldoet aan de criteria van onderdeel a en/of b van art. 392 lid 1.

In vrijwel alle gevallen (namelijk: 28 van de 29 gevallen)[81] blijkt dat de grondslag voor het stellen van de prejudiciële vraag (mede) is gelegen in grondslag b uit art. 392 lid 1 Rv, namelijk dat de zaak een vraag of onderwerp betreft waarvan gezegd kan worden dat er talrijke andere, uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen bestaan. De andere mogelijke grondslag (sub a), namelijk dat het om een massaclaim zou gaan, dient zich nauwelijks aan (wij telden vier gevallen)[82], en als dat al gebeurd is, dan was dat in drie gevallen ook nog in combinatie met een beroep op grondslag b.[83] Tot slot, maar dat terzijde, valt de enige vraag die zuiver op basis van de a-grondslag werd gesteld – de vraag naar de verpandbaarheid van een assurantieportefeuille – naar onze mening niet onder de a- maar de b-grondslag.[84]

---

78 *Kamerstukken II* 2010-11 32 612, 3, p. 4.

79 *Kamerstukken II* 2010-11 32 612, 3, p. 1 en 4-5. Vreemd genoeg merkt de minister in diezelfde toelichting op p. 12 nog het volgende op over vragen over 'nieuw recht': 'Indien de vraag bijvoorbeeld de uitleg van nieuwe wetgeving tot onderwerp heeft, is niet voldoende dat er onduidelijkheid is over deze uitleg en dat daarover mogelijk in de toekomst (vele) geschillen zouden kunnen rijzen. Vereist is dat daarover op dat moment vele geschillen zijn.' Deze eis heeft de minister later weer laten varen. Vermoedelijk was er voordien toch sprake van enige koudwatervrees bij het introduceren van een nieuwe grondslag. Deze passage zullen wij verderop nog bespreken.

80 *Kamerstukken II* 2010-11 32 612, 3, p. 5.

81 Zoals eerder vermeld konden wij de tussenvonnissen met vragen bij HR 30 oktober 2015 ECLI:NL:HR:2015:3197, *RvdW* 2015/1175 (*betekening ex art. 431a Rv*) en HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162 (*bereik aansprakelijkheid voor dieren*) niet analyseren omdat deze niet zijn gepubliceerd. Gelet op de inhoud van de vragen – en de hierna volgende analyse – houden wij het er op dat deze vragen ook uit hoofde van de b-grondslag zijn gesteld.

82 Rb. Rotterdam 17 april 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ8347, *JOR* 2013/228 (HR 31 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1614, *NJ* 2013/321 (*assurantieportefeuille*)), Rb. Amsterdam 26 juni 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:4617 (HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:766, *NJ* 2015/306 (*stuiting door 3:305a-rechtspersoon*), Hof Amsterdam 20 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:105 (HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3018 (*collectieve stuiting verjaring vernietiging*) en ook Hof Den Bosch 17 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1775 (HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1198, *NJ* 2015/425 (*aanvang wettelijke rente*)). In die laatste uitspraak noemt het hof niet expliciet een grondslag maar gelet op de aard van de zaak – Dexia – scharen wij die mede onder de a-grondslag.

83 Volgens Streefkerk 2015, p. 251, was het een verstandige keuze om de b-grondslag te introduceren gelet op het beperkte aantal vragen dat is gesteld op basis van de a-grondslag.

84 Rb. Rotterdam 17 april 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ8347, *JOR* 2013/228, r.o. 2.2 (*assurantieportefeuille*).

Onlogisch is dit overigens niet, want de b-grondslag vormt een ruim verwoorde categorie die in wezen de a-grondslag omvat – bij massaclaims gaat het immers per definitie om talrijke vergelijkbare zaken[85] – waarmee de rechter dus altijd goed zit.[86] Bovendien is het begrip 'talrijk' niet nader gekwantificeerd. Om hoeveel zaken moet het gaan wil men kunnen spreken van 'talrijke vergelijkbare zaken'? Moet het dan gaan om honderd, tien of misschien slechts twee vergelijkbare zaken? Deze vraag werd ook opgeworpen door een aantal van de eerder door Giesen en Van Kampen geïnterviewde rechters. Zo vonden slechts drie van de geïnterviewden het criterium 'talrijke, feitelijk vergelijkbare zaken' duidelijk. Eén geïnterviewde rechter sprak zelfs van een 'heerlijk vaag criterium'.[87]

Als het begrip 'talrijk' inderdaad zou duiden op een bepaald minimumaantal aan soortgelijke zaken, dan zou de rechter – alvorens hij een vraag kan stellen middels de b-grondslag – moeten vaststellen of die vraag eerder in andere zaken heeft gespeeld of dat daarover zelfs nog zaken aanhangig zijn. Of art. 392 lid 1 onder b Rv inderdaad een 'tellende rechter' verlangt, blijkt niet duidelijk uit de wetshistorie. Die spreekt zich op plaatsen tegen. Eerst stelt de minister dat de rechter voor het stellen van een vraag op zowel de a- als de b-grondslag dient te onderbouwen 'dat het gaat om een veelheid actuele vorderingsrechten en geschillen' en dat hij dat kan doen door onder meer 'erop te wijzen dat er meerdere (…) feitelijke vergelijkbare zaken aanhangig zijn, een weergave van eigen ervaring of gepubliceerde rechtspraak en literatuur'.[88]

Dit alles lijkt inderdaad te duiden op een kwantitatieve benadering, in het bijzonder wat betreft vragen over nieuwe wetgeving. Daarover zegt de minister:

> 'Indien de vraag bijvoorbeeld de uitleg van nieuwe wetgeving tot onderwerp heeft, is niet voldoende dat er onduidelijkheid is over deze uitleg en dat daarover mogelijk in de toekomst (vele) geschillen zouden kunnen rijzen. Vereist is dat daarover op dat moment vele geschillen zijn.'[89]

Het woord 'bijvoorbeeld' suggereert dat het eisen van 'vele aanhangige geschillen' niet alleen opgaat voor twijfels over de uitleg nieuwe wetgeving, maar ook voor vragen over 'oud recht'. Die interpretatie is echter niet te verenigen met de volgende woorden van de minister één pagina verder:

> 'Om hoeveel uit vergelijkbare feiten voortvloeiende geschillen het dient te gaan valt in zijn algemeenheid niet te zeggen, maar het spreekt voor zich dat de maatschappelijke behoefte aan een richtinggevende uitspraak gering is indien het slechts om enkele geschillen gaat. Omstandigheden die voor de invulling van het begrip 'talrijk' van belang kunnen zijn, zijn ook niet alleen het aantal uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen, maar bijvoorbeeld ook de omvang van de vorderingen en de maatschappelijke onrust. De voorwaarde dat het antwoord rechtstreeks van belang is voor andere feitelijk vergelijkbare geschillen, veronderstelt overigens niet dat ter zake hiervan reeds procedures aanhangig zijn gemaakt.'[90]

---

85 Dat ziet men het duidelijkst bij de vraag over de stuitende werking van een collectieve actie ex 3:305a (HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:766, *NJ* 2015/306). Deze vraag kwam voort uit een massageschil, maar is vanwege de overkoepelende processuele aard natuurlijk ook van belang voor andere massageschillen die veel voortvloeien uit een collectieve procedure.

86 In gelijke zin Streefkerk 2015, p. 251 die schrijft dat de a-grondslag om die reden geen zelfstandige betekenis heeft naast de ruimere b-grondslag.

87 Die vraag werd ook opgeworpen door een aantal geïnterviewde rechters in Van Kampen & Giesen 2013, p. 3.

88 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, 3, p. 13.

89 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, 3, p. 12.

90 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, 3, p. 13.

Deze passage wordt vervolgens bijna letterlijk herhaald als antwoord op een vraag van de VVD-fractie over de betekenis van het begrip 'talrijk'.[91]

Als de parlementaire geschiedenis ons iets leert, dan is het dat de wetgever de eis dat er daadwerkelijk over hetzelfde vraagpunt meerdere geschillen lopen, hoogstens stelt aan vragen over nieuwe wetgeving. Bij andere zaken kan de rechter voor het stellen van een vraag volstaan met het maken van een 'gefundeerde inschatting' of is voldaan aan de vereisten van 392 lid 1 Rv.[92] Voldoende lijkt dat de rechter aannemelijk maakt dat een bepaalde rechtsvraag aanleiding kan geven tot meerdere geschillen. Het 'recidive-risico' van een rechtsvraag is dus beslissend en met reden. Het heeft immers geen zin om een interessante vraag af te wijzen enkel omdat de rechter die hem stelt toevallig de eerste of de tweede is die zich daarover moet buigen.[93] Waarom zou het pas bij bijvoorbeeld de derde keer scheepsrecht zijn?

Een mooi voorbeeld van een vraagstellende rechter die getuigt van dit inzicht is de Rechtbank Amsterdam die de Hoge Raad heeft gevraagd of een stichting die ex art. 3:305a BW een collectieve actie wenst in te stellen zelf de verjaring van de desbetreffende rechtsvordering kan stuiten. Ter onderbouwing overwoog zij:

> 'Een antwoord op de onderhavige voorvraag is voorts rechtstreeks van belang voor de beslechting of beëindiging van talrijke andere uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen, waarin dezelfde vraag zich voordoet. Dat geldt wellicht niet in absolute aantallen. Het aantal procedures ex artikel 3:305a lid 1 BW is vooralsnog te overzien. Die procedures betreffen echter nogal eens, net zoals de onderhavige zaak, massaschadezaken of daarmee vergelijkbare zaken. Aldus leiden die procedures nogal eens grote aantallen zaken in van individuele andere personen als bedoeld in artikel 3:305a lid 1 BW dan wel voorkomen zij juist dergelijke grote aantallen zaken.'[94]

Als dus voornamelijk de 'herhaalbaarheid' van een rechtsvraag beslissend zou zijn en niet het daadwerkelijke aantal daarover gevoerde geschillen, is het vervolgens de vraag waarom bij vragen over nieuwe wetgeving dan wel per se naar het aantal aanhangige zaken zou moeten worden gekeken. Voor dit verschil in behandeling biedt de wetshistorie geen rechtvaardiging. Vermoedelijk had de minister hierbij het oog op het bezwaar tegen de prejudiciële procedure dat het bij sommige rechtsvragen beter is als zij eerst worden overdacht door meerdere instanties dan dat zij meteen door de Hoge Raad worden beslist. Anders gezegd: sommige kwesties zouden eerst moeten rijpen voordat zij aan de Hoge Raad worden voorgelegd. Ook de Hoge Raad steunt bij zijn beslissingen uiteindelijk op de standpunten en argumenten van anderen en die ontwikkeling vergt soms de nodige tijd. Dit probleem is bijzonder prangend bij vragen over nieuwe wetgeving omdat er simpelweg nog geen rechtspraak is om op voort te borduren.

Wij kunnen ons op zichzelf natuurlijk voorstellen dat sommige kwesties die worden opgeworpen over nieuwe wetgeving nogal controversieel zijn – bijvoorbeeld omdat zij van ethische of politieke aard zijn – zodat zij zich daarom wellicht minder goed lenen voor (directe) prejudiciële beantwoording.[95] En sommige kwesties zijn juridisch dermate

---

91 *Kamerstukken I* 2011/12, 32 612, C, p. 7
92 *Kamerstukken I* 2011/12, 32 612, C, p. 8.
93 Aldus ook De Jong 2011, in par. 3.3.1.
94 Rb. Amsterdam 26 juni 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:4617, *JOR* 2013/299, r.o. 5.8.6.3 (*stuiting door 3:305a-rechtspersoon)*.
95 Al kan evengoed gesteld worden dat juist dan een snel antwoord van de Hoge Raad wenselijk zou zijn.

ingewikkeld dat ook de Hoge Raad gebaat kan zijn bij een corpus aan beslissingen waarin alle denkbare argumenten naar voren worden gebracht. Rechtsvorming gaat niet altijd snel, maar soms slechts in stapjes. Anderzijds, als er door nieuwe wetgeving een geschil ontstaat omdat de wet bijvoorbeeld een onvoorzienbare leemte blijkt te bevatten, waarom zou die leemte dan alleen via een reguliere cassatie mogen worden opgevuld en niet bij wijze van prejudiciële beslissing? Zoals de minister ook opmerkt is één van de krachten van de prejudiciële procedure dat het toekomstige procedures met een richtinggevende uitspraak helpt te voorkomen. Dat geldt uiteraard ook voor geschillen over nieuwe wetgeving.

3.3.4.2 WANNEER STELLEN RECHTERS VRAGEN?

Tot dusver de wetshistorie, dan nu de praktijk. Een bekende wijsheid uit de cassatiepraktijk is dat de Hoge Raad zelf bepaalt welke ruimte hem als cassatierechter toekomt.[96] Als hoogste rechter komt hem dezelfde vrijheid toe bij zijn rol als prejudiciële beslisser. De wetgever heeft immers tegenstrijdige aanwijzingen gegeven voor de toepassing van de criteria van art. 392 lid 1 Rv. Het is dan aan de Hoge Raad om die niet-sluitend geformuleerde criteria uit te leggen. Daarmee beslist hij niet alleen over het antwoord, maar ook over de toegang tot de prejudiciële procedure.[97] Daarmee is de Hoge Raad – samen met de lagere rechter die immers in de eerste plaats beslist of hij een vraag stelt – poortwachter van de prejudiciële procedure en daarmee bepaalt hij tevens zijn eigen prejudiciële werklast. Om te weten welke grenzen art. 392 lid 1 Rv stelt aan het stellen van vragen, is de beantwoording (en niet-beantwoording) dan ook van groter belang dan de wetshistorie. Hieronder wordt onderzocht in hoeverre rechters op de voet van art. 392 lid 3 motiveren dat aan de criteria van (specifiek) de b-grondslag is voldaan. Ook wordt bekeken of, en in welke mate, de Hoge Raad deze motivering toetst.

Als naar alle vragen wordt gekeken, valt op dat verreweg de meeste rechters een vraag stellen omdat de beantwoording daarvan van belang is voor mogelijk toekomstige geschillen.[98] In andere zaken wijst een vraagstellende rechter (ter aanvulling) op meerdere aanhangige geschillen over dezelfde vraag,[99] op uitspraken waarin de desbetreffende vraag op verschillende wijze wordt beantwoord,[100] het ontbreken van consensus in de literatuur[101] of dat er binnen hetzelfde gerecht verschillend over een vraag wordt gedacht.[102] Ten aanzien van specifiek de talrijkheidseis wisselt de mate van onderbouwing van een cijfermatig onderbouwd betoog dat gelet op het aantal onderbewindstellingen per jaar een bepaalde vraag over de procesbevoegdheid van een bewindvoerder wel vaker aan de orde zou moeten komen,[103] tot een persoonlijke inschatting van de vraagstellende rechter.[104] In één zaak werd het wettelijk criterium simpelweg in de vorm van een bevestigend oordeel gegoten.[105]

---

96 Zie nader paragraaf 3.3.10.

97 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, 3, p. 11 en Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/340.

98 Rb. Rotterdam 13 maart 2013 ECLI:NL:RBROT:2013:BZ4891 en Rb. Rotterdam 17 april 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ8347 (*assurantieportefeuille*).

99 Rb. Oost-Brabant 22 mei 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:2779 (*ipr-doorbraak*).

100 Rb. Amsterdam 4 december 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY6220 (*bewijsbeslag*), r.o. 4.6. & Rb. Midden-Nederland 18 december 2013, ECLI:NLRBMNE:2013:7614 (*verval loonaanspraak bij arbeidsongeschiktheid*), r.o. 5.3.2 e.v.

101 Rb. Oost-Brabant 20 februari 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:BZ2201 (*stil pandhouder, bodembeslag en afkoelingsperiode*), r.o. 4.5.

102 Rb. Gelderland 21 augustus 2013, ECLI:NL:RBGEL: 2013:2663 (*bewindvoerder als procespartij*).

103 Rb. Gelderland 21 augustus 2013, ECLI:NL:RBGEL: 2013:2663 (*bewindvoerder als procespartij*).

104 Rb. Den Haag 13 juni 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA3529 (*telefoonabonnementen I*). Gelet op de alledaagsheid van de materie (de juridische kwalificatie van de afsluiting van een belabonnement inclusief toestel) viel er weinig op deze inschatting af te dingen.

105 Hof Den Bosch 27 maart 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:885 (*belanghebbende bij ondertoezichtstelling*), r.o. 3.12: 'Een positief antwoord op deze vraag is vereist om op het verzoek van de vader, dat in de onderhavige zaak ter beoordeling voorligt, inhoudelijk te kunnen beslissen. Daarnaast is het antwoord op deze vraag

De zojuist genoemde voorbeelden – ook die met minder diepgravende motiveringen – komen allemaal uit zaken waarin de Hoge Raad een antwoord heeft gegeven. Daaruit zou al kunnen worden opgemaakt dat voor het stellen van een vraag, de rechter niet diepgaand hoeft te onderzoeken of deze vraag in andere aanhangige geschillen speelt. Extra voeding hiervoor biedt het arrest in de *ipr-doorbraak-zaak* (ook wel de *MyGuide*-beslissing)[106] over de doorbreking van aansprakelijkheid bij buitenlandse rechtspersonen. In zijn conclusie voor dit arrest had de A-G Vlas voorgesteld om de gestelde vragen niet te beantwoorden, enerzijds omdat de vraag reeds is beantwoord in een eerder arrest en anderzijds omdat de vraag niet in talrijke andere zaken zou spelen.[107] De Hoge Raad besloot vervolgens om de vraag inderdaad niet te beantwoorden zij het uitsluitend omdat het een *acte éclairé* betrof.[108]

In de parlementaire geschiedenis werd nog gesuggereerd dat de Hoge Raad, indien hij twijfelt of een vraag voldoet aan de criteria van art. 392 lid 1 Rv, inlichtingen kan inwinnen bij de gerechten op de voet van art. 83 RO, bijvoorbeeld om te controleren of een vraag inderdaad in meerdere geschillen speelt. Voor zover wij weten heeft de Hoge Raad geen gebruik gemaakt van deze bevoegdheid, althans dit blijkt niet uit zijn antwoorden. Ook dat lijkt ons indicatief voor het geringe gewicht dat de Hoge Raad hecht aan het talrijkheidsvereiste. Raadsheer Streefkerk bevestigt dit in zijn bijdrage voor *Trema*:

> 'De Hoge Raad is niet streng bij de toetsing of is voldaan aan het b-criterium dat de gestelde vraag van rechtstreeks belang moet zijn voor de beslechting van 'talrijke andere uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen'. Volgens art. 392 lid 3 Rv moet de beslissing van de feitenrechter een uiteenzetting op dat punt bevatten. De Raad stelt hieraan geen hoge eisen. Vele in de praktijk levende rechtsvragen zijn nu eenmaal naar hun aard van belang voor 'talrijke andere geschillen'. Niet nodig is dat over die andere geschillen reeds procedures aanhangig zijn; de prejudiciële procedure is immers mede bedoeld om andere procedures overbodig te maken.'[109]

Anders gezegd, voor het stellen van vragen op de b-grondslag heeft de rechter geen telraam nodig. De opstelling van de Hoge Raad is daarmee dus welwillend, in ieder geval welwillender dan de wetgever had voorzien. Als de memorie van toelichting wordt vergeleken met het nader verslag dan valt op dat de minister in de memorie juist de ruimte benadrukt die de Hoge Raad heeft om van beantwoording af te zien. Kennelijk wilde de minister de vrees wegnemen dat invoering van de prejudiciële procedure zou leiden tot verzwaring van de werklast van de Hoge Raad. Dit deed hij onder meer door het criterium 'van onvoldoende gewicht' uit art. 393 lid 8 Rv te vergelijken met de bewoordingen van art. 80a en art. 81 RO. De Hoge Raad heeft vooralsnog echter nooit de beantwoording geweigerd onder verwijzing naar dit criterium.[110]

Illustratief is ook het eerder aangehaalde vonnis van de Rechtbank Den Haag over de analoge toepassing van de regel van het Hangmat-arrest bij risicoaansprakelijkheid voor dieren. Daarin besloot de rechtbank geen prejudiciële vragen te stellen maar zelf de knoop door te hakken. Op zichzelf wekt dat wellicht geen verbazing want de Hangmat-zaak werd

---

rechtstreeks van belang voor de beslechting of beëindiging van talrijke andere uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen waarin dezelfde vraag zich voordoet.'

[106] Alhoewel de Hoge Raad in die zaak nog spreekt van een 'arrest'. Later duidt hij zijn prejudiciële uitspraken als 'beslissing'. Zie paragraaf 3.3.7.1.

[107] Conclusie van 11 juni 2013, ECLI:NL:PHR:2013:CA3959, punt 1.7.

[108] HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3958, *NJ* 2013/353 (*ipr-doorbraak*).

[109] Streefkerk 2015, p. 252.

[110] Zie paragraaf 3.3.4.5.

juist als voorbeeld genoemd van een rechtsvraag die weliswaar belangwekkend is maar die zich niet in 'talrijke andere uit soortgelijke feiten voortvloeiende zaken' voordoet.[111] Deze talrijkheidseis heeft de Rechtbank Noord-Holland echter niet tegenhouden om exact dezelfde vraag (alsnog) voor te leggen aan de Hoge Raad. De Hoge Raad zag op zijn beurt – kennelijk – evenmin een beletsel en heeft de vraag beantwoord.[112]

Een en ander betekent waarschijnlijk dat in deze toegangseis op zichzelf geen wezenlijke drempel voor het stellen van vragen schuilt,[113] hetgeen ook passend is als de insteek is om de regeling een succes te laten worden. Als dat echter het geval is, dan zou de eenvoudige eis dat de te stellen prejudiciële vraag bijdraagt aan de rechtsvorming en/of de rechtseenheid ook hebben/kunnen volstaan.[114]

3.3.4.3 IN FISCALE ZAKEN VERRUIMD

De wetgever lijkt zich dit ondertussen ook te hebben gerealiseerd. Per 1 januari 2016 is de prejudiciële procedure ingevoerd voor belastingzaken. De eis van 'talrijke andere uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen' komt daarin niet voor. Voldoende is dat het antwoord op de gestelde vraag nodig is om op het beroep te beslissen (art. 27ga lid 1 AWR).

Deze keuze (of wellicht: omissie) stuitte overigens wel op weerstand bij de Hoge Raad. In een brief aan de staatssecretaris van Financiën over het wetsontwerp voor de fiscale prejudiciële procedure schreven de President van en de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad dat deze 'in theorie onbegrensde mogelijkheid tot het stellen van vragen' onwenselijk is. Bovendien, zo merkten zij op, leek de toelichting juist wel een bepaalde mate van begrenzing te beogen. De briefschrijvers hebben de staatssecretaris dan ook gevraagd om duidelijk te maken of hij wenste af te wijken van de civiele regeling. Bij een ontkennend antwoord zou de staatssecretaris er volgens de briefschrijvers verstandig aan doen om simpelweg de formulering van art. 392 lid 1 Rv over te nemen.[115]

De staatssecretaris heeft dit advies echter niet gevolgd mede omdat de deelnemers aan een door hem georganiseerde expert meeting het niet nodig achtten om een drempel voor het stellen van vragen in de wettelijke regeling op te nemen. Dat is op zich al opmerkelijk, maar nog opmerkelijker – zeker in vergelijking met de toelichting bij de civiele regeling – is dat volgens de staatssecretaris het kabinet: '*bij nader inzien geen noodzaak [ziet] om de bestuursrechter op te leggen om te onderzoeken of er meerdere vergelijkbare geschillen spelen en om de Hoge Raad op te leggen dit te controleren.*'[116] Wel vermeldt de memorie

---

[111] Teuben 2012, p. 105. Vgl. Rechtbank Den Haag 4 maart 2013, ECLI:NL:RBDHA:2015:2443, besproken in paragraaf 3.3.3. Of het inderdaad zo is dat deze casus zich weinig voordoet, laten we hier in het midden. We weten dat niet.

[112] HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162 (*bereik aansprakelijkheid voor dieren*). Zie paragraaf 3.3.2.3.

[113] Tervoort 2016, p. 168, onderschat dan ook de mogelijkheden van de regeling (ook voor de personenvennootschap).

[114] In het licht van de mogelijke uitbreiding van de regeling naar het strafrecht kan dat relevant worden. Wil men daar met een in de kern kwantitatieve eis gaan werken, of liever met een inhoudelijke voorwaarde? Vgl. ook Knigge 2015, p. 94, die de criteria van art. 392 Rv voor een eventuele strafrechtelijke variant van de regeling zou willen loslaten. Zie ook met name paragraaf 8.5.4 inzake een mogelijke strafrechtelijke regeling. Men zou de tekst van de Wpv zoals die nu luidt, op dit punt kunnen aanpassen, maar gezien de huidige uitleg van de wet in de rechtspraak van de civiele kamer van de Hoge Raad, is dat niet nodig.

[115] Zie het Advies van de Hoge Raad onder 9, zoals te raadplegen op: www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/brieven/2015/09/03/advies-hoge-raad-over-concept-wetsvoorstel-overige-fiscale-maatregelen-2016/advies-hoge-raad-over-concept-wetsvoorstel-overige-fiscale-maatregelen-2016.pdf. Ook de Afdeling advisering van Raad van State uitte zich op dit punt zeer kritisch. Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34 305, 4, p. 2-3.

[116] *Kamerstukken II* 2015/16, 34 305, 3, p. 53. Deze opmerking keert ook terug in het nader rapport (nr. 4, p. 4).

van toelichting bij het in de Tweede Kamer ingediende wetsvoorstel dat in de prejudiciële procedure moet gaan om '*rechtsvragen die (potentieel) in een groot aantal vergelijkbare gevallen spelen*'.[117] Ook de fiscale wetgever lijkt zich op dit punt tegen te spreken.

Net als de minister van Veiligheid en Justitie haastte de staatssecretaris zich wel om er nog bij te zeggen dat het weglaten van een wettelijke begrenzing niet hoeft te leiden tot een verzwaring van de werklast van de Hoge Raad. De belastingkamer zal – net als de civiele kamer op grond van art. 393 lid 1 en 8 Rv – aanstonds of later in de procedure kunnen afzien van beantwoording indien zij meent dat de vraag zich niet voor beantwoording leent of als zij de vraag van onvoldoende gewicht acht. Volgens de staatssecretaris is die bevoegdheid voldoende om te verzekeren dat de fiscale prejudiciële procedure gereserveerd blijft voor zaken met een bepaalde 'maatschappelijke relevantie'.[118]

3.3.4.4 TUSSENCONCLUSIE

Concluderend kunnen wij stellen dat het vereiste van art. 392 lid 1 onder b Rv dat een vraag van belang moet zijn 'voor talrijke andere uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen' niet al te letterlijk moet worden genomen, althans niet in die zin dat het de rechter verplicht om na te gaan hoeveel zaken over eenzelfde rechtsvraag aanhangig zijn (geweest). Beslissend is of de desbetreffende rechtsvraag (potentieel) van belang kan zijn voor andere zaken. De vraag moet een zaaksoverstijgend karakter bezitten. Bij een zuivere rechtsvraag zal dit steeds het geval zijn. Zuivere rechtsvragen hebben immers een algemene betekenis en zijn dus per definitie van belang voor andere geschillen. Om de vraag over uitbreiding van het Hangmat-arrest naar risicoaansprakelijkheid voor dieren als voorbeeld te nemen: ieder gezinslid kan een lelijke krab krijgen van de huiskat. Dit kan anders zijn bij gemengde vragen die een deels feitelijk en deels juridisch karakter hebben. De beantwoording van gemengde vragen kan en zal zeer zinvol zijn voor rechters die willen weten welke omstandigheden zij in de beoordeling moeten betrekken van een kwestie die vaker op de rol staat. Vragen die daarentegen sterk zijn vervlochten met de omstandigheden van het concrete geval en zich dus moeilijk laten veralgemenen, lenen zich daarentegen niet voor prejudiciële beantwoording. De begrenzing moet daarom waarschijnlijk eerder worden gezocht in het onderscheid tussen feit en recht zoals dat ook bij de cassatieprocedure het geval is.[119] Hoe 'zuiverder' de rechtsvraag (anders geformuleerd: hoe meer hij losstaat van de concrete omstandigheden van het specifieke geval), hoe groter de kans dat deze van belang is voor andere zaken.

Wij betwijfelen dan ook de bruikbaarheid van het begrip 'maatschappelijke relevantie' zoals de fiscale wetgever dat lijkt voor te staan. Zoals Streefkerk schrijft, zijn lang niet alle vragen die de civiele kamer heeft beantwoord 'hemelbestormend'.[120] Dat hoeft ook niet, want de beantwoorde vragen waren wel allemaal van belang voor de zaak die de vraagstellende rechter had te beslissen en ze zouden evenzeer van belang zijn geweest voor de eerstvolgende rechter die dezelfde kwestie te beoordelen zou krijgen. Als partijen met een prejudicieel antwoord over dergelijke kwesties niet eerst tot aan de Hoge Raad hoeven door te procederen, en dit voor toekomstige andere gevallen ook niet meer nodig is, dan is dat volgens ons pure winst. Ook de beantwoording van die vragen is daarom 'maatschappelijk relevant'.[121]

---

[117] *Kamerstukken II* 2015/16, 34 305, 3, p. 53.
[118] Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34 305, 3, p. 53.
[119] Zie nader paragraaf 3.3.10.
[120] Streefkerk 2015, p. 250-251.
[121] Aldus ook Streefkerk 2015, p. 251.

3.3.4.5 SOMS GEEFT DE HOGE RAAD GEEN ANTWOORD

Dat de Hoge Raad over het algemeen welwillend staat tegenover de aan hem gestelde prejudiciële vragen, wil niet zeggen dat hij dat steeds is. Van de 25 vragen waarin de Hoge Raad definitief uitspraak deed, heeft hij (slechts) twee vragen onbeantwoord gelaten, namelijk in de *MyGuide-beslissing* en in de *assurantieportefeuille-zaak*.[122]

In *MyGuide* had de Hoge Raad de gestelde vraag – over de vraag of doorbraak van aansprakelijkheid op grond van art. 2:11 BW ook kon worden toegepast bij buitenlandse rechtspersonen – reeds beantwoord in een eerdere cassatieprocedure.[123] De vraag zag dus op een *acte éclairé*.[124] Wat echter opvalt, is dat de Hoge Raad weliswaar weigert antwoord te geven, maar zijn eerdere beslissing niettemin uitgebreid toelicht. Tot het geven van die extra toelichting was hij niet verplicht. Op grond van de laatste zin van art. 393 lid 8 Rv had de Hoge Raad ook kunnen volstaan met een blote weigering.[125] Deze didactische aanpak had hij eerder toegepast in zijn eerste antwoord over de executoriale kracht van de grosse van een hypotheekakte waar ook al naar 'de bekende weg' was gevraagd. Het antwoord week niet af van het vroegere arrest Rabobank/Visser.[126] Over antwoord gesproken: in tegenstelling tot het *MyGuide-beslissing* gaf de Hoge Raad bij zijn eerste prejudiciële beslissing formeel nog wel een antwoord, vermoedelijk onder het mom van 'de eerste klap is een daalder waard'.[127]

Sommige feitenrechters ervaren het als pijnlijk als de Hoge Raad volstaat met een verwijzing naar zijn eerdere rechtspraak.[128] Dat hoeft natuurlijk niet steeds zo te zijn. Ook de rechtspraak van de Hoge Raad is niet helemaal bestand tegen de tand des tijds en ook standaardarresten kunnen hun betekenis verliezen door maatschappelijke, technologische en/of juridische ontwikkelingen. Op een gegeven moment zal over de houdbaarheid van vrijwel elke uitspraak kunnen worden getwijfeld. De rechtsonzekerheid die ondertussen is ontstaan, kan snel worden bezworen als de rechter een eerder beantwoorde rechtsvraag opnieuw voorlegt aan de Hoge Raad. De Hoge Raad wordt dan in wezen gevraagd of hij bereid om 'om' te gaan. Zo bezien kan vragen naar de bekende weg zinvol zijn. Zelfs als de Hoge Raad vervolgens niet om gaat, is dat niet erg want ook dan is aan de onzekerheid een einde gekomen.[129] Leren dat een bepaald precedent nog altijd staat als een huis is ook winst.

Dat de Hoge Raad geen antwoord gaf op de door de Rechtbank Rotterdam gestelde vraag of een assurantieportefeuille een vermogensrecht is in de zin van art. 3:6 BW, en dus kan worden verpand, is interessanter.[130] Het is de enige vraag waarvan de Hoge Raad aanstonds afzag van beantwoording. De reden was dat de rechtbank zich nog niet had uitgesproken over twee verweren die vooraf gingen aan het onderwerp van de vraag. Indien een van die

---

[122] Resp. HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3958, *NJ* 2013/353 en HR 31 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1614, *NJ* 2013/321.

[123] Zie HR 18 maart 2011, ECLI:NL:HR:2012:BP1408, *NJ* 2011/132.

[124] Dat de beslissing niettemin belangwekkend was, blijkt uit de Kamervragen die daarover zijn gesteld. Zie aanhangsel *Handelingen II* 2013/2014, nr. 63 en nr. 245.

[125] Zie ook art. 6.1 van het Reglement prejudiciële vragen van de civiele kamer.

[126] HR 26 juni 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0646, *NJ* 1993/449.

[127] In gelijke zin Steneker in zijn noot in *JOR* 2013/126.

[128] Eén geïnterviewde rechter in Van Kampen & Giesen 2013, p. 14, zei het volgende: "[H]et hangt er een beetje van af op wat voor grond zo'n vraag niet ontvankelijk wordt verklaard. Kijk, als ze [de Hoge Raad-onderzoekers] 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.'

[129] En mogelijk is het dan de wetgever duidelijk geworden dat hij desgewenst aan zet is. Zie bijvoorbeeld HR 1 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4134, *NJ* 2013/156 (*Van Leuveren/ING*), r.o. 4.1.

[130] HR 21 mei 2013, ECLI:NLHR:2013:CA1614 *NJ* 2013/321 (*assurantieportefeuille)*.

verweren slaagt, dan is de zaak beslist en is de vraag naar de verpandbaarheid van de assurantieportefeuille niet meer relevant, aldus de Hoge Raad. Beantwoording van de door de Rechtbank Rotterdam gestelde vraag was dus (nog) niet nodig was voor de beslissing van het geschil. De Hoge Raad lijkt zich daarmee strikt te houden aan de woorden 'indien een antwoord op deze vraag nodig is om op de eis of het verzoek te beslissen' uit art. 392 lid 1. Alleen als het antwoord op een vraag noodzakelijk is voor het nemen van een beslissing, dan wordt die vraag beantwoord. Inmiddels is het tenminste één keer voorgekomen dat een feitenrechter geen vragen heeft gesteld vanwege dit criterium. De Rechtbank Den Haag weigerde vragen te stellen omdat de ingestelde vordering inmiddels was verjaard.[131]

De vergelijking met de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie over het zuiver hypothetische geval dringt zich hier op. Mocht een antwoord op een gestelde vraag (nog) niet noodzakelijk zijn voor de beslechting, en dus in de woorden van het Hof zuiver hypothetisch zijn, dan wordt die vraag niet beantwoord. De weigering in de *assurantieportefeuille-zaak* impliceert dat de Hoge Raad ook de leer van het hypothetische geval huldigt, althans zijn eigen variant daarop. Immers als de Hoge Raad al afziet van beantwoording omdat het belang bij een mogelijke antwoord afhankelijk is van de beoordeling van een door een der partijen gevoerd verweer, dan zal hij vermoedelijk ook niet ingaan op vragen die überhaupt niet van belang zijn voor de concrete zaak die de vraagstellende rechter heeft te beslissen.

Een voorbeeld kan dit verhelderen. In één van zijn meer belangwekkende antwoorden heeft de Hoge Raad beslist dat de afsluiting van een telefoonabonnement met de verstrekking van een 'gratis' toestel moet worden gekwalificeerd als koop op afbetaling.[132] In de onderliggende procedure was de consument verschenen, maar het komt uiteraard veel vaker voor dat de consument in dit soort incassoprocedures verstek gaan. Daarom heeft de Rechtbank Den Haag – naar aanleiding van het eerste antwoord – de vraag gesteld of de rechter ambtshalve moet toetsen aan de regels voor koop op afbetaling.[133] De vraag rijst of de Hoge Raad het punt van ambtshalve toetsing niet reeds in de eerste telefoonzaak had kunnen beslissen. Als wij de weigering in de *assurantieportefeuille-zaak* tot uitgangspunt nemen, is het antwoord vermoedelijk 'nee'. In de eerste telefoonzaak werd niet specifiek gevraagd naar ambtshalve toetsing. Bovendien – en dat is belangrijker – had de consument verweer gevoerd. Indien de Hoge Raad dus iets had willen zeggen over ambtshalve toetsing in telefoonzaken, dan had hij niet alleen – naar analogie met art. 419 Rv[134] – 'buiten de vragen om' moeten gaan, maar had hij ook moeten abstraheren van het concrete geval.

Maar het is nog maar de vraag hoe strikt de Hoge Raad gebonden is aan een vraag. Als bijvoorbeeld wordt gekeken naar de *bewijsbeslag-zaak*, dan valt op dat de Hoge Raad niet per se terugdeinst voor het 'in ruime mate' beantwoorden van vragen. De beantwoording in die zaak gaat namelijk verder dan waartoe de vragen strikt genomen aanleiding gaven. Dat ziet men het duidelijkst als de antwoorden van de Hoge Raad worden vergeleken met de antwoorden die de A-G Wesseling-Van Gent had voorgesteld in haar conclusie. Zij had zelfs geadviseerd om vier van de zes vragen niet te beantwoorden omdat dit een beantwoording zou vergen die de rechtsvormende taak van de Hoge Raad te buiten zou gaan.[135] Reden was dat de vragen volgens haar dwongen tot het ontwerp van een regeling die ook toepasbaar

[131] Rb. Den Haag 17 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:1579, r.o. 4.12.
[132] HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, *NJ* 2015/477 (*telefoonabonnementen I)*.
[133] Zie voor het antwoord HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236 (*telefoonabonnementen II*).
[134] Zie nader over dit art. Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/275. Anders dan de straf- en belastingkamer mag de civiele kamer in beginsel niet ambtshalve casseren (op deze regel bestaan uitzonderingen vanwege het Unierecht, zie Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/276).
[135] ECLI:NL:PHR:2013:BZ995, nrs. 2.30-2.33.

moet zijn in het digitale tijdperk. Vanwege de onduidelijkheden die hierover nog bestonden, helemaal wat betreft inpassing in het digitale verkeer, meende de A-G dat de Hoge Raad er verstandig aan zou doen dit over te laten aan de wetgever. Desondanks heeft de Hoge Raad een antwoord gegeven op de meeste vragen. Eén vraag – of de voorzieningenrechter iedere willekeurige IT-specialist kan aanwijzen bij het verlenen van verlof tot het leggen van bewijsbeslag – liet hij onbeantwoord, omdat deze zich niet voor een algemeen antwoord leende. Volgens de Hoge Raad kon de vertrouwelijkheid bij het leggen van het beslag op meer wijzen worden gewaarborgd. De invulling daarvan – die sterk afhankelijk is van de omstandigheden van het geval – liet hij over aan de voorzieningenrechter.[136]

Het geheel overziend kan men zich dus afvragen of deze door de Hoge Raad zelf opgelegde beperking goede zin heeft. In de *assurantieportefeuille-zaak* was duidelijk dat het ging om een voor de praktijk hoogst relevante vraag.[137] Het verbaast dan ook niet dat A-G Rank-Berenschot[138] gewoon 'groen licht' had gegeven. Op grond van art. 393 lid 1 Rv heeft de HR - 'gehoord de procureur-generaal' – eerst te beslissen of de gestelde vraag zich wel leent voor beantwoording bij wijze van prejudiciële beslissing en of deze van voldoende gewicht is voor beantwoording. De A-G meende, zoals gezegd, dat de vraag zich voor beantwoording leende en voor het overige aan de maat was. De Hoge Raad dacht daar zoals gezegd anders over. Daarbij speelde allicht een rol dat de Hoge Raad voor de toekomst in ieder geval één precedent wilde hebben op basis waarvan hij vragen, omdat zij (nog) niet relevant zijn voor de beslechting van het relevante geschil, buiten de deur kan houden.

De voornoemde opstelling van de Hoge Raad valt echter moeilijk te verenigen met de aanpak die de Hoge Raad de laatste jaren hanteert in reguliere cassaties. In de cassatieprocedure toont de Hoge Raad zich juist steeds vaker bereid om klachten ten overvloede toch te behandelen met het oog op de beslechting van het geschil na verwijzing,[139] of omwille van de rechtseenheid.[140] Soms geeft de Hoge Raad zelfs een eigen oordeel geheel buiten de middelen om.[141] Deze aanpak lijkt op gespannen voet te staan met art. 419 Rv dat wij zojuist noemden. Niettemin wordt hiermee ontegenzeggelijk een bijdrage geleverd aan de rechtsvorming. Strikte beperking tot de middelen zou daartoe minder ruimte laten. Overigens, ter relativering: de Hoge Raad gaf in de *assurantieportefeuille-zaak* natuurlijk wel een waardevolle aanwijzing voor de verdere beslechting van het geschil in Rotterdam.[142]

Dat blijkt verstandig te zijn geweest, want ondertussen is de vraag over de verpandbaarheid van een assurantieportefeuille opnieuw voorgelegd aan de Rechtbank Rotterdam. De rechtbank heeft toen besloten om de knoop zelf te door te hakken.[143] Daarin rept de rechtbank met geen woord over het (opnieuw) stellen van prejudiciële vragen. Uit het procesverloop blijkt evenmin dat partijen enig initiatief hiertoe hebben ontplooid. Niets stond een antwoord van de Hoge Raad hier echter in de weg,[144] want er waren geen verweren

[136] Voor zover wij weten is dit de enige deelvraag die de Hoge Raad onbeantwoord heeft gelaten.
[137] Zie voor een opsomming van literatuur over dit onderwerp, nr. 3 van de noot van Ernste bij HR 21 juni 2013, *JPBR* 2013/44.
[138] Er is vervolgens geen inhoudelijke conclusie genomen.
[139] Zie onlangs nog HR 14 augustus 2015, ECLI:NL:HR:2015:2192, rov. 3.7.1
[140] HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3422, rov. 3.4.1 e.v.
[141] Zie HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:689, *RvdW* 2015/432 (*JPR/Gunning q.q.)* rov. 3.10.1. reeds genoemd in paragraaf 3.3.3.4. Zie ook – voor prejudiciële procedures – HR 18 december 2015 ECLI:NL:HR:2015:3636, *RvdW* 2016/148 (*verzet door curator*), r.o. 4.6.
[142] Zie nader paragraaf 3.4.
[143] Rb. Rotterdam 18 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8495. De rechtbank heeft daarin beslist dat op een *assurantieportefeuille* als zodanig geen pandrecht kan worden gevestigd. Wel kan een pandrecht worden gevestigd op de onderliggende goederen volgens de afzonderlijk daarvoor geldende vereisten.
[144] Punten 2.14-2.16.

gevoerd die een obstakel hadden kunnen vormen, zoals in de vorige zaak. Toch heeft de rechtbank besloten geen vragen te stellen. Wij kunnen niet helpen ons af te vragen of dit verband houdt met het eerder gelopen 'blauwtje'.[145]

3.3.4.6 TUSSENCONCLUSIE: DE HOGE RAAD LEGT UIT EN BESLIST

Bovenstaande kritiek daargelaten, feit blijft dat het uiteindelijk de Hoge Raad is die gaat over de uitleg van art. 392 en 393 Rv, net zoals hij ook het laatste woord heeft over de interpretatie van bijvoorbeeld art. 419 Rv en art. 79 RO.[146] Welke prejudiciële vragen zich wel en niet voor beantwoording lenen, is dus uiteindelijk mede een beleidskwestie van de Hoge Raad zelf.[147] Het zou interessant zijn om te zien in wat voor typen zaken of vragen de Hoge Raad bereid is om verder te gaan en bij welke soort vragen hij zich juist terughoudend opstelt. Het aantal beantwoorde vragen – en belangrijker: niet-beantwoorde vragen – is echter nog te gering – en de vragen zijn inhoudelijk te verschillend - om daarover (nu al) uitspraken over te doen.

Eén conclusie laat zich wel voorzichtig trekken. De Hoge Raad is bereid het belang en het bereik van een rechtsvraag ruim te interpreteren, maar die rechtsvraag moet wel beslissend zijn voor de beslechting voor het onderliggende geschil. De aanwezigheid van dit belang lijkt vooralsnog de enige harde eis. Een volstrekt abstracte vraag die niet van belang is voor het nemen van een specifieke beslissing in een bepaalde zaak – bijvoorbeeld: 'de goederenrechtelijke overeenkomst, bestaat die wel of niet?' – leent zich vermoedelijk niet voor beantwoording.

Daarnaast valt niet uit te sluiten dat de Hoge Raad na verloop van tijd terughoudender zal (moeten) worden, bijvoorbeeld omdat zijn prejudiciële werklast is toegenomen of als er 'vaker naar de bekende weg' wordt gevraagd.[148] De aanvankelijke welwillendheid bij het Europese Hof van Justitie is gaandeweg ook minder geworden.[149] Dat de Hoge Raad tot nu toe ingaat op de bevraging van zijn eigen jurisprudentie juichen wij dan ook toe. Ook bij zaken waarvan onzeker is of de Hoge Raad wel of niet bereid is om te gaan, is het een voordeel dat dit ook kan worden beproefd via een prejudiciële procedure naast de langere cassatieprocedure. Zelfs een kort antwoord of weigering is dan nuttig. Indien een rechter inderdaad naar de bekende weg vraagt naar aanleiding van kritiek uit de wetenschap en de praktijk, en de Hoge Raad geeft geen antwoord dan is ieder geval duidelijk dat hij niet omgaat. De praktijk weet dan dat zij zich voorlopig de eerdere ingezette lijn zal moeten behelpen totdat de wetgever eventueel bijspringt. Dat is zoals gezegd ook winst.[150]

---

[145] Dit vermoeden wordt versterkt door het feit dat één rechter beide vonnissen heeft medeondertekend. Zie in dit verband overigens ook één geïnterviewde rechter in Van Kampen & Giesen 2013, p. 14: 'Ja, 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 die 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.' Inmiddels heeft de Rechtbank Rotterdam zich overigens 'herpakt' en de vraag gesteld (onder nummer 16/01160) of bij vennootschap onder firma slechts eenmaal griffierecht wordt geheven en niet ook bij de vennoten.

[146] Zie paragraaf 3.3.3.

[147] Zie paragraaf 3.3.10 hierna.

[148] Aldus ook Vermeulen 2012, p. 166 en Numann 2010, p. 111.

[149] Zie ook Daalder & De Graaff 2015, p. 328.

[150] Zie paragraaf 3.3.4.5 hiervoor. Dat ook een weigering of een niet-ontvankelijkverklaring behulpzaam kan zijn, is ook opgemerkt door een geïnterviewde rechter in Giesen & Van Kampen 2013 op p. 7: '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-ontvankelijkverklaring.'

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

3.3.5.1 ALGEMEEN

Welke rechtsgebieden roepen de meeste vragen op? Waar liggen de vragen die 'in talrijke zaken' van belang zijn? We turven, als we brede categorieën hanteren,[151] het navolgende lijstje (waarbij sommige vragen in meer categorieën zijn ingedeeld):[152]

Inhoudelijke kwalificatie	**Aantal vragen**
Aansprakelijkheidsrecht[153]	2
Arbeidsrecht[154]	1
Beslag- en executierecht[155]	5
BOPZ[156]	1
Consumentenrecht[157]	2
Familierecht[158]	2
Goederenrecht[159]	2
Huurrecht[160]	2
Insolventierecht[161]	6
Intellectueel eigendomsrecht[162]	1
Internationaal privaatrecht[163]	1

[151] Onder 'procesrecht' hebben wij bijvoorbeeld vragen over de verjaring opgenomen terwijl verjaring uiteraard een principaal verweer vormt. Het beslag- en executierecht vormt zijn eigen categorie. Daaronder hebben wij ook de twee vragen over de buitengerechtelijke incassokosten geschaard.

[152] Bijvoorbeeld HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3958, *NJ* 2013/353 (*ipr-doorbraak*) die wij hebben ingedeeld onder 'aansprakelijkheidsrecht', 'internationaal privaatrecht' *en* 'ondernemingsrecht'. HR 18 december 2015 ECLI:NL:HR:2015:3636 (*verzet door curator*) daarentegen hebben wij bijvoorbeeld uitsluitend geschaard onder insolventierecht en niet ook onder 'procesrecht' omdat de vraag ziet op een specifieke rechtsingang in de Faillissementswet.

[153] HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3958, *NJ* 2013/353 (*iprdoorbraak*) en Rb. Noord-Holland 29 juli 2015, C14/150856/HA ZA 13-364 beantwoord in HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162 (*bereik aansprakelijkheid voor dieren)*.

[154] HR 6 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1341 (verval loonaanspraak bij arbeidsongeschiktheid).

[155] HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4889, *NJ* 2012/663 (*grosse hypotheekakte*); Hoge Raad 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958, *NJ* 2014/455 (*bewijsbeslag)*; HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1405 *NJ* 2014/406 (*veertiendagenbrief)*; HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1868, *RvdW* 2015/920 (*imputatie incassokosten*) en HR 30 oktober 2015 ECLI:NL:HR:2015:3197, *RvdW* 2015/1175 (*betekening ex 431a Rv*).

[156] HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3011, *NJ* 2015/465 (*collectieve stuiting verjaring vernietiging*)

[157] HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, *NJ* 2015/477 (*telefoonabonnementen I*) en Rechtbank Den Haag 20 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:8764 beantwoord door HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236 (*telefoonabonnementen II*).

[158] HR 7 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:525, *NJ* 2015/69 (*bewindvoerder als procespartij*) en HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3011, *NJ* 2015/465 (*alleenstaande ouderkop*).

[159] HR 21 mei 2013, ECLI:NLHR:2013:CA1614 (*assurantieportefeuille*) en HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3023, *NJ* 2016/48 (*overwaarde-arrangement*).

[160] HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099, *NJ* 2016/108 (*huurbemiddelingskosten*) en Hof Arnhem-Leeuwarden 2 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3900 (*verhuiskostenvergoeding bij renovatie*).

[161] HR 13 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1910 (*stil pandhouder, bodembeslag en afkoelingsperiode*); HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2935 (*verlenging schuldsanering*); HR 9 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:42 (*opzeggen huur roerende zaken door curator*); HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:205:589 (*omzetting faillissement*); HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3023, *NJ* 2016/48 en HR 18 december 2015 ECLI:NL:HR:2015:3636 (*verzet door curator*). Twee antwoorden zien meer specifiek op de Wet schuldsanering natuurlijke personen.

[162] Hof Arnhem-Leeuwarden 24 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2103 *(maatstaf exhibitieplicht*).

[163] HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3958, *NJ* 2013/353 *(ipr-doorbraak).*

Ondernemingsrecht[164]	2
Overeenkomstenrecht[165]	4
Personen- en familierecht[166]	2
Procesrecht[167]	8
Unierecht[168]	2
Verbintenissenrecht[169]	1
Verzekeringsrecht[170]	1

Wat valt op? Wij zien tamelijk veel vragen op het gebied van het insolventierecht (zes) en het beslag- en executierecht (vijf) opduiken. In tijden van crisis en dus een groot aantal (bijna) faillissementen (welke al snel niet alleen talrijk, maar ook vergelijkbaar zijn), kan dat nauwelijks verrassend worden genoemd. Evenmin verrassend, omdat dat deel van het recht nu eenmaal in elke juridische procedure van belang is, zijn de acht procesrechtelijke vragen.

Zelf hadden we wel iets meer vragen op het terrein van het arbeidsrecht, het consumentenrecht, het familierecht en het aansprakelijkheidsrecht verwacht (omdat die zaken niet anderszins eenvoudig makkelijk bij de Hoge Raad geraken wegens appelverboden en financiële barrières). Ook het Unierecht is – ondanks zijn breedte - minder vaak voorwerp van aandacht in de prejudiciële procedure bij de Hoge Raad. De verklaring hiervoor ligt natuurlijk voor de hand: het Unierecht kent zijn eigen prejudiciële procedure bij het Hof van Justitie in Luxemburg.[171] En komen we dan de Dexia/Aandelenlease-affaire nog tegen? Deze was vanaf de start van het nadenken over de prejudiciële vragen-regeling hét voorbeeld van

[164] HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3958, *NJ* 2013/353 (*ipr-doorbraak*) en HR 30 oktober 2015 ECLI:NL:HR:2015:3197, *RvdW* 2015/1175 (*betekening ex art. 431a Rv*).

[165] HR 13 juni 2014, ECLI:NL:2014:1385; HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099, *NJ* 2016/108 (*huurbemiddelingskosten*); HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3568, *RvdW* 2016/43 (*afwenteling boetes Wet arbeid vreemdelingen*). en Rechtbank Den Haag 20 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:8764 beantwoord door HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236 (*telefoonabonnementen II*).

[166] HR 12 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2665, *NJ* 2014/482 (*belanghebbende bij ondertoezichtstelling*) en HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3011 *NJ* 2015/465 (*alleenstaande ouderkop*).

[167] HR 7 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:525 *NJ* 2015/69 (*bewindvoerder als procespartij*); HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:766, *NJ* 2015/306 *(stuiting door 3:305a-rechtspersoon*); HR 12 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2665 *NJ* 2014/482 (*belanghebbende bij ondertoezichtstelling*); HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2901, *NJ* 2014/428 (*vrije advocaatkeuze*); HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:3536, *NJ* 2015/275 (*herroeping en doorbreken rechtsmiddelenverbod*) en HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3018, *RvdW* 2015/1093 (*collectieve stuiting verjaring vernietiging*); Hof Arnhem-Leeuwarden 24 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2103 *(maatstaf exhibitieplicht*); Rechtbank Den Haag 10 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:8082 (*kostenveroordeling na intrekking kort geding*); Rechtbank Den Haag 20 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:8764 beantwoord door HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236 *(telefoonabonnementen II*).

[168] HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2901, *NJ* 2014/428 (*vrije advocaatkeuze*) en Rechtbank Den Haag 20 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:8764 beantwoord door HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236 (*telefoonabonnementen II*).

[169] HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1198 (*aanvang wettelijke rente).*

[170] HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2901, *NJ* 2014/428 *(vrije advocaatkeuze).*

[171] Het advies van Tjittes en Meijer dat het soms zinvol is om prejudiciële vragen op Unierechtelijk gebied niet direct aan het Hof maar aan eerst de Hoge Raad te stellen, is daarmee niet gevolgd. Zie Tjittes & Meijer 2009, p. 172.

een kwestie die de Hoge Raad eigenlijk te laat bereikt had.[172] Dat dit thema, althans de nasleep daarvan, ook nu nog, enkele jaren later, de Hoge Raad (weer) gehaald heeft als prejudiciële vraag, in twee verschillende zaken met verschillende rechtsvragen, lag dus in de lijn der verwachtingen.[173]

3.3.5.2 PREJUDICIËLE VRAGEN OVER BUITENLANDS RECHT?

Tot dusver de thema's van Nederlands recht die aan de orde zijn gekomen in de verschillende vragen die aan de Hoge Raad zijn voorgelegd. Men kan zich afvragen, zoals Korthals Altes & Groen doen, of de prejudiciële procedure is beperkt tot het in Nederland geldende recht.[174] Kunnen rechters ook vragen stellen over buitenlands recht? Immers, als de burgerlijke rechter op grond van een conflictregel wordt geconfronteerd met een rechtsverhouding die wordt beheerst door buitenlands recht dan heeft hij dat toepasselijke recht ambtshalve toe te passen (art. 10:2 BW). Korthals Altes & Groen menen van wel omdat het begrip 'rechtsvraag' in art. 392 lid 1 Rv niet een soortgelijke beperking kent als het begrip 'recht' in art. 79 RO. Uit art. 79 lid 1, aanhef en onder b volgt namelijk dat de Hoge Raad uitspraken casseert wegens schending van het recht 'met uitzondering van het recht van vreemde staten'.

Hoewel art. 392 lid 1 Rv niet eenzelfde beperking aanbrengt als art. 79 RO, menen wij dat de Hoge Raad niet genegen zal zijn om zich niet in cassatie[175] maar wel bij wijze van prejudiciële beslissing uit te laten over buitenlands recht. Aan de beperking in art. 79 RO ligt een uitgebreide discussie ten grondslag waarbij de Hoge Raad duidelijk zijn invloed heeft laten gelden.[176] Een belangrijk argument om niet te casseren bij schendingen over buitenlands recht was de vrees voor een toename van de werklast van de Hoge Raad. Aangezien het werklastargument de laatste jaren niet aan gewicht heeft ingeboet – integendeel – ligt het niet in de lijn der verwachtingen dat de Hoge Raad de prejudiciële procedure zal aangrijpen om zijn licht te doen schijnen over vragen van buitenlands recht. Eerder zal hij zich bij zijn uitleg van het begrip 'rechtsvraag' uit 392 lid 1 Rv laten leiden door het begrip 'recht' uit art. 79 RO.

3.3.6 Processuele mogelijkheden bij en van de feitenrechter

3.3.6.1 INHOUD VAN DE BESLISSING OM VRAGEN TE STELLEN (ART. 392 LID 3 RV)

In deze paragraaf worden de diverse processuele mogelijkheden besproken die in verband met de regeling van de prejudiciële vragen aan de feitenrechter en de procespartijen bij de feitenrechter ter beschikking staan. Na een korte schets van de procedure bij de feitenrechter worden de verschillende mogelijkheden die art. 392 Rv biedt achtereenvolgend besproken. Hierbij houden wij een grotendeels de lidsgewijze volgorde aan.

Indien de rechter besluit een vraag te stellen dient hij in zijn beslissing daartoe – steeds een tussenuitspraak[177] – niet alleen de vraag op te nemen (uiteraard), maar hij dient ook een aantal andere gegevens te vermelden, namelijk: 1) het onderwerp van het geschil, 2) de

---

[172] Zie onder meer *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, 3, p. 3 en 6. Zie ook Frenk & Wolframm-Van Doorn 2009, p. 160 en 162.

[173] Zie HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1198 (*aanvang wettelijke rente)* en Hof Amsterdam 20 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:105 (*collectieve stuiting verjaring vernietiging)*.

[174] Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/338.

[175] Daarmee is overigens niet gezegd dat de Hoge Raad zelf nooit buitenlands recht toepast. Na vernietiging doet de Hoge Raad soms zelf de zaak af en daarbij kan hij buitenlands recht toepassen. Zie bijvoorbeeld de onlangs verschenen beschikking HR 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:293, *RvdW* 2016/305. Ook in het kader van de beoordeling van zijn eigen ontvankelijkheid past hij buitenlands recht toe.

[176] Zie Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/124.

[177] *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, 6, p. 14

door de rechter (voorlopig) vastgestelde feiten en 3) de door partijen ingenomen standpunten (art. 392 lid 3 Rv). Het spreekt vanzelf dat de rechter deze gegevens moet overleggen zodat de Hoge Raad een weloverwogen antwoord kan geven. Daarnaast dient de rechter aan te geven of de vraag voldoet aan de a- of b-grondslag van het eerste lid. De onderbouwing of de vraag voldoet aan de criteria van art. 392 lid 1 Rv is bedoeld om de Hoge Raad in staat te stellen dit te beoordelen.[178] In paragraaf 3.3.4 is echter al aan de orde gekomen dat de Hoge Raad niet te zwaar aan die criteria lijkt te tillen, althans niet wat de b-grondslag betreft.

Wat betreft de aard van de feitenvaststelling heeft de Hoge Raad in zijn eerste antwoord beslist dat hij bij zijn beantwoording zal uitgaan van de feiten zoals die door de vraagstellende rechter zijn vastgesteld, maar dat hij zich aan die vaststelling niet gebonden acht.[179] Dat de feiten in een *pre*judiciële procedure niet anders dan voorlopig kunnen worden vastgesteld werd ook reeds door de wetgever onderkend.[180] De voorlopige aard van de feitenvaststelling in de prejudiciële procedure blijkt overigens ook uit de opmerking van de wetgever dat indien een partij wordt gehoord over de te stellen prejudiciële vragen in het kader van 392 lid 2 Rv, en deze partij daarbij nalaat een bepaald feit te betwisten, dit niet mag worden uitgelegd als een erkenning van dat feit.[181]

In de interviews die Van Kampen & Giesen rondom de inwerkingtreding van de Wet prejudiciële vragen hebben afgenomen, gaven slechts enkele geïnterviewde rechters aan tegen het formuleren van vragen op te zien. 'Oefening baart kunst' was de algemene tendens.[182] Hoewel er soms enige kritiek wordt geuit op de formulering,[183] en het ook is voorgekomen dat partijen en ook het Parket voorstellen deden voor herformulering,[184] heeft de Hoge Raad nimmer een vraag geherformuleerd op de voet van art. 393 lid 7 Rv. Niettemin zouden wij willen benadrukken dat het handig kan zijn als, al dan niet door de Hoge Raad, een handleiding voor het stellen van vragen zou worden opgesteld en gepubliceerd, net zoals het Europese Hof van Justitie een serie 'wenken' over de prejudiciële procedure heeft geformuleerd voor de lidstaatrechters van de Europese Unie.[185] Dit voorstel werd reeds door de eerder door Van Kampen & Giesen geïnterviewde rechters omarmd.[186]

3.3.6.2 HOREN VAN PARTIJEN (ART. 392 LID 2 RV)

Op grond van art. 392 lid 2 Rv moeten partijen gelegenheid krijgen om te reageren op het voornemen van de feitenrechter om prejudiciële vragen te stellen en de eventuele formulering van die vragen. Met name als de rechter ambtshalve besluit om vragen te stellen, is dit belangrijk. De prejudiciële procedure is immers een incident waardoor de hoofdzaak wordt aangehouden, mogelijk buiten de wil van partijen om (vgl. art. 392 lid 5 Rv).[187] Door het (ambtshalve) stellen van een vraag wordt het geschil tussen partijen als het

---

178 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, 3, p. 14-15.
179 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4889, *NJ* 2013/123 (*grosse hypotheekakte*), r.o. 3.1.
180 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, 3, p. 7-9.
181 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, 3, p. 14.
182 Van Kampen & Giesen 2013, p. 5-8.
183 Zie bijvoorbeeld Tekstra in zijn noot bij HR 13 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1910*, JOR* 2014/58 (*stil pandhouder, bodembeslag en afkoelingsperiode)*.
184 Resp. HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099, *RvdW* 2015/1125 *(huurbemiddelingskosten*) en HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3568, *RvdW* 2016/43 (*afwenteling boetes Wet arbeid vreemdelingen*).
185 *PbEU* 2012, C 338/1.
186 Van Kampen & Giesen 2013, p. 6.
187 De wetgever heeft dit echter niet willen vastleggen zodat de rechter kan besluiten voorrang te verlenen aan het belang van partijen bij een spoedige beslissing. Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, 3, p. 14: 'Overigens valt niet te verwachten dat de 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.'

ware 'gekaapt' ten behoeve van de rechtsontwikkeling , en dat alleen al – naast de notie van hoor en wederhoor –rechtvaardigt dat partijen daarover hun mening moeten kunnen geven.

De Hoge Raad hecht er dan ook sterk aan dat het beginsel van hoor en wederhoor binnen de prejudiciële procedure in acht wordt genomen. Hoe serieus hij dit neemt, komt duidelijk naar voren in de beslissing over huurbemiddelingskosten. In die zaak had de vraagstellende kantonrechter partijen wel gehoord over de wenselijkheid van prejudiciële vragen, maar hij had partijen niet gehoord over de formulering daarvan. De Hoge Raad vestigt daar de aandacht op met een aparte rechtsoverweging met als kop 'Niet-inachtneming van art. 392 lid 2 Rv' en overweegt:

> 'In strijd met art. 392 lid 2 Rv heeft de kantonrechter partijen niet in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over de formulering van de prejudiciële vragen. De kantonrechter overwoog daartoe dat beide partijen zich al over de wenselijkheid van het stellen van een prejudiciële vraag hadden uitgelaten en dat het voor beide partijen voldoende duidelijk moet zijn geweest welke vragen zouden worden gesteld. Zij heeft deze vragen niet eerst in een tussenvonnis aan partijen voorgelegd en heeft evenmin vastgesteld dat de precieze tekst van die vragen met beide partijen is besproken.
> Deze gang van zaken is niet alleen in strijd met de wet, maar ook onwenselijk, zoals mede blijkt uit de omstandigheid dat Duinzigt en ACM de Hoge Raad hebben verzocht de gestelde vragen opnieuw te formuleren.'

Uiteindelijk besloot de Hoge Raad geen gevolgen te verbinden aan dit vormverzuim, zoals hij zelf aan het slot ook uitdrukkelijk overwoog, maar duidelijk is niettemin dat het hem menens is.[188] Een soortgelijke schrobbering kreeg de Rechtbank Overijsel die de vraag had gesteld of een aangestelde curator op grond van art. 10a Fw verzet kan instellen tegen de faillietverklaring bij een negatieve boedel. De curator had op de zitting geopperd om vragen te stellen en daarover 'in algemene bewoordingen' van gedachten gewisseld met de rechtbank, maar de rechtbank had daarna nagelaten om de vragen die zij had geformuleerd, voor te leggen aan de curator.

Overigens hoeven partijen niet per se schriftelijk te reageren. Blijkens het procesverloop in enkele zaken bij (thans) de Rechtbank Midden-Nederland heeft de Hoge Raad vragen beantwoord in gevallen waarin partijen zich uitsluitend ter zitting over de vragen hadden uitgelaten.[189] Deze 'Utrechtse aanpak' wordt door de Hoge Raad gebillijkt. Dat blijkt ook uit de woorden 'in een tussenuitspraak of ter zitting' in r.o. 3 van de uitspraak over het curatorenverzet. Dat de Hoge Raad de mogelijkheid van het horen ter zitting noemt, is nieuw ten opzichte van de *huurbemiddelingskosten-beslissing*. Dit verbaast overigens niet. In een zitting kan uiteraard goed recht worden gedaan aan het beginsel van hoor en wederhoor.[190] Een zwak punt is echter dat hetgeen partijen ter zitting zeggen, moet worden vertaald naar het proces-verbaal en die vertaalslag verloopt niet altijd even goed.[191] Zeker in situaties waarbij te verwachten valt dat een partij niet over de middelen beschikt om een cassatieadvocaat in huren die op de voet van art. 393 Rv schriftelijke opmerkingen bij de

[188] HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099, *NJ* 2016/108, r.o. 3

[189] Zie nader het tussenvonnis waarin vragen werden gesteld: Rb. Utrecht 3 augustus 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX3391, r.o. 4.7, beantwoord door HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4889 (*grosse hypotheekakte*), en Rb. Midden-Nederland 18 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7614, r.o. 5.3.2, beantwoord door HR 6 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1341 (*verval loonaanspraak bij arbeidsongeschiktheid*). Zie voorts de vooralsnog onbeantwoorde vraag die is gesteld door Rb. Midden-Nederland 10 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:669, r.o. 2.14.

[190] Vgl. Asser Procesrecht/Giesen 1 2015/321.

[191] Ynzonides 2015, p. 43-44.

Hoge Raad kan indienen, is het horen ter zitting minst genomen kwetsbaar in vergelijking met een schriftelijke voorbereiding.

De vraag rijst wat de rechter moet doen als partijen niet willen dat er een vraag wordt gesteld. Anders gezegd, mag de rechter een procedure tussen partijen inderdaad 'kapen' ten behoeve van de rechtsontwikkeling? De wetgever sprak eerder de verwachting uit dat de rechter geen vragen zou stellen als dit op weerstand stuit bij beide partijen. Dit wettelijk vastleggen wilde de wetgever echter niet omdat de rechter de vrijheid moet krijgen om het gezamenlijke partijbelang bij een spoedige berechting af te wegen tegen het zaaksoverstijgende belang bij een richtinggevende uitspraak van de Hoge Raad.[192] In zoverre is een inbreuk op de partijautonomie dus denkbaar.

Indien de rechter besluit om tegen de wil van partijen vragen te stellen, dan zullen partijen – hoewel zij daartoe niet verplicht zijn – zich ongetwijfeld geroepen voelen te verschijnen bij de Hoge Raad, met de bij behorende kosten van een cassatieadvocaat. Onder meer Numann heeft zich afgevraagd of het redelijk is 'de – min of meer toevallige – partijen wier zaak is uitverkoren voor een prejudiciële vraag, waarvan de beantwoording per definitie de belangen van tallozen dient, met de kosten op te zadelen (…)'.[193] De vraag stellen is hem beantwoorden. De Raad voor de Rechtspraak heeft om deze reden voorgesteld partijen hiervoor te compenseren door de kosten ten laste te laten komen van de post 'gerechtskosten'.[194] De wetgever heeft getracht dit bezwaar weg te nemen door in art. 394 lid 2 te bepalen dat de vraagstellende rechter de bij de Hoge Raad gemaakte partijkosten 'kan' opnemen in de proceskostenveroordeling. Het is dus geheel aan de feitenrechter hoe hij omgaat met de financiële nasleep.[195]

Overigens hebben wij geen zaken gevonden waarin de rechter nadrukkelijk tegen de zin van partijen vragen heeft gesteld.[196] Wel hebben wij een uitspraak gevonden van het Hof Arnhem-Leeuwarden waarin het hof nu juist de gezamenlijke wens van partijen om (voorlopig) geen vragen te stellen, volgt. In die uitspraak had Hof Arnhem-Leeuwarden zich voorgenomen om vragen te stellen over de invulling van het vereiste 'feitelijke macht' bij een beroep op een retentierecht op een onroerende zaak. Vermoedelijk vanwege de deels feitelijke aard van dit vereiste werd met partijen overlegd of het verstandig was om meteen vragen te stellen of om eerst een bewijslevering te gelasten. De laatste optie had de voorkeur van beide partijen. Het hof heeft conform deze voorkeur een bewijsopdracht gegeven.[197]

3.3.6.3 AANHOUDEN VAN ZAKEN (ART. 392 LID 6 RV)

Een van de voordelen van de prejudiciële procedure is dat met een antwoord andere procedures over dezelfde vraag in één klap eveneens zijn beslist.[198] Dat dit ook een nadrukkelijk beoogd doel is, blijkt onder meer uit het talrijkheidscriterium uit de b-grondslag: de vraag moet van belang zijn voor talrijke andere uit soortgelijke feiten

[192] *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, 3, p. 13-14.
[193] Numann 2010, p. 111.
[194] Advies van 16 september 2009, te raadplegen op: <www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/2009-22-Advies-voorontwerp-prejudiciele-vragen-aan-de-Hoge-Raad.pdf>
[195] Zie nader paragraaf 3.3.7.8.
[196] In één zaak – Rb. Amsterdam 18 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:5910 (*stuiting door 3:305a-rechtspersoon*) – werd aanvankelijk wel geklaagd. Zie paragraaf 3.3.2.2.
[197] Hof-Arnhem Leeuwarden 20 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7946. Aan een antwoord lijkt wel behoefte te bestaan gelet op de vele nieuwsbrieven die zijn verschenen over het eerste tussenarrest (Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:202).
[198] Aangenomen dat ieder geschil dezelfde omvang heeft en er bijvoorbeeld niet ook andere vragen spelen.

voortvloeiende geschillen.[199] Bij de a-grondslag die ziet op massageschillen is die koppeling aan andere vergelijkbare zaken nog veel sterker. De vraag rijst wat een rechter moet doen als een ambtgenoot in een soortgelijk geschil besluit een prejudiciële vraag te stellen. Hij kan dan niet dezelfde vraag nogmaals stellen; het spreekt voor zich dat maar één rechter in één procedure een vraag kan stellen. Moet (en kan) hij dan gewoon doorpakken en de zaak beslissen? Het risico is dan dat de uitspraak achteraf in strijd blijkt te zijn met het antwoord van de Hoge Raad. Mede op advies van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak heeft de wetgever om die reden in art. 392 lid 6 Rv de bevoegdheid opgenomen om een zaak aan te houden voor de rechters die heeft te beslissen in een zaak waarvoor een al gestelde vraag rechtstreeks van belang kan zijn.[200]

Naast dat de vraagstellende rechter zelf zijn eigen zaak aan moet houden op grond van art. 392 lid 5 kunnen collega-rechters in zaken waarvoor het antwoord op de gestelde vraag rechtstreeks van belang is die zaak aldus ook aanhouden. Dit besluit kunnen zij zowel ambtshalve als op verzoek van één van de partijen nemen (art. 392 lid 6 Rv). Voordat de rechter een beslissing neemt, dient hij wel partijen eerst over het nut en de noodzaak van de aanhouding te horen. Als partijen gezamenlijk te kennen geven dat zij de procedure wensen voort te zetten, mag de rechter de zaak niet aanhouden. Als partijen eensgezind zijn en meer belang hechten aan een spoedige uitspraak dan is de aanhouding moeilijk te rechtvaardigen. In zoverre is de bevoegdheid om ambtshalve aan te houden beperkt.[201] Tegen de beslissing om al dan niet aan te houden, staat, blijkens de slotzin van art. 392 lid 6 Rv, geen voorziening open. Dat zou volgens wetgever alleen maar aanleiding geven tot onwenselijke vertraging.[202]

Buiten het geval van een eensluidende wens van partijen, komt rechters een grote vrijheid toe bij hun beslissing om al dan niet aan te houden. Hierdoor is de rechter in staat om maatwerk te bieden, en dat is prettig. Wij noemen als voorbeeld de problematiek inzake het *Sturgeon*-arrest. In dat arrest besliste het Hof van Justitie dat luchtvaartmaatschappijen ook bij een vertraging van een vlucht van meer dan drie uur op basis van verordening 261/2004 verplicht zijn om de passagier te compenseren. De branche kwam massaal tegen deze beslissing in verzet, zodat consumenten wel de gang naar de rechter moesten kiezen om compensatie te krijgen.[203] In veel van deze procedures werd om aanhouding verzocht omdat de luchtvaartmaatschappijen in Duitsland erin waren geslaagd min of meer dezelfde vraag die het onderwerp vormde van het *Sturgeon*-arrest, nogmaals voor te leggen aan het Hof van Justitie. In Nederland werden deze verzoeken tot aanhouding soms toegewezen,[204] maar op rechtspraak.nl zijn ook veel weigeringen te vinden. Dit, in casu, 'consumentvriendelijke beleid' kan mogelijk ook in de Nederlandse prejudiciële procedure (gaan) spelen. Zo oordeelde de Gelderlandse kantonrechter dat de prejudiciële vraag die was gesteld over de ingangsdatum van de wettelijke rente in een Dexia-zaak geen reden vormde om de bij haar aanhangige Dexia-zaak aan te houden, hoewel daarin over hetzelfde punt moest worden beslist.[205]

---

[199] Dit vereiste wordt niet al te strikt geïnterpreteerd. Zie paragraaf 3.3.4.

[200] *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, 3, p. 15.

[201] Teuben 2014, aant. 6.5. In de fiscale prejudiciële procedure is de vraagstellende belastingrechter daarentegen niet gebonden aan de gezamenlijke wens van partijen (art. 27ga lid 6 AWR). Volgens de wetgever past niet-gebondenheid meer bij de actieve rol van de bestuursrechter. Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34 305, 3, p. 54. Tjittes & Meijer 2009, p. 173, hebben ook voor de civiele regeling bepleit dat het zaaksoverstijgend belang bij een antwoord steeds voorrang moet krijgen op het partijbelang.

[202] *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, 3, p. 16.

[203] Zie Koning 2013.

[204] Koning 2013, geeft een aantal van 2000 aanhoudingen op.

[205] Rb. Gelderland 25 maart 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:2194, r.o. 4.10. De zaak werd uiteindelijk om andere redenen aangehouden.

Dan nu de praktijk bij de Nederlandse prejudiciële procedure. Met name over de prejudiciële vraag over de invloed van de alleenstaande-ouderkop op de hoogte van alimentatieverplichting is gezegd dat die aanleiding heeft gegeven tot veel aanhoudingen. Op rechtspraak.nl hebben wij daar nauwelijks iets van kunnen terugvinden. Dit laat zich waarschijnlijk verklaren door de alledaagsheid van de materie, en het beleid van rechtspraak.nl om – kort gezegd - huis-tuin-en-keuken-uitspraken niet te publiceren.[206] Bovendien worden aanhoudingen doorgaans niet via een tussenuitspraak uitgesproken. Eerder wordt daartoe ter zitting beslist. Of er wel of niet is aangehouden, kan hoogstens worden achterhaald via het proces-verbaal en dat wordt niet gepubliceerd.

Wat wij wel vonden was een uitspraak van het Hof Den Haag waarin het hof besloot om de zaak niet automatisch aan te houden, maar om partijen daarover te bevragen met als suggestie om in plaats van een aanhouding, te beslissen volgens de normen zoals die waren vastgesteld door de expertgroep. Aan partijen werd de volgende brief gestuurd:

> 'In deze zaak is in het kader van de vaststelling van de kinderalimentatie met ingang van 1 januari 2015 de vraag aan de orde gesteld of de alleenstaande ouderkop/het kindgebondenbudget moet worden gekwalificeerd als inkomenscomponent en aldus, anders dan het uitgangspunt dat wordt gehanteerd door de Expertgroep Alimentatienormen, de draagkracht van partijen beïnvloedt.
> Deze vraag zal in een andere zaak in de vorm van een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad worden voorgelegd. Totdat de Hoge Raad deze vraag zal hebben beantwoord, wordt in de zaken waarin deze vraag speelt, in verband met de rechtseenheid, de aanbeveling van de Expertgroep van 1 november 2014 gevolgd.
> Nu het antwoord op deze vraag door de Hoge Raad rechtstreeks van belang is voor de vaststelling van de hoogte van de kinderalimentatie met ingang van 1 januari 2015, kan het hof gelet op art. 392 lid 6 Rechtsvordering uw zaak aanhouden totdat de Hoge Raad uitspraak heeft gedaan. Indien u wenst dat uw zaak in afwachting van de uitspraak van de Hoge Raad wordt aangehouden, zal een voorlopige kinder- en partneralimentatie worden bepaald.
> U wordt conform art. 392 lid 6 Rechtsvordering in de gelegenheid gesteld binnen 14 dagen na heden hierover uit te laten.'

Uiteindelijk besliste het hof deze zaak niet aan te houden. Het hof meende 'op safe te spelen' door de normen van de expertgroep te volgen (omwille van de rechtseenheid en rechtszekerheid, zo voegde het hof toe aan zijn beslissing) en de alleenstaande ouderkop in mindering te brengen op de behoefte van het kind.[207] In zijn antwoord besliste de Hoge Raad, zoals bekend, het tegenoverstelde.[208] Nu is het achteraf altijd makkelijker praten, maar ook voordat het antwoord gegeven was, waren de rechtseenheid en rechtszekerheid curieuze argumenten om niet aan te houden. Het ontbrak immers juist aan rechtseenheid en rechtszekerheid. Daarom waren er juist vragen gesteld. Waarschijnlijk bedoelde het hof te zeggen dat partijen meer belang hadden bij een spoedige beslissing dan bij een aanhouding ('beter even een te lage alimentatie dan helemaal geen alimentatie'). Niettemin had het hof, zoals de brief ook aangeeft, een voorlopige alimentatie kunnen bepalen om aan de hoge financiële nood die in dit soort zaken speelt tegemoet te komen.

---

[206] Zie voor de selectiecriteria: www.rechtspraak.nl/Uitspraken-en-nieuws/Uitspraken/Paginas/Selectiecriteria.aspx, laatst geraadpleegd op 31 maart 2016.
[207] Hof Den Haag 1 juli 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1870 r.ov. 26 e.v.
[208] HR 9 oktober 2010. ECLI:NL:HR:2015:3011 (*alleenstaande ouderkop)*.

Een andere zaak waarin de rechter weigerde om de zaak aan te houden, ondanks een verzoek daartoe, betrof een kort geding. In die zaak besliste de voorzieningenrechter dat gelet op het spoedeisend belang hij een voorziening moest treffen en dat partijen om aanhouding kunnen verzoeken in de bodemprocedure. Aangezien bij een kort geding de bodemprocedure altijd nog als vangnet dient, is het gevaar van tegenstrijdigheid met het antwoord van de Hoge Raad uiteindelijk beperkt.[209] In dezelfde geest luidde een uitspraak van het Hof Den Bosch dat in kort geding had te beslissen of een beding op grond waarvan een op basis van de Wet arbeid vreemdelingen opgelegde boete kon worden afgewenteld op een medecontractant nietig is wegens strijd met de wet, openbare orde of goede zeden in de zin van art. 3:40 BW. Diezelfde vraag had het hof toevallig in een bodemprocedure voorgelegd aan de Hoge Raad.[210] Om wel alvast in kort geding recht te spreken baseerde het hof zich bij wijze van voorlopig oordeel op de reeds verschenen conclusie van A-G Langemeijer.[211] De Hoge Raad heeft later deze conclusie grotendeels gevolgd.

Uiteraard is het ook voorgekomen dat de rechter besloot om wel aan te houden. Wij hebben een vijftal aanhoudingen gevonden[212] In die zaken ging het om de verschuldigdheid van buitengerechtelijke incassokosten na verzending van een veertiendagenbrief;[213] de stuitende werking van een collectieve actie ten aanzien van een vernietigingsvordering ex art. 1:88 BW,[214] de kosten voor huurbemiddeling,[215] de juridische kwalificatie van een telefoonabonnement inclusief toestel[216] en de verlenging van een schuldsaneringstraject na het verstrijken van de wettelijke termijn van art. 349a Fw.[217] In het laatste geval was het nemen van de beslissing niet lastig, want het hof had zes maanden eerder besloten om de vraag te stellen waarvoor werd aangehouden.

Vermeldenswaard is nog dat de regeling voor aanhouding naar aanleiding van een prejudiciële vraag analoog wordt toegepast. Zo putte de Rechtbank Gelderland inspiratie uit de regeling art. 392 lid 6 Rv bij de beoordeling van een verzoek tot aanhouding vanwege een reeds lopende cassatieprocedure in een andere zaak. De partij die om aanhouding verzocht was ook partij bij een cassatieprocedure waarin een soortgelijk verweer werd gevoerd. De beoordeling van dat verweer door de Hoge Raad zou doorslaggevend kunnen zijn voor de procedure bij de Rechtbank Gelderland. De rechtbank overwoog dat geen enkele regel –ook art. 392 lid 6 Rv niet –s een partij verplicht om een uitspraak van de Hoge Raad af te wachten. Wel dwingt art. 392 lid 6 Rv volgens de rechtbank tot een belangenafweging. Na de belangen conform deze interpretatie over en weer te hebben afgewogen, besliste de rechtbank om niet aan te houden.[218]

---

[209] Rb. Den Haag 22 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16750.

[210] Zie uiteindelijk HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3568, *RvdW* 2016/43 (*afwenteling boetes Wet arbeid vreemdelingen)*.

[211] Hof Den Bosch 24 november 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4757.

[212] Een aantal waarvan wij, zoals gezegd, vermoeden dat dit geen recht doet aan de werkelijkheid.

[213] Rb. Midden-Nederland 6 november 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:5601. De voor dit geschil relevante vraag werd beantwoord in HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1405, *NJ* 2014/406 (*veertiendagenbrief)*.

[214] Rb. Zeeland-West-Brabant 29 april 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:2915 en Hof Arnhem-Leeuwarden 11 augustus 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5949. In deze zaak kwam het verzoek tot aanhouding van de kant van de gedaagde. Het relevante antwoord werd gegeven in HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3018, *RvdW 2*015/1093 (*collectieve stuiting verjaring vernietiging)*.

[215] Dit blijkt uit Rb. Rotterdam 27 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8720. Het relevante antwoord werd gegeven in HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099, *RvdW* 2015/1125 (*huurbemiddelingskosten)*.

[216] Na het antwoord in HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, *NJ* 2015/477 (*telefoonabonnementen 1*) voortgezet in Rb. Gelderland 10 december 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:7699. Dat de zaak is aangehouden, blijkt uit r.o. 4.2.

[217] Hof 's-Hertogenbosch 18 september 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:3733. Het antwoord werd gegeven in HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2935, *NJ* 2014/470 (*verlenging schuldsanering)*. Het hof deed einduitspraak op 9 april 2015 (ECLI:NL:GHSHE:2015:1380).

[218] Rb. Gelderland 15 maart 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:2621.

Een andere uitspraak die wij in dit kader niet onvermeld willen laten, is die van het Hof Amsterdam inzake een kort geding over kinderalimentatie. Het hof besloot in die procedure niet tot aanhouding, althans niet omwille van de aanhangige prejudiciële vraag.[219] Wat wel gebeurde, was dat tijdens de procedure het antwoord verscheen.[220] Het hof heeft vervolgens bij tussenarrest partijen de gelegenheid gegeven om zich over dit antwoord uit te laten.[221]

De meest opvallende zaak over aanhoudingen hebben wij voor het laatst bewaard. Dat is een wrakingsprocedure waarin een kantonrechter werd gewraakt omdat hij had besloten de zaak aan te houden in afwachting van het antwoord op de eerste prejudiciële vraag over de telefoonabonnementen.[222] Door de verzoeker was aangevoerd dat de aan de Hoge Raad gestelde vragen niet van belang waren voor zijn zaak, omdat volgens hem er überhaupt geen overeenkomst was gesloten. De kantonrechter had echter beslist dat die overeenkomst wel was gesloten en berustte dan ook niet in de wraking. Volgens de wrakingskamer vormde 'een dergelijke onwelgevallige beslissing' geen reden om aan te nemen dat het de kantonrechter aan onpartijdigheid zou ontbreken. Wij merken op dat dit voorval past in de trend om het middel van wraking steeds vaker gebruiken als een verkapt rechtsmiddel.[223] Dat staat haaks op het rechtsmiddelenverbod opgenomen in de laatste zin van art. 392 lid 2 Rv.

3.3.6.4 VERZENDING AAN DE HOGE RAAD (392 LID 4 RV)

Het lijkt vanzelfsprekend: de beslissing om vragen te stellen moet uiteraard ook de Hoge Raad bereiken. Zonder vraag geen antwoord. Toch is het een keer misgegaan: de telefoonzaak heeft eerst drie maanden op de plank gelegen voordat deze naar de Hoge Raad werd toegestuurd.[224]

Interessant is dat de Hoge Raad ook kan verzoeken om de 'andere op de zaak betrekking hebbende stukken'. Ons is meegedeeld dat hij hier steeds om vraagt. Hiertoe behoren ook de processtukken die partijen hebben ingediend. Kostentechnisch kan dit een voordeel bieden. Bij de Hoge Raad is de inschakeling van een cassatieadvocaat verplicht (art. 393 lid 1 en lid 3 Rv). Indien een partij verwacht – of zelf als doel heeft – dat de rechter een prejudiciële vraag zal stellen, kan hij in zijn processtukken een zo uitgebreid mogelijke toelichting opnemen over hoe het antwoord volgens hem behoort te luiden. Dit maakt de noodzaak van de indiening van schriftelijke opmerkingen bij de Hoge Raad en de daarmee gepaarde inschakeling van een cassatieadvocaat een stuk kleiner. Uiteraard is deze handelswijze niet aan te bevelen als men zeker weet of kan bevroeden dat de wederpartij wel een cassatieadvocaat zal inschakelen. Daarbij is er nog altijd het risico dat een derde besluit om bij de Hoge Raad in te spreken en daarbij een onwelgevallig standpunt inneemt. De niet-cassatieadvocaat zou in dat geval nog kunnen verzoeken om een schriftelijke toelichting te mogen verzorgen in de zin van art. 393 lid 4 Rv. Hoewel deze toelichting ook door een niet-cassatie-advocaat mag worden verzorgd – zie het vijfde lid – is het de vraag of de Hoge Raad dit verzoek zal honoreren. Een dergelijk verzoek is nog niet voorgekomen voor zover wij weten.[225] Dat de betreffende partij niet eerder in de prejudiciële procedure is

[219] Er wordt aangehouden in verband met een bodemprocedure over de vaststelling van de hoofdverblijfplaats van het kind.
[220] Uit de uitspraak blijkt wel dat de uitspraak ook eerder is aangehouden, onder meer in afwachting van het prejudiciële antwoord.
[221] Hof Amsterdam 24 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4940. Zie ook Rb. Den Haag 26 november 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:13644
[222] Rb. Rotterdam 22 oktober 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:8337.
[223] Zie Bauw 2011, p. 202-206; Giesen, Kristen, Enneking, De Kezel, Van Lent & Willemsen 2012.
[224] Streefkerk 2015, p. 251, noot 38.
[225] Streefkerk 2015, p. 251.

verschenen, zou mogelijk een beletsel kunnen vormen. Anderzijds dwingt het beginsel van hoor en wederhoor er volgens ons toe dat partijen op een insprekende derde mogen reageren. Art. 9.3 van het Reglement prejudiciële vragen van de Hoge Raad (hierna: rpv) voorziet ook in een zodanige reactiemogelijkheid, maar gelet op het verband met art. 9.2 van dat reglement – de verplichtstelling van bijstand door een cassatieadvocaat – is niet duidelijk of partijen zonder cassatieadvocaat hun toevlucht mogen of moeten zoeken tot een schriftelijke toelichting in de zin van art. 393 lid 4 en lid 5 Rv.[226]

Dat de Hoge Raad het gehele dossier onder ogen krijgt, verbaast niet. Het is eerder vreemd dat volledige overlegging niet het uitgangspunt is van de wettelijke regeling. Op grond van art. 12 Rolreglement voor dagvaardingszaken in cassatie dienen partijen in de cassatieprocedure immers het volledige procesdossier te fourneren na het afronden van de schriftelijke procedure (preciezer: na pleidooi, maar dat komt in de cassatieprocedure nauwelijks voor). Waarom zou deze verplichting niet ook standaard behoren te gelden in de prejudiciële procedure, in die zin dat de griffie van het vraagstellende gerecht het volledige procesdossier verstuurt?[227]

3.3.7 Processuele mogelijkheden bij de Hoge Raad

3.3.7.1 Verloop van de prejudiciële procedure bij de Hoge Raad – een kortetschets[228]

Na de processuele mogelijkheden in het kader van de prejudiciële procedure bij de feitenrechter, worden in deze paragraaf de procedure en de mogelijkheden daarvan bij de Hoge Raad besproken. De opbouw is dezelfde. Na een korte schets van de procedure bij de feitenrechter worden de verschillende mogelijkheden die art. 393 Rv biedt achtereenvolgend besproken.

Nadat de griffie van het vraagstellende rechter op grond van art. 392 lid 4 Rv een afschrift van de tussenuitspraak met de prejudiciële vragen heeft gestuurd naar de Hoge Raad, zal die eerst beoordelen of de beantwoording moet worden geweigerd omdat de vraag zich niet leent voor beantwoording in het kader van een prejudiciële procedure of van onvoldoende gewicht is (art. 393 lid 1 en 8 en art. 6.1 rpv). Daartoe zal hij eerst het Parket horen. Dat geeft advies over de geschiktheid van de vraag voor prejudiciële beantwoording ('groen of rood licht').

Indien de Hoge Raad, 'gehoord de procureur-generaal', niet aanstonds op grond van art. 393 lid 8 Rv de beantwoording weigert, stelt hij partijen – binnen vier weken na ontvangst van de vraag - in de gelegenheid om schriftelijke opmerkingen te maken. Blijkens het procesreglement bedraagt de termijn daarvoor zes weken (art. 7.1 rpv). Partijen zijn echter niet verplicht te verschijnen.[229]

De Hoge Raad kan, hetzij aanstonds, hetzij na de indiening van schriftelijke opmerkingen door partijen, bepalen dat anderen dan partijen binnen een daartoe te bepalen termijn

---

[226] Vgl. art. 11.2 rpv. Het betreffende reglement is opgenomen als Bijlage 11.4 bij dit rapport.

[227] Zoals de griffie van de Rechtbank Amsterdam deed in HR 30 oktober 2015 ECLI:NL:HR:2015:3197; *RvdW* 2015/1175 (*betekening ex art. 431a Rv*). Zie r.o. 4.3. van de rechtbankuitspraak opgenomen in de Rechtspraak van de Week (die verder niet op rechtspraak.nl is gepubliceerd).

[228] Zie eveneens Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/340 en Streefkerk 2015, p. 251-253.

[229] Zie HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958, *NJ* 2014/455 (*bewijsbeslag*); HR 7 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:525 (*bewindvoerder als procespartij*); HR 12 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2665, *NJ* 2014/482 (*belanghebbende bij ondertoezichtstelling*); HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2935, *NJ* 2014/470 (*verlenging schuldsanering*) en HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:589, *NJ* 2015/157 (*omzetting faillissement*). Laatste twee uitspraken betreffen vragen over de schuldsanering. De verzoeker is beide keren niet verschenen in de prejudiciële procedure.

schriftelijke opmerkingen over de gestelde vraag mogen indienen. De Hoge Raad kan deze derden direct per post benaderen[230] of hij kan een oproep op zijn website plaatsen (art. 8.1 en 8.2 rpv). Voor zover wij hebben kunnen achterhalen, heeft de Hoge Raad potentiële *amici* nimmer zelf benaderd.[231] In de praktijk wordt elke gestelde vraag op de website van de Hoge Raad gepubliceerd en daarmee zijn alle prejudiciële procedures in die zin 'open' voor debat (art. 8.2 rpv). Naar aanleiding van deze digitale oproep kunnen belangstellende derden de Hoge Raad verzoeken om gehoord te worden. Ieder verzoek is tot dusver steeds toegewezen.[232] Toegelaten derden hebben vervolgens in beginsel vier weken voor het maken van schriftelijke opmerkingen (art. 8.1. rpv). Partijen krijgen vervolgens twee weken om op elkaars opmerkingen en die van derden te reageren (art. 9.3 rpv). Deze mogelijkheid om te reageren heeft geen wettelijke basis,[233] maar gelet op het beginsel van hoor en wederhoor is zulks alleszins te billijken. Bovendien is deze buitenwettelijke reactiemogelijkheid populairder dan de mogelijkheid om de voet van art. 393 lid 4 Rv een schriftelijke of mondelinge toelichting te verzorgen.

Schriftelijke opmerkingen, zowel van partijen als van derden, dienen door een advocaat bij de Hoge Raad te zijn getekend.[234] Zijn de opmerkingen niet ondertekend dan worden zij blijkens art. 9.2. rpv 'ter zijde gelegd'.[235] Op de verplichtstelling van een cassatieadvocaat komen wij nog terug.[236]

Indien derden schriftelijke opmerkingen hebben ingediend, mogen partijen daarop reageren. Hiervoor staat een termijn van twee weken blijkens art. 9.3. rpv. Enigszins verwarrend is dat art. 393 Rv naast schriftelijke *opmerkingen* ook spreekt van een schriftelijke *toelichting*. Deze *toelichting* is blijkens de wetshistorie niet bedoeld als een aanvulling op een eerder stuk zoals het geval is in de cassatieprocedure. Uit de parlementaire behandeling lijkt de schriftelijke (of mondelinge) toelichting vooral te zijn bedoeld om te reageren op de schriftelijke opmerkingen die andere partijen en derden eerder hebben ingediend.[237] Deze mogelijkheid wordt echter niet standaard geboden. Pas indien het belang van de zaak hem dit geraden doet voorkomen, kan de Hoge Raad partijen – en niet ook derden – de gelegenheid geven tot het indienen van een schriftelijke of mondelinge *toelichting* (art. 394 lid 4 Rv en art. 10 rpv). Deze toelichting hoeft niet van een cassatieadvocaat te komen (393 lid 5 Rv; art. 11.2 en art. 12.2 rpv). Ook bijvoorbeeld de advocaat die heeft geprocedeerd voor de vraagstellende rechter kan dus via deze weg in de prejudiciële procedure optreden, mits de Hoge Raad hem of haar deze gelegenheid biedt.[238] De hiermee gemoeide kosten worden blijkens art. 393 lid 5 Rv niet meegenomen door de vraagstellende rechter in de uiteindelijke proceskostenveroordeling. Voor zover wij hebben kunnen nagaan heeft de Hoge Raad vooralsnog aan niemand de gelegenheid gegeven tot indienen van een schriftelijke toelichting. Wel hebben partijen op schriftelijke wijze kunnen reageren op de opmerkingen van derden (art. 9.3. rpv).

---

[230] Naar wij weten heeft de Hoge Raad nooit specifieke derden benaderd. Zie Streefkerk 2015, p. 253.

[231] Zie paragraaf 4.6.5 en Streefkerk 2015, p. 252-253. Volgens Streefkerk is het wel voorgekomen dat een of meer prejudiciële vragen bij bepaalde belangenorganisaties onder de aandacht hebben gebracht door partijen. Niet duidelijk is om welke prejudiciële procedures en welke organisaties het gaat.

[232] Streefkerk 2015, p. 252-253.

[233] Numann 2010, p. 112 wees hier reeds op. Op dezelfde plaats zinspeelde hij al op de reactiemogelijkheid zoals die nu is neergelegd in het procesreglement.

[234] Er dienen overigens zoveel afschriften bij de griffie te worden ingediend als er partijen zijn (art. 9.1 rpv).

[235] Korthals Altes en Groen vestigen dan ook nadrukkelijk de aandacht op deze eis. De prejudiciële gang van zaken wijkt op dit punt af van de reguliere cassatieprocedure. In cassatie wordt de schriftelijke toelichting juist niet ondertekend. Zie Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/340, noot 8.

[236] Zie paragraaf 3.3.7.2.

[237] *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, 3, p. 18-19.

[238] Indien deze toelichting schriftelijk is, moet deze net als de schriftelijke opmerkingen ondertekend worden.

Nadat de termijn voor het indienen van schriftelijke opmerkingen is verstreken (of na de eventuele schriftelijke of mondelinge toelichting), neemt de procureur-generaal zijn conclusie (art. 393 lid 6 Rv). De vraagstellende rechter en partijen ontvangen daarvan een afschrift (393 lid 10 Rv). Partijen kunnen vervolgens op de voet van art. 44 Rv op deze conclusie reageren via de zogenoemde Borgersbrief.[239]

Na het nemen van de conclusie bepaalt de Hoge Raad de dag waarop hij zal beslissen. De Hoge Raad kan beslissen om de vraag herformuleren, maar dan dient hij partijen alsnog gelegenheid te geven om naar aanleiding van die herformulering schriftelijke opmerkingen te maken. Dit hoeft niet als de herformulering van ondergeschikte betekenis is (art. 393 lid 7 Rv).

Het is mogelijk dat door tijdsverloop het antwoord op de gestelde vraag niet meer nodig blijkt te zijn om het onderliggende geschil te beslissen, bijvoorbeeld omdat partijen hebben geschikt. De Hoge Raad kan dan besluiten om desalniettemin de vraag te beantwoorden (art. 393 lid 9 Rv).[240]

De Hoge Raad geeft bij uitspraak antwoord op de gestelde vragen. Waar de Hoge Raad bij vragen die voortkwamen uit een dagvaardingsprocedure aanvankelijk nog sprak van een 'arrest', rept hij sinds de zaak *De Lage Landen/Deterink*[241] steeds over een 'prejudiciële beslissing'.[242] Dat is ook logisch, want hoewel de vraagstellende rechter op grond van art. 394 lid 1 acht moet slaan op het antwoord, is hij het die zaak definitief – judicieel – beslist. Van een (eind)arrest of (eind)beschikking van de Hoge Raad zelf is in de prejudiciële procedure geen sprake.

Art. 393 lid 10 Rv gebruikt zelf ook de term 'beslissing'. Opvallend is dat de regeling nergens bepaalt dat deze beslissing een beantwoording moet of kan inhouden.[243] Dat een prejudiciële vraag behoort uit te monden in een antwoord, lag kennelijk zo voor de hand, dat de wetgever dit niet heeft uitgespeld in art. 393 Rv. Art. 393 lid 8 Rv bepaalt wel uit dat de Hoge Raad de beantwoording kan weigeren indien hij oordeelt dat de vraag zich niet voor beantwoording bij wijze van prejudiciële beslissing leent of de vraag van onvoldoende gewicht is om beantwoording te rechtvaardigen. De laatste zin van hetzelfde lid maakt duidelijk dat de Hoge Raad het gebruik van deze bevoegdheid niet behoeft te motiveren. De Hoge Raad kan dus een prejudiciële procedure verkort afdoen op een wijze vergelijkbaar met de verkorte afdoening in cassatie op grond van art. 80a of 81 RO.[244]

---

[239] De naam is ontleend aan EHRM 30 oktober 1991, ECLI:NL:XX:1991:AD1521, *NJ* 1992/73 (*Borgers/België*). Uitgebreider over de Borgers-brief: Asser Procesrecht/ Korthals Altes & Groen 2015/7 2015/249-250; Van Staden ten Brink 2011, p. 665 e.v., en (met de nadruk op de strafrechtelijke variant) Hamer & Grijsen 2007, p. 190-196.

[240] Bijvoorbeeld in de vraag gesteld in Rb. Den Haag, 10 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:8082 (*kostenveroordeling na intrekking kort geding)*. Zie nader paragraaf 3.3.7.7.

[241] HR 13 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1910*, NJ* 2014/88 (*stil pandhouder, bodembeslag en afkoelingsperiode)*.

[242] Deze term wordt gehanteerd in art. 393 lid 8 Rv. Het allereerste antwoord HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4889, *NJ* 2013/123 (*grosse hypotheekakte)* werd ook geen arrest genoemd maar een prejudiciële beslissing. In het tweede antwoord, HR 31 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1614, *NJ* 2013/321 (*assurantieportefeuille*), waarin geen antwoord werd gegeven, werd niet gesproken van een prejudiciële beslissing maar van een 'uitspraak in de prejudiciële procedure'. Vermoedelijk meende dat de Hoge Raad dat de term 'prejudiciële beslissing' de beslissing om geen antwoord te geven niet dekte. Vreemd genoeg werd in HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3958, *NJ* 2013/353 (*ipr-doorbraak*), waarin ook geen antwoord werd gegeven, juist weer gesproken van een 'arrest'. Kennelijk is de Hoge Raad daarna teruggekeerd naar de oorspronkelijke benaming.

[243] Dit blijkt ook niet uit art. 81a RO. Daarin staat slechts dat de Hoge Raad kennis neemt van door de rechtbanken en hoven gestelde vragen.

[244] *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, 3, p. 11.

Tussen beantwoording en niet-beantwoording zit overigens nog een derde optie: het stellen van een tegenvraag. De Hoge Raad kan de vraagstellende rechter verzoeken om nadere inlichtingen te verschaffen op de voet van art. 83 RO. Van deze mogelijkheid heeft de Hoge Raad vooralsnog geen gebruik gemaakt.[245] Bovendien kan de Hoge Raad op zijn beurt ook weer prejudiciële vragen stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie als de vragen daartoe aanleiding geven.[246]

In zijn (eind)uitspraak – al dan niet met antwoord – neemt de Hoge Raad een begroting op van de door partijen gemaakte kosten indien zij in de prejudiciële procedure zijn verschenen (art 393 lid 10 Rv). De vraagstellende rechter kan vervolgens beslissen dat de kosten van de prejudiciële procedure worden inbegrepen in de proceskostenveroordeling (art. 394 lid 2 Rv). De door derden gemaakte kosten blijven daarentegen steeds voor eigen rekening. Partijen en insprekende derden zijn verder geen griffierechten verschuldigd (art. 4 lid 1, aanhef en sub f Wet griffierechten burgerlijke zaken).[247]

Na het nemen van een beslissing verstuurt de griffier van de Hoge Raad onverwijld een afschrift daarvan aan zowel de vraagstellende rechter als aan partijen. Voordien zal deze al een afschrift van de conclusie en eventueel de op de voet van art. 393 lid 3 en 4 ingediende schriftelijke opmerkingen en toelichtingen aan de vraagstellende rechter hebben verstuurd.

3.3.7.2 De inbreng van partijen (art. 393 lid 1 en 2 Rv))

In hoeverre maken partijen gebruik van de mogelijkheid om de Hoge Raad van informatie te voorzien (art. 393 lid 1 en 2 Rv)?[248] Wat betreft de procespartijen, die maken geregeld gebruik van deze mogelijkheid. Bij achttien van de 26 bij de Hoge Raad gevoerde zaken is tenminste één partij verschenen.[249] In acht prejudiciële procedures zijn beide partijen verschenen. Opvallender nog is dat dit ook regelmatig – acht keer – in het geheel niet gebeurt.[250] De reden dat wij dit opvallend vinden laat zich raden: de optie om de Hoge Raad voor te lichten, biedt partijen immers de kans om de Hoge Raad te overtuigen een voor de eigen positie gunstig antwoord te geven. Maar, er zit hier natuurlijk ook een kostenaspect aan: men moet een cassatieadvocaat inschakelen (art. 393 lid 3 Rv), en de kosten van de advocaat van de wederpartij kunnen bij verlies van de procedure bovendien als te vergoeden proceskosten worden aangemerkt (art. 394 lid 2 Rv). In het licht van het publieke belang dat de regeling dient ('zo snel mogelijk rechtsvorming en meer rechtseenheid'), kunnen hier wel vraagtekens bij gezet worden.[251]

---

[245] Zie HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162 (*bereik aansprakelijkheid voor dieren*) waarin de Hoge Raad zich niet nader heeft laten voorlichten door de vraagstellende rechter en/of partijen, in weerwil van de daartoe strekkende suggestie van A-G Spier.

[246] Het enige voorbeeld tot nu toe is HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2901, *NJ* 2014/428 (*vrije advocaatkeuze*).

[247] *Kamerstukken II* 2010/11, 32612, 3, p. 22, en *Kamerstukken I* 2011/12, 32612, C, p. 3-4.

[248] In HR 6 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1342, *NJ* 2014/300, een cassatie in het belang der wet, meldde de Sociale Verzekeringsbank dat over dezelfde kwestie een procedure aanhangig was bij het Hof Arnhem-Leeuwarden en dat met belangstelling uitkeken naar het arrest. Daarop heeft de Hoge Raad art. 393 lid 2 Rv analoog toegepast en is aan derden de gelegenheid geboden om in te spreken. Dit sluit aan bij een eerdere 'cassatie in belang der wet' waarin twee cassatieadvocaten op eigen initiatief hun licht lieten schijnen over de zaak in kwestie, zie HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AV7405, *NJ* 2008/177. Zie nader paragraaf 3.7.3.

[249] Inclusief HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2901, *NJ* 2014/428 *(vrije advocaatkeuze)* waar de Hoge Raad zoals gezegd vragen heeft gesteld aan het Hof van Justitie.

[250] De tien keer dat een partij wel verscheen en de wederpartij niet, kan in dat licht ook worden omgedraaid. Het is dus ook tien keer voorgekomen dat één partij ervoor koos niet te verschijnen.

[251] Aldus ook Numann 2010, p. 111. Giesen 2011b, p. 62, suggereerde eerder al om de kosten van de procedure uit een cassatiefonds te laten betalen. Zie nader paragraaf 5.2.6.

Hoe verloopt de argumentatie voor de verplichte bijstand van een 'advocaat bij de Hoge Raad'? Eén van de wijzigingen die de Wet versterking cassatiepraktijk[252] heeft aangebracht, is de afschaffing van het Haagse monopolie op de cassatieadvocatuur en de invoering van een landelijke cassatiebalie. Het doel van de invoering van de cassatiebalie was tweeërlei: het wegfilteren van zaken die niet bij de Hoge Raad thuishoren (door middel van een negatief cassatieadvies, ook wel aangeduid met de term 'zeeffunctie') en zorgen dat de zaken die wel bij de Hoge Raad thuis horen, zo goed mogelijk aan hem worden voorgelegd (door middel van een kundig en scherp cassatiemiddel).[253] Cassatieprocedures vergen nu eenmaal specifieke deskundigheid op het gebied van cassatietechniek. Toegang tot de cassatiebalie is dan ook voorbehouden aan advocaten die niet alleen een speciaal examen hebben met goed gevolg hebben afgelegd maar daarnaast ook voldoen aan een vliegureneis. Aspirant-cassatie-advocaten moeten een minimum aantal zaken hebben behandeld, en ingeschreven advocaten moet een bepaald minimum aan zaken per jaar behandelen.[254] Deze specifieke expertise komt ook bij de prejudiciële procedure van pas. Op het eerste gezicht valt er dus veel voor te zeggen dat de betrokkenheid van een cassatieadvocaat verplicht is.

Waar in cassatie een partij een hofuitspraak (of bij sprongcassatie: een rechtbankuitspraak)[255] moet aanvallen met een middel, is het echter de feitenrechter zelf (na overleg met partijen) die besluit een vraag te stellen. Cassatietechniek speelt bij de prejudiciële procedure in beginsel dan ook geen een rol, althans niet voor partijen.[256] Om die reden heeft de wetgever getwijfeld over de noodzaak van verplichte rechtsbijstand bij de prejudiciële procedure door een cassatieadvocaat. Ondanks die twijfels heeft de wetgever de bijstand door een cassatieadvocaat in de prejudiciële procedure verplicht gesteld, althans voor wat betreft het gedeelte bij de Hoge Raad (art. 393 lid 3 Rv).

Redenen hiervoor waren dat cassatieadvocaten ervaring hebben met het opstellen van processtukken voor de Hoge Raad. Bovendien meende de wetgever dat de grenzen waarbinnen de Hoge Raad in de prejudiciële procedure kan opereren, niet wezenlijk verschilden van die in de cassatieprocedure. Daarmee wordt gesuggereerd dat cassatieadvocaten een betere inschatting kunnen maken van de armslag die de Hoge Raad binnen een procedure heeft. Ook zouden cassatieadvocaten een schifting aanbrengen in de informatie die de Hoge Raad wordt voorgelegd. De inschakeling van een cassatieadvocaat dient daarmee volgens de wetgever niet alleen een procedureel belang, maar is ook in het belang van de Hoge Raad zelf.[257] Lindijer heeft deze motivering mager genoemd. Volgens hem is het opstellen van een cassatiedagvaarding opstellen inderdaad een verhaal apart, maar het schrijven van schriftelijke opmerkingen zou geen specifieke deskundigheid vergen.[258]

Wij voelen wel voor het argument dat een cassatieadvocaat bij uitstek weet hij hoe hij de dialoog met de Hoge Raad moet aangaan. Maar de toegevoegde waarde van een

[252] Ingevoerd op dezelfde dag als de Wet prejudiciële vragen.
[253] *Kamerstukken II* 2010/11, 32 576, 3, p. 3.
[254] Zie de Verordening op de advocatuur, *Stcrt.* 2014, 35091, van de Nederlandse Orde van Advocaten die de Verordening vakbekwaamheidseisen civiele cassatieadvocatuur, *Stcrt.* 2011, 20846, inmiddels heeft vervangen.
[255] Zie nader paragraaf 3.7.2.
[256] Wel speelt het onderscheid tussen feit en recht een rol bij de vrijheid die de Hoge Raad heeft bij zijn beantwoording. Zie paragraaf 3.3.10 hierna.
[257] *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, 3, p. 18.
[258] Lindijer 2009.

cassatieadvocaat[259] betekent nog niet dat zijn *verplichte* bijstand geen problemen oplevert. In de huidige regeling worden partijen, die doorgaans niet hebben aangestuurd op een prejudiciële procedure, immers gedwongen om extra kosten te maken voor het inschakelen van een cassatieadvocaat. Uiteraard hebben partijen ook in de reguliere cassatieprocedure een cassatieadvocaat nodig, maar in dat geval kiezen zij er zelf voor om in cassatie te gaan. De keuze om een prejudiciële vraag te stellen, is echter in het merendeel van de gevallen de keuze van de feitenrechter (zie paragraaf 3.3.2). Weliswaar zal de rechter daarbij rekening houden met de wensen van partijen, maar niet uitgesloten is dat een geschil tegen de zin van een of meer partijen wordt uitverkoren om aan de Hoge Raad te worden voorgelegd.[260] Vervolgens kunnen aldaar ook derden een voor partijen nadelig standpunt bepleiten. Het antwoord van de Hoge Raad zal uiteraard beslissend zijn voor het onderliggende geschil, anders was de vraag niet gesteld,[261] en dus is partijen er alles aan gelegen om hun standpunt aan de Hoge Raad kenbaar te maken. Partijen kunnen er dus nauwelijks omheen om te participeren in de vraagprocedure door de inschakeling van een cassatieadvocaat. Het verplicht horen van partijen door de vraagstellende rechter, in combinatie met de standaardpraktijk van de Hoge Raad om het gehele procesdossier bij de vraagstellende rechter op te vragen, zorgt er weliswaar voor dat de partijstandpunten enigszins doorsijpelen naar de Hoge Raad, maar of dat afdoende is om de Hoge Raad van alle mogelijk relevante informatie te voorzien, zeker als een tegenpartij wel een cassatieadvocaat kan inschakelen, is nog maar de vraag.

Overigens verbaast het dat de wetgever in de toelichting bij de onlangs ingevoerd prejudiciële procedure in belastingzaken, uiteindelijk ook makkelijker blijkt te denken over nut en noodzaak van verplichte rechtsbijstand in de prejudiciële procedure. Uiteraard is het van oudsher zo dat men in de fiscaliteit geen verplichte rechtsbijstand kent[262] en dat het doorgaans belastingadviseurs zijn die procederen, en niet advocaten, maar die historie verklaart niet geheel het navolgende standpunt van de wetgever in de toelichting:

> 'Het kabinet onderschat de waarde van professionele bijstand niet, maar meent dat er goede redenen zijn om in de fiscale prejudiciële procedure (ook) geheel af te zien van een verplichte procesvertegenwoordiging. De belangrijkste reden is dat een prejudiciële procedure een incident is in de procedure bij de bestuursrechter, dat de partij, tenzij hij zelf heeft verzocht om het stellen van een prejudiciële vraag, overkomt. Het is dan niet passend om partijen te verplichten om de kosten te maken die nu eenmaal aan vertegenwoordiging door een advocaat zijn verbonden, temeer daar de prejudiciële procedure ook anderen in vergelijkbare zaken baat. '[263]

Dat standpunt is opvallend want ook in de civiele prejudiciële procedure wordt een partijgeschil 'opgeofferd' voor een richtinggevende uitspraak.[264] Gelet op deze principiële stellingname voor de fiscale prejudiciële procedure verbaast het wel enigszins dat de

---

[259] Er lijkt door de ontwerpers te zijn geanticipeerd op de invoering van een cassatiebalie. Zie Frenk & Wolframm-Van Doorn 2009, p. 161, die toen aangaven dat de vorming van een cassatiebalie nog onderwerp was van overleg tussen het Ministerie van Justitie, de Nederlandse Orde van Advocaten en de Hoge Raad.

[260] Daarmee is de rechter ook de enige in de prejudiciële procedure die kaas moet hebben gegeten van cassatietechniek. Alleen rechtsvragen en niet sterk feitelijke gemengde vragen lenen zich voor beantwoording. De rechter moet dus iets weten van het onderscheid tussen feit en recht dat de cassatieprocedure kenmerkt. Gelukkig houdt dit onderscheid verband met het voor de lagere rechter bekende samenspel tussen het gebod van ambtshalve aanvulling van rechtsgronden en de verboden aanvulling van de feiten en de feitelijke grondslag (respectievelijk art. 149 lid 1 en art 24 Rv).

[261] Sterker nog: was dit niet zo dan had de vraag niet eens gesteld *mogen* worden. Zie HR 31 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1614, *NJ* 2013/321 (*assurantieportefeuille*) waarover paragraaf 3.3.4.5.

[262] Zie uitgebreider Van der Wal 2005.

[263] *Kamerstukken II 2015/16*, 34 305, 3, p. 55-56.

[264] Aldus ook Numann 2010, p. 111.

bijstand door een cassatieadvocaat in civilibus wel nog steeds wordt verplicht. Wij merken verder nog op dat in de prejudiciële procedure bij het Europese Hof van Justitie bijstand door een advocaat in beginsel ook verplicht is,[265] maar dat als de procesvoorschriften van een lidstaat dat toestaan, partijen zich door anderen of door zichzelf kunnen laten vertegenwoordigen.[266] Dat betekent dat als een Nederlandse kantonrechter besluit om vragen te stellen aan het Hof van Justitie, de zichzelf vertegenwoordigende partij in Luxemburg mag verschijnen. In kantonzaken is bijstand door een advocaat immers niet verplicht (art. 79 lid 1 Rv), zodat inschakeling van een advocaat ook niet hoeft voor de prejudiciële procedure bij het Hof van Justitie.

Hier zou inspiratie kunnen worden geput met het oog op de Nederlandse prejudiciële procedure. Een groot aantal antwoorden gaat over zaken met een dermate gering financieel belang dat deze anders niet bij de Hoge Raad terecht zouden zijn gekomen. Ligt het dan niet voor de hand om de drempel voor de prejudiciële procedure gelijk te stellen met de voorschriften voor procesvertegenwoordiging die gelden in de onderliggende procedure, net als in Luxemburg? Wellicht zal de inbreng van een partij die zichzelf vertegenwoordigt niet steeds even verheffend zijn als die van een cassatieadvocaat. Anderzijds is het aan partijen lastig uit te leggen dat hun procedure niet alleen via een zijweg de Hoge Raad terecht is gekomen, maar dat zij om te verschijnen bij diezelfde Hoge Raad zij eerst een extra advocaat moeten inhuren.

Overigens, wat de invloed is van de wel ingediende schriftelijke opmerkingen is voor ons feitelijk niet afdoende na te gaan. Deze opmerkingen worden in tegenstelling tot het cassatiemiddel in de reguliere cassatieprocedure niet in de *NJ* gepubliceerd. De inhoud van die opmerkingen valt niet steeds uit de beslissing zelf af te leiden. Hoogstens laat de portee zich reconstrueren uit de weergave daarvan in de conclusie van het Parket. Wij zien echter niet in waarom deze opmerkingen niet gewoon kunnen worden gepubliceerd.[267]

3.3.7.3 DE INBRENG VAN DERDEN[268]

Uniek aan de prejudiciële procedure, althans totdat de Hoge Raad besloot om deze mogelijkheid ook door te trekken naar de cassatie in het belang der wet,[269] is de mogelijkheid voor derden om in een vraagprocedure (schriftelijke) opmerkingen te maken.[270] Sinds 1 juli 2012 is het Nederlandse procesrecht zodoende niet alleen verrijkt met de prejudiciële procedure maar ook met de figuur van *amicus curiae*.[271] De introductie van de *amicus curiae* is een interessant fenomeen, alleen al omdat zo al snel de vraag rijst of de 'gewone' cassatieprocedure hier wellicht in de toekomst leentjebuur zou kunnen of moeten

---

[265] Art. 19 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie.

[266] Art. 47 lid 2 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie van 25 september 2012 (*PB L* 265 van 29 september 2012, met rectificatie in *PBL*8 van 9 februari 2013, p. 20), zoals gewijzigd op 18 juni 2013 (*PB L* 173 van 26 juni 2013, p. 65).

[267] Zie onze stellingname hieronder ten aanzien van de inbreng van derden en de institutionele belangen die daarachter zitten. Soms is een procespartij de vertegenwoordiger van een gehele branche. Denk aan de verzekeraar in HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162 (*bereik aansprakelijkheid voor dieren*). Zie in het bijzonder punt 5.1 e.v. van de conclusie van de A-G Spier voor deze beslissing.

[268] Zie ook Schoordijk 2007; Barkhuysen 2014 en De Poorter 2015.

[269] De regeling voor de inspraak is door de Hoge Raad van overeenkomstige toepassing verklaard op de procedure van cassatie in het belang der wet in HR 6 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1342, *RvdW* 2014/784. Zie nader paragraaf 3.3.7.2.

[270] Over het belang daarvan reeds Giesen 2011b, p. 68-69.

[271] Althans in algemene zin. Reeds daarvoor konden de Autoriteit Consument en Markt en de Europese Commissie hun zienswijze delen in zaken met een mededingingsrechtelijk aspect op de voet van art. 44a Rv (zie voor de bestuursrechtelijke evenknie: art. 8:45a Awb). De Raad voor de Kinderbescherming (art. 810 Rv) en de Commissie gelijke behandeling (tegenwoordig het College voor de rechten van de mens op grond van art. 10 Wet College voor de rechten van de mens) zijn in civiele zaken ook sinds langere tijd potentiële *amici*.

gaan spelen.[272] Dat de Hoge Raad zich (tegenwoordig ook daar) meer richt op het zaaksoverstijgend belang, brengt mee dat niet alleen wordt geluisterd naar de partijen in de procedure, maar ook naar belanghebbenden en belangstellenden daarbuiten. Hét kenmerk van een prejudiciële beslissing, die in beginsel 'breder' is dan het gemiddelde arrest, is dat deze niet uitsluitend betekenis heeft voor partijen. De beslissing kan ook verstrekkende gevolgen hebben voor derden, in het bijzonder *repeat players*. Waarom zouden die, in de woorden van Schoordijk, handenwringend aan de zijlijn moeten blijven staan?[273] Het ligt dan ook voor de hand om die derden bij de procedure te betrekken.[274]

Wij gebruikten zojuist de term 'verrijkt', maar niet iedereen dacht daar zo over ten tijde van de invoering van de Wet Prejudiciële vragen. De Afdeling wetgeving van de Raad van State adviseerde nog negatief over de mogelijkheid van derden om in te spreken. Volgens de Afdeling zou de inmenging van derden de werklast voor zowel het Parket als de Hoge Raad zelf verzwaren en de prejudiciële procedure vertragen. Maar de Afdeling had ook meer fundamentele kritiek:

> 'Tevens is het voor de Afdeling niet duidelijk dat voldoende onderzoek is gedaan naar de wenselijkheid en te verwachten gevolgen van het toekennen van deze bevoegdheid.
> Daarnaast acht de Afdeling het niet zonder meer wenselijk dat deze 'anderen' in de prejudiciële procedure hun eigen belangen gaan bepleiten. De beslissing om hen daar al dan niet toe in de gelegenheid te stellen kan omstreden zijn. De Afdeling adviseert in de toelichting op het vorenstaande in te gaan en te bezien op welke wijze in het voorstel de inbreng van derden nader kan worden gestructureerd, waarbij te denken valt aan de mogelijkheid de consultatie van derden wettelijk te beperken.'[275]

De minister heeft zich van deze kritiek echter niets aangetrokken. Juist in de prejudiciële procedure waar het per definitie gaat om vragen met een zaaksoverstijgend belang is het volgens hem van belang dat de Hoge Raad 'een zo compleet mogelijk beeld van de juridische en maatschappelijke context van het geschil' krijgt voorgeschoteld. De kans daarop is kleiner als de informatiestroom van de Hoge Raad wordt beperkt tot de inbreng van partijen[276] Om die reden bleef de *amicus curiae* in de prejudiciële procedure gehandhaafd.[277] Wat betreft de vrees voor een verzwaring van de werklast en vertraging van de procedure wijst de minister er op dat het uiteindelijk aan de Hoge Raad is om te bepalen wie er mag inspreken. De Hoge Raad behoudt dus te allen tijde controle over de inmenging van derden in de prejudiciële procedure.[278]

---

[272] Alhoewel de Hoge Raad een bevestigend antwoord op deze vraag onlangs nog lijkt te hebben afgesneden in HR 12 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1602, *NJ* 2015/295 (*Alstom*). Vgl. HR 11 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2534, *NJ* 2015/369.

[273] Schoordijk 2007.

[274] Reeds in die zin voor het fiscale recht Bavinck 2009, en voor het algemene bestuursrecht De Poorter 2015.

[275] *Kamerstukken II* 2010/2011, 32 612, 4, p. 9.

[276] Een zaak die vaak wordt genoemd als voorbeeld van een arrest waarin de Hoge Raad zou zijn uitgegaan van twijfelachtige veronderstellingen over de maatschappelijke context waarin hij beslist, is HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6947, *NJ* 2012/261 (*Dix/ING*). De Hoge Raad overwoog in r.o. 4.9.4 dat concurrente schuldeisers bij de aanvaarding van de verzamelpandakte zouden zijn gebaat omdat dit banken ertoe zou bewegen ruimere kredieten te verstrekken en minder snel de financiering stop te zetten. Deze rechtseconomische veronderstelling wordt breed in twijfel getrokken. Zie bijvoorbeeld de *NJ*-noot van Verstijlen onder dit arrest.

[277] *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, 3, p. 17.

[278] *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, 3, p. 17.

De praktijk wijst uit dat de Hoge Raad wat betreft zijn 'vrienden' niet kieskeurig is. Art. 393 lid 2 Rv en art. 8.1 rpv bepalen weliswaar dat derden slechts na toestemming van de Hoge Raad opmerkingen mogen indienen, maar deze verzoeken worden steeds zonder meer toegewezen.[279] Zij krijgen dan in beginsel vier weken om opmerkingen te maken.[280] Omgekeerd pleegt de Hoge Raad derden niet zelf te benaderen met het verzoek om in te spreken in een lopende prejudiciële procedure.[281]

Maar, hoe komen derden dan te weten dat zij kunnen reageren en – belangrijker – waarop zij kunnen reageren? De Hoge Raad publiceert de gestelde vragen op zijn website, dus dat is de manier voor derden om op de hoogte te raken.[282] Anders dan Streefkerk vermeldt, gebeurt de plaatsing echter niet steeds direct. Naar onze ervaring wordt het overzicht maandelijks of zelfs tweemaandelijks geüpdatet. Bovendien worden vaak niet de uitspraken als zodanig, maar slechts de dicta met de vragen gepubliceerd.[283] Ons lijkt het lastig om de afweging 'wel of niet inspreken' te maken als over een zaak niet meer is te vinden dan vragenlijst zonder enige (feitelijke) context. Enige verbetering als het gaat om de communicatie naar het afnemende veld is dus mogelijk.

Hoe vaak spelen derden een rol in de prejudiciële procedure, in het bijzonder bij de nadere voorlichting aan de Hoge Raad alvorens deze tot een antwoord komt? In twaalf van de 25 afgewikkelde zaken werden er door externe betrokkenen opmerkingen gemaakt.[284] Is dat veel? Dat is lastig te zeggen, omdat een vergelijksmaatstaf ontbreekt. Wel durven we te stellen dat de regeling op dit vlak blijkbaar in een zekere behoefte voorziet.

De volgende vraag ligt voor de hand: van welke externe partijen komen de opmerkingen? We hebben hiervan een overzicht gemaakt

Autoriteit Consument en Markt (ACM)[285]	1
Achmea Schadeverzekeringen N.V.[286]	1

[279] Streefkerk 2015, p. 253.

[280] Dat is korter dan de termijn voor partijen. Die krijgen blijkens art. 7.1 rpv zes weken voor het maken van opmerkingen.

[281] Streefkerk 2015, p. 253. Wel wordt in de lagere rechtspraak wel eens een hint gegeven dat iemand (i.c. de fiscus) zich als derde zou kunnen melden, zie Rb. Oost-Brabant 20 februari 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:BZ2201 in de uitspraak die leidde tot HR 13 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1910; *NJ* 2014/88 (*stil pandhouder, bodembeslag en afkoelingsperiode*).

[282] In tegenstelling tot wat Streefkerk vermeldt, gebeurt de plaatsing niet steeds direct. In onze ervaring wordt het overzicht maandelijks of zelfs tweemaandelijks geüpdatet.

[283] Voor 1 januari 2016 werden in drie van de acht op de site vermelde zaken slechts de vragen gepubliceerd en niet de uitspraak. Twee van die drie zaken (Hof Arnhem-Leeuwarden 24 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2103 (*maatstaf exhibitieplicht*) en Hof Arnhem-Leeuwarden 2 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3900 (*verhuiskostenvergoeding bij renovatie*)) zijn wel op rechtspraak.nl te vinden. Vermoedelijk zijn deze uitspraken niet op de site van de Hoge Raad geplaatst omdat in deze tussenuitspraken partijen nog de gelegenheid krijgen om hun zienswijze te geven. De definitieve vraagstelling volgde dus telkens later in een andere tussenuitspraken. De eerdere tussenuitspraken, waarin de vragen zoals gesteld al zijn geformuleerd, bieden echter wel de nodige context voor geïnteresseerde derden.

[284] Opmerkelijk is – wederom – de *bewijsbeslag-zaak* (HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958, *NJ* 2014/455) waarin partijen niet zijn verschenen, maar twee derden – de Vereniging van Banken en de Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders – wel de moeite namen om in te spreken.

[285] HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099, *RvdW* 2015/1125 (*huurbemiddelingskosten*).

[286] HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2901, NJ 2014/428 (*vrije advocaatkeuze*). Achmea was overigens ook procespartij bij HR 30 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3197, *RvdW* 2015/1175 (*betekening ex art. 431a Rv*).

CAIW Diensten B.V., Tele2 Nederland B.V., T-Mobile Netherlands B.V., UPC Nederland B.V., Vodafone Libertel B.V. en Ziggo B.V.[287]	1
Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders[288]	5
Nederlandse Vereniging van Banken[289]	1
De Staat der Nederlanden [290]	2
Vereniging van Familierecht Scheidingsmediators (vFAS)[291]	1
mr. K.Chr. Mensink, (curator in andere faillissementen)[292]	1

De kampioen 'opmerkingen maken' en daarmee de beste (en oudste) 'vriend' van de Hoge Raad is de Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders (KBvG) die in vijf zaken intervenieerde. Echt vreemd is dat niet als bedacht wordt dat de deurwaarders bij vele civiele procedures betrokken zijn en dat zij dan vooral betrokken zijn bij die procedures waarvan er 'dertien in een dozijn' gaan. Daarbij komt dat twee vragen voortkwamen uit een deurwaarderskortgeding (art. 438 lid 4 Rv).[293] In die zaken was de deurwaarder dus procespartij.

Een vervolgvraag is natuurlijk of de inspraak van derden enige (merkbare) invloed heeft gehad op de antwoorden. Voor ons is dit helaas niet goed na te gaan. De door derden overgelegde opmerkingen (hun '*amicus briefs'*) zijn niet gepubliceerd en worden, net zo min als de schriftelijke opmerkingen van partijen, in de *NJ* gepubliceerd. De inhoud van deze

[287] HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, *NJ* 2015/477 (*telefoonabonnementen I*). De providers hebben gekozen om gezamenlijk bij monde van één cassatieadvocaat te spreken. Wij hebben het collectief dus als één amicus geteld. Opvallend is dat de providers daarna niet zijn verschenen in HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, *RvdW* 2016/279 (*telefoonabonnementen II*).

[288] HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4889, *NJ* 2013/123 (*grosse hypotheekakte*); HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958, *NJ* 2014/455 (*bewijsbeslag*); HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1405, *NJ* 2014/406 (*veertiendagenbrief*); HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1868, *RvdW* 2015/920 (*imputatie incassokosten*) en HR 30 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3197, *RvdW* 2015/1175 (*betekening ex art. 431a Rv*).

[289] HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958, *NJ* 2014/455 (*bewijsbeslag*).

[290] HR 13 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1910, *NJ* 2014/88 (*stil pandhouder, bodembeslag en afkoelingsperiode*) en HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3568, *RvdW* 2016/43 (*afwenteling boetes Wet arbeid vreemdelingen*).

[291] HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3011, *NJ* 2015/465 (*alleenstaande ouderkop*).

[292] HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3023, *RvdW* 2015/1123 (*overwaarde-arrangement*).

[293] HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4889, *NJ* 2013/123 (*grosse hypotheekakte*) en HR 30 oktober 2015 ECLI:NL:HR:2015:3197, *RvdW* 2015/1175 (*betekening ex 431a Rv).*

opmerkingen kan hoogstens worden opgemaakt uit de conclusies van het Parket.[294] Een sprekend voorbeeld daarvan is de zaak over de alleenstaande ouderkop.[295] Uit de conclusie van waarnemend A-G Hammerstein blijkt dat de Vereniging van Familierecht Advocaten Scheidingsmediators (vFAS) een enquête heeft gehouden onder haar leden over de in die zaak gestelde vraag:

> 'Uit de schriftelijke opmerkingen ingediend door de vFAS blijkt dat zij via een digitale nieuwsbrief een enquête heeft uitgezet onder haar leden over de vraag op welke wijze het kindgebonden budget en de alleenstaande-ouderkop bij de bepaling van de kinderalimentatie in aanmerking moet worden genomen. Daaruit blijkt samenvattend (i) dat een grote meerderheid van de respondenten het er niet mee eens is dat het gehele kindgebonden budget, inclusief de alleenstaande-ouderkop, in mindering wordt gebracht op de tabelbehoefte en (ii) dat iets meer dan de helft van de respondenten van mening is dat er een splitsing moet worden gemaakt tussen de alleenstaande-ouderkop en het overige deel van het kindgebonden budget, waarbij de alleenstaande ouderkop bij de drachtkracht moet worden geteld en het overige kindgebonden budget in mindering moet komen op de tabelbehoefte.'[296]

De Hoge Raad zelf refereert in zijn antwoorden echter niet expliciet aan de opmerkingen van derden.[297] Daartoe is hij ook niet verplicht.[298] Omdat derden per definitie geen partij zijn, is de Hoge Raad niet verplicht (ook niet omwille van art. 6 EVRM) om op hun inbreng in te gaan.

Kortom, zowel aan de input- als aan de output-kant blijft de precieze invloed van derden enigszins in nevelen gehuld. Wij zouden hier dan ook een lans willen breken voor publicatie van deze 'amicus briefs', en wel onder het motto 'sunlight is the best disinfectant'.[299] De bij de Hoge Raad insprekende derden vertegenwoordigen vaak een institutioneel belang – een Vereniging van Banken bijvoorbeeld – en welke invloed zij hebben op de antwoorden valt misschien niet vast stellen, maar dat zij invloed kunnen hebben staat buiten kijf. Aangezien de antwoorden van de Hoge Raad een rechtsbron vormen die de kracht van een formele wet benadert, zo niet evenaart, is enige transparantie op dit vlak wel gewenst. Bij internetconsultaties over nieuwe wetgeving worden alle ingediende reacties ook integraal online gepubliceerd. Waarom zou iets anders gelden voor reacties van de *amici curiae* bij de Hoge Raad?

---

[294] In vrijwel elke conclusie wordt expliciet ingegaan op de input van insprekers (uitzonderingen zijn HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4889, *NJ* 2013/123 *(grosse hypotheekakte*); HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1405, *NJ* 2014/406 (*veertiendagenbrief*) en HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3023, *RvdW* 2015/1123 (*overwaarde-arrangement*). Zie bijvoorbeeld de conclusie van A-G Spier voor HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2901, NJ 2014/428 (*vrije advocaatkeuze*) die op verschillende plaatsen verwijst naar de inbreng van amicus Achmea, en de conclusie van A-G Wuisman HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099, *RvdW* 2015/1125 (*huurbemiddelingskosten*) waarin wordt ingegaan op een voorstel tot herformulering van ACM, alsmede de conclusie van A-G Wissink voor HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, *NJ* 2015/477 (*telefoonabonnementen I*).

[295] HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3011, *NJ* 2015/465 (*alleenstaande ouderkop)*.

[296] Conclusie A-G Hammerstein, ECLI:NL:PHR:2015:1711, punt 2.21.

[297] Een uitzondering is mogelijk HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3568, *RvdW* 2016/43, r.o. 3.7 (*afwenteling boetes Wet arbeid vreemdelingen)*, maar ook daaruit valt de precieze invloed niet op te maken ('In de schriftelijke opmerkingen van partijen en de Staat is ook de vraag besproken of onder bijzondere omstandigheden (toch) sprake kan zijn van nietigheid.')

[298] *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, 3, p. 17. Wat dat betreft valt ook een vergelijking te maken met het beleid van de Hoge Raad ten aanzien van conclusies van het Parket. De Hoge Raad pleegt niet in debat te gaan met de advocaat-generaal.

[299] Deze uitspraak is volgens *Wikipedia* afkomstig van Louis D. Brandeis, de 'uitvinder' van de zogenoemde Brandeis-brief, een processtuk waarin niet de nadruk ligt op juridische verwijzingen maar op empirische data, en later rechter in het Amerikaanse hooggerechtshof.

Hoewel de inhoud van de opmerkingen die door derden zijn overgelegd, ons niet bekend zijn, betekent dat nog niet dat er verder helemaal niets meer over te zeggen valt.[300] Het nut van de *amicus brief* zit vermoedelijk niet zelden in de verschaffing van feitelijke gegevens. Lunsingh Scheurleer & Vermeulen hebben daarom voorgesteld om de inspraak van derden ook al bij de vraagstellende feitenrechter mogelijk te maken, zeker in massaschadezaken waar de aantallen een grote rol spelen. De termijn van vier weken die derden door de Hoge Raad wordt gegund, is volgens hen te kort om een debat over de feiten te voeren. Bovendien hoort dit debat eerder thuis bij de feitenrechter. Ook kunnen de derden dan input geven op de formulering van de vragen.[301] Aangezien de in een *amicus brief* aangedragen informatie dient om de Hoge Raad een beeld te geven van de context en niet de feitelijke grondslag van het onderliggende geschil (dat debat hoort inderdaad bij de feitenrechter thuis) zien wij niet in waarom de feitenrechter een geschikter forum voor de inbreng door derden zou zijn dan de Hoge Raad. Bovendien zou uitbreiding van de interventie van derden in de fase bij de feitenrechter de prejudiciële procedure vertragen, terwijl snelheid juist een belangrijk element vormt van het succes van de prejudiciële procedure. In paragraaf 4.6.5 komen wij hierop nog terug; aldaar blijkt dat de door ons gesproken praktijkjuristen (ook) niet enthousiast zijn.

Het recht om in te spreken bevat wel een belangrijke beperking. Derden mogen uitsluitend schriftelijke opmerkingen indienen die zijn ondertekend door de een cassatieadvocaat, aldus art. 393 lid 3 Rv.[302] Gelet op de kosten die dit meebrengt, is het raadzaam dat belangstellende derden zich vooral afvragen welke meerwaarde zij kunnen bieden in vergelijking met partijen. Schriftelijke opmerkingen die niet meer doen dan het herhalen van een partijstandpunt zijn niet zinvol. Dit risico doet zich uiteraard niet voor in de regelmatig voorkomende situatie dat partijen niet verschijnen in de prejudiciële procedure.

De redenen voor de verplichtstelling van een cassatieadvocaat zijn dezelfde als voor de schriftelijke opmerkingen van partijen: het waarborgen van de kwaliteit van de opmerkingen die bij de Hoge Raad worden ingediend. Aangezien de waarde van een *amicus brief*, zoals gezegd, vooral zit in het geven van aanvullende informatie op de partijstandpunten, lijkt een rechtvaardiging voor de verplichtstelling van een in cassatietechniek doorknede advocaat hier nog minder sprekend (zie echter nader paragraaf 5.2.4). Inmiddels wekt het dan waarschijnlijk ook geen verbazing meer dat de (fiscale) wetgever een draai heeft gemaakt op dit punt. In de fiscale prejudiciële procedure hoeven derden zich niet verplicht te laten bijstaan:

> 'Daarnaast wil het kabinet gelet op het belang dat in een prejudiciële procedure de zaak zo breed mogelijk kan worden belicht ook voor derden geen (financiële) drempels opwerpen door procesvertegenwoordiging verplicht te stellen. Daarbij komt dat tot de derden die zich willen uitlaten over de beantwoording van de rechtsvraag naar verwachting in het bijzonder deskundigen zoals belastingadviseurs en fiscale wetenschappers zullen behoren. Het kabinet acht deze deskundigen zonder meer in staat om zelf hun mening naar voren te brengen. Derhalve wordt niet voorzien in de verplichting van vertegenwoordiging door een advocaat.'[303]

Net als bij de vertegenwoordiging van partijen neemt de staatssecretaris, die bovendien zegt voor het kabinet te spreken, ook hier principieel stelling. Het gevolg hiervan is alleen wel dat

[300] Zie ook nog de opmerkingen in paragraaf 4.6.5. hierna.
[301] Lunsingh Scheurleer & Vermeulen 2013, p. 273-276.
[302] Zie ook art. 9.2 rpv.
[303] *Kamerstukken II 2015/16*, 34 305, 3, p. 55-56.

een fiscale hoogleraar wordt bevoordeeld boven zijn civiele collega. Die laatste zal een cassatieadvocaat moeten inschakelen wil hij of zij door de Hoge Raad gehoord worden. Daartegen kan worden ingebracht dat de civilist er altijd voor kan zorgen dat hij of zij iets in de vakliteratuur gepubliceerd krijgt. Zo'n bijdrage zal niet spoedig ontsnappen aan de aandacht van het Parket en dus – indirect – de Hoge Raad.

Indien een derde schriftelijke opmerkingen heeft ingediend, hebben partijen op grond van art. 9.3 rpv het recht om binnen twee weken te reageren op die opmerkingen. Daarvoor hoeven zij niet eerst zelf opmerkingen te hebben ingediend.[304] Derden hebben daarentegen niet het recht op partijen, elkaar en op de A-G reageren. Procesrechtelijk is dat niet onlogisch: derden zijn immers geen partij en hen komt dus ook niet een recht op wederhoor toe. Sterker nog, omdat de zienswijze van een derde wel invloed kan hebben op de uiteindelijke beslissing, zouden partijen telkens de gelegenheid moeten krijgen om te reageren op de eventuele reacties van derden. Voor de snelheid van de procedure is dat uiteraard niet bevorderlijk. Vreemd genoeg werd het de Nederlandse Vereniging van Banken (althans haar cassatieadvocaat) in de *bewijsbeslag-zaak* echter wel toegestaan om een Borgers-brief in te dienen.[305] In de vraagprocedure over de afwenteling van de boete wegens overtreding van de Wet arbeid vreemdelingen gebeurde iets soortgelijks. Daar mocht de Staat, die door de Hoge Raad was toegelaten om als 'amicus' opmerkingen te maken, reageren op de opmerkingen van partijen.[306]

3.3.7.4 EXTRA SCHRIFTELIJKE OF MONDELINGE TOELICHTING VAN DE ADVOCATEN VAN PARTIJEN

Hiervoor kwam al aan orde dat partijen op grond van art. 9.3 rpv mogen reageren op de opmerkingen van derden. Hetzelfde artikel bepaalt ook dat zij ook op elkaars opmerkingen kunnen reageren. Naast deze algemene bevoegdheid mag de Hoge Raad op grond van art. 393 lid 4 Rv een dag bepalen voor een schriftelijke of mondelinge *toelichting* (niet te verwarren met de schriftelijke toelichting op het middel of het antwoord in de reguliere cassatieprocedure). Het bijzondere hiervan is dat deze toelichting wél kan worden verzorgd door 'gewone' advocaten (art. 393 lid 5 Rv).[307] Blijkens de memorie van toelichting heeft de wetgever art. 393 lid 4 Rv ingevoerd zodat partijen altijd een reactiemogelijkheid krijgen als derden opmerkingen in hun zaak hebben gemaakt.[308] Echter, het procesreglement prejudiciële vragen voorziet standaard al in een reactiemogelijkheid (zie art. 9). De Hoge Raad heeft om die reden vermoedelijk tot nu toe geen schriftelijke of mondelinge toelichting op de voet van art. 393 lid 4 Rv gelast. De meerwaarde van dit lid, althans wat betreft een schriftelijke toelichting, kan dan ook worden betwijfeld. Het procesreglement laat op dit punt overigens wel aan duidelijkheid te wensen over. Uit dat reglement blijkt niet of partijen alleen kunnen reageren via de tussenkomst van een cassatieadvocaat.[309] Nu partijen uit kostenoverwegingen ervoor zouden kunnen kiezen om zich alleen bij de feitenrechter uit te laten over de beantwoording en verder niet in de prejudiciële procedure te verschijnen, is het naar onze mening wenselijk die duidelijkheid wel te bieden.[310]

---

[304] Dit valt op te maken uit HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162 (*bereik aansprakelijkheid voor dieren*).

[305] Hoge Raad 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958, *NJ* 2014/455, r.o. 2 (*bewijsbeslag)*.

[306] HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3568, *RvdW* 2016/43 (*afwenteling boetes Wet arbeid vreemdelingen*).

[307] Hierbij moest volgens de wetgever met name worden gedacht aan de advocaat die in feitelijke instantie de desbetreffende partij heeft vertegenwoordigd. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, 3, p. 18

[308] *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, 3, p. 18. Het herhalen van het partijstandpunt was volgens de wetgever nadrukkelijk niet de bedoeling.

[309] Zie paragraaf 3.3.6.4.

[310] Ook is onduidelijk of de reactie op de conclusie van het Parket moet zijn opgesteld door een cassatieadvocaat. Art. 44 Rv lid 3 Rv zwijgt hierover. Vgl. HR 13 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1910*, NJ* 2014/88 (*stil pandhouder, bodembeslag en afkoelingsperiode*) waar de curator geen schriftelijke opmerkingen indiende, maar wel twee cassatieadvocaten inschakelde om een Borgersbrief te schrijven.

Genoemd art. 393 lid 4 Rv biedt de grondslag voor een zitting in de prejudiciële procedure. Waar de schriftelijke toelichting uitsluitend kan worden verzorgd door partijen, is het derden ook toegestaan te verschijnen bij een mondelinge toelichting indien de Hoge Raad daartoe gelegenheid geeft. Teuben spreekt dan ook gekscherend van de mogelijkheid van een 'Poolse Landdag' op (tegenwoordig) het Korte Voorhout als veel derden zich hebben gemeld.[311] Zo ver is het tot nu toe niet gekomen. Sterker nog, de Hoge Raad heeft nog nooit een mondelinge toelichting op de voet van art. 393 lid 4 Rv gelast. Dat heeft er waarschijnlijk mee te maken dat een zitting bij de Hoge Raad überhaupt een zeldzaamheid is. Een recent voorbeeld is de zaak JPR advocaten/Gunning q.q.[312] waarin enkele bankmedewerkers zelf – en dus niet bij monde van hun advocaten – de Hoge Raad ter zitting hebben voorgelicht over de werking van girale betalingen.[313]

3.3.7.5 Extra toelichting door de vraagstellende rechter op de voet van art. 83 RO

De prejudiciële procedure is, zoals gezegd, bijzonder omdat niet alleen partijen maar ook derden de Hoge Raad van informatie kunnen voorzien. Ondanks deze mogelijkheden is het niet ondenkbaar dat de Hoge Raad behoefte heeft aan meer informatie, bijvoorbeeld over de feitelijke grondslag van het geschil bij de vraagstellende rechter.[314] De wetgever heeft om die reden gewezen op de mogelijkheid om die rechter om inlichtingen te vragen. Deze mogelijkheid (zie art. 83 RO) bestond reeds voor invoering van de Wet prejudiciële vragen.
In reguliere cassaties maakt de Hoge Raad zelden gebruik van deze bevoegdheid.[315] In het meest recente voorbeeld dat wij hebben kunnen vinden, had de Hoge Raad bij zowel rechtbank als hof inlichtingen ingewonnen over de toezending aan het hof van het proces-verbaal van de zitting bij de rechtbank. In cassatie werd namelijk geklaagd dat het hof van het proces-verbaal kennis had genomen zonder dat dit onderdeel uitmaakte van de gedingstukken. Uit de door de Hoge Raad ingewonnen inlichtingen bleek dat het proces-verbaal was opgesteld op verzoek van het hof en dat partijen hiervan nooit een afschrift hadden ontvangen. De Hoge Raad casseerde vervolgens wegens schending van het beginsel van hoor en wederhoor.[316]

Zoals de zojuist besproken uitspraak laat zien, wordt art. 83 RO tot nu toe alleen gebruikt – als het al wordt gebruikt – voor het achterhalen van feitelijke en processuele gegevens, met name om te controleren op vermeende schendingen van het beginsel op hoor en wederhoor. De minister suggereert echter dat dit artikel zich ook leent voor het krijgen van een beter beeld van de maatschappelijke context rondom een rechtsvraag.[317] Afgaand op de tekst van het artikel valt daar wat voor te zeggen. De bepaling is ruim geformuleerd en specificeert niet nader welke type inlichtingen kunnen worden ingewonnen. Ook schrijft het artikel niet dwingend voor dat alleen inlichtingen kunnen worden ingewonnen bij de rechter die bij de procedure is betrokken. De Hoge Raad kan dus ook zijn licht opsteken bij rechters elders in het land, bijvoorbeeld om na te gaan hoeveel soortgelijke zaken er in Nederland aanhangig zijn.

---

311 Teuben 2012, p. 106.
312 HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:689, *NJ* 2015/264 (*JPR advocaten/Gunning q.q.*).
313 Opmerkelijk is wel dat deze gang van zaken uitsluitend valt te vernemen uit de conclusie en niet uit het arrest zelf.
314 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, 3, p. 17.
315 Zie Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/277, die verwijzen naar HR 15 januari 1993, *NJ* 1993/594.
316 HR 9 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5882, *NJ* 2012/637 waarover Asser Procesrecht/Giesen 1 2015/312.
317 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, 3, p. 17.

De Hoge Raad heeft vooralsnog art. 83 RO niet gebruikt om 'zelf' een tegenvraag aan de vraagstellende rechter te stellen (ook niet nadat het Parket daartoe in één zaak had geadviseerd).[318] Er lijkt dus bij de Hoge Raad weinig behoefte te bestaan aan extra voorlichting door de vraagstellende rechter in aanvulling op de gegevens die partijen en derden overleggen. Voor het geval de Hoge Raad wel inlichtingen inwint bij de vraagstellende rechter, bepleit Vermeulen dat partijen in de gelegenheid worden gesteld om op deze inlichtingen te reageren en waar nodig te corrigeren.[319] Wij zouden hieraan willen toevoegen dat art. 6 EVRM onzes inziens ook tot deze conclusie dwingt. De inlichtingen die de rechter verschaft beïnvloeden immers mogelijk het antwoord van de Hoge Raad (anders zou de Hoge Raad er ook niet om hoeven te vragen) en hebben dus mogelijk gevolgen voor partijen.

Dat partijen vervolgens zullen mogen reageren op de inlichtingen verstrekt door de lagere instantie vloeit tevens voort uit de EHRM-uitspraak inzake *Nideröst-Huber t. Zwitserland*. Volgens het Zwitserse appelprocesrecht mocht de rechter die het vonnis *a quo* had gewezen zelf zijn zienswijze geven op het ingestelde hoger beroep. Deze zienswijze – waarin weinig verrassend tot verwerping werd geconcludeerd – besloeg een schamele pagina. Volgens het EHRM leverde deze praktijk op zichzelf geen schending van het EVRM op. Dat partijen echter niet op deze zienswijze mochten reageren, vormde volgens het EHRM wel een schending van het beginsel van hoor en wederhoor:

> 'What is particularly at stake here is litigants' confidence in the workings of justice, which is based on, inter alia, the knowledge that they have had the opportunity to express their views on every document in the file.'[320]

Gelet daarop kan de conclusie geen andere zijn dat partijen moeten kunnen reageren op inlichtingen die de Hoge Raad op grond van art. 83 RO inwint bij de vraagstellende rechter (of bij andere rechters). Dat dergelijke inlichtingen vaak voornamelijk neutrale informatie zullen bevatten, zoals over het aantal en de aard van soortgelijke bij het gerecht aanhangige maken, maakt voor dit principiële hoor-en-wederhooraspect geen verschil. Dat betekent – en dat is misschien een reden waarom de Hoge Raad nog geen inlichtingen heeft ingewonnen bij andere Nederlandse rechters – dat toepassing van art. 83 RO de prejudiciële procedure kan vertragen.

3.3.7.6 De rol van het Parket

Uiteraard heeft ook het Parket een rol toebedeeld gekregen in de prejudiciële procedure. Het is algemeen bekend dat de conclusies van het Parket, en het voorbereidend werk dat daarin is verricht, onontbeerlijk zijn voor de Hoge Raad. Hetzelfde geldt voor de prejudiciële procedure, waarin ook derden hun zienswijze met de Hoge Raad kunnen delen. Sterker nog, de Hoge Raad heeft die steun in de prejudiciële procedure waarschijnlijk harder nodig omdat de nadruk in de prejudiciële procedure juist ligt op vragen die voor het gehele veld van belang zijn.

De werkzaamheden van een advocaat-generaal in de prejudiciële procedure verschillen niet wezenlijk van die in een reguliere cassatieprocedure. Verschil is natuurlijk wel dat het Parket zal adviseren over de beantwoording van de vraag (en dus een voorstel geeft voor een antwoord) en niet over de gegrondheid van het cassatiemiddel.[321] Een ander verschil is dat het Parket in een soort 'voorconclusie' of 'intakeadvies'[322] de Hoge Raad adviseert over of de

[318] HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162 (*bereik aansprakelijkheid voor dieren).*
[319] Vermeulen 2012, p. 166.
[320] EHRM 18 februari 1997, *NJ* 1997/590, r.o. 29.
[321] *Kamerstukken I* 2011/12, 32 612, C, en *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, 3, p. 19-20.
[322] De laatste omschrijving komt uit de conclusie van de A-G Langemijer voor HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3568 *RvdW* 2016/43 (*afwenteling boetes Wet arbeid vreemdelingen*), punt 3.10.

gestelde vraag zich überhaupt leent voor beantwoording bij wege van prejudiciële beslissing. Het Parket adviseert positief ('groen licht') dan wel negatief ('rood' licht). Vervolgens beslist de Hoge Raad of hij voorshands van beantwoording zal afzien (art. 393 lid 1 jo. 8 Rv).[323] Partijen ontvangen een afschrift van deze voorconclusie en kunnen de inhoud daarvan meenemen in hun opmerkingen.[324] De voorconclusies worden echter niet openbaar gemaakt.[325]

Als wij kijken naar alle prejudiciële beslissingen tot op heden, dan valt op dat het Parket vrijwel steeds positief heeft geadviseerd. In twee gevallen waar het Parket wel negatief adviseerde, heeft de Hoge Raad toch de vraag in behandeling genomen.[326] In één andere zaak gebeurde het omgekeerde: het Parket adviseerde positief, maar de Hoge Raad besloot de vraag niet te beantwoorden.[327]

Over de 'echte' inhoudelijke conclusies valt in zijn algemeenheid minder te zeggen omdat de inhoud natuurlijk sterk afhankelijk is van de gestelde vraag. Het enige wat ons is opgevallen, is een stijlverschil bij de beantwoording van de vraag. Immers, anders dan bij de cassatieprocedure geeft het Parket geen advies over de gegrondheid van het middel maar over het antwoord op de gestelde vraag. Zo volstaan de advocaten-generaal Wesseling-Van Gent en Langemeijer[328] met de conclusie dat de vraag in ofwel in bevestigende dan wel ontkennende zin moet worden beantwoord. Andere advocaten-generaal formuleren zelf een antwoord.

3.3.7.7 Herformuleren door de Hoge Raad (art. 393 lid 7 Rv)

Berucht is de praktijk van het Hof van Justitie om prejudiciële vragen te parafraseren – of cynischer: te denatureren – met gebruik van de standaardfrase 'de verwijzende rechter wenst in wezen te vernemen of...'.[329] Ook de Hoge Raad is bevoegd om aan hem gestelde prejudiciële vragen te herformuleren. Het belang van deze bevoegdheid is evident: wie de verkeerde vraag stelt, krijgt niet het juiste antwoord. Opmerkelijk is daarom ook dat het conceptwetsvoorstel aanvankelijk niet in deze bevoegdheid voorzag. Naar aanleiding van enkele reacties op het concept, waaronder die van de Hoge Raad zelf, heeft de wetgever uiteindelijk een herformuleringsbevoegdheid geïntroduceerd.[330]

Herformulering kan ook behulpzaam zijn voor rechters. Zo leren zij welke vragen goed zijn gesteld en welke niet. In de interviews die Van Kampen en Giesen eerder hebben

---

[323] *Kamerstukken II* 2019/11, 32 612, 3, p. 16.

[324] Zie bijvoorbeeld HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3568; *RvdW* 2016/43 (*afwenteling boetes Wet arbeid vreemdelingen)*, waarbij partijen zijn ingegaan op de door A-G Langemeijer voorgestelde herformulering. In HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162 (*bereik aansprakelijkheid voor dieren*) ontvingen partijen abusievelijk geen afschrift van de voorconclusie van A-G Spier. Om dit te compenseren heeft Spier de inhoud van deze voorconclusie opgenomen in de (nadien) op rechtspraak.nl gepubliceerde inhoudelijke conclusie.

[325] Zoals gezegd vormt de voorconclusie voor HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162 *(bereik aansprakelijkheid voor dieren)* een uitzondering.

[326] HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162 *(bereik aansprakelijkheid voor dieren)* en HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2901, *NJ* 2014/428 *(vrije advocaatkeuze).* In zijn conclusie voor de eerste beslissing adviseerde A-G Spier om eerst nadere inlichtingen bij de rechtbank in te winnen. De vraag zelf achtte hij 'van belang'. Met enig recht zou dan ook kunnen worden gesproken van 'oranje licht'. Bij de tweede beslissing was het eveneens A-G Spier die negatief adviseerde.

[327] HR 31 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1614, *NJ* 2013/321 (*assurantieportefeuille)* waarover paragraaf 3.3.4.5.

[328] Zie echter randnummer 3.12 van zijn conclusie voor HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3568, *RvdW* 2016/43 (*afwenteling boetes Wet arbeid vreemdelingen*). Daar formuleert hij zelf een antwoord omdat de vraag, zoals de A-G zelf ook aangeeft in randnummer 3.11, zich niet goed leent voor een beantwoording met ja of nee.

[329] Zie over de prejudiciële dialoog met het Hof van Justitie bijvoorbeeld Wattel 2015.

[330] *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, 3, p. 20.

afgenomen zeiden rechters dat zij liever zien dat de Hoge Raad een vraag herformuleert dan dat hij afziet van beantwoording. De geïnterviewde rechters verwezen daarbij naar de Unierechtelijke praktijk waar het Hof geregeld vragen bijbuigt om die zinnig te maken of om andere aspecten onder de aandacht te brengen.[331]

De Hoge Raad mag kortom – vrij naar Schoordijk – de vraag beter begrijpen dan de vraagstellende rechter hem heeft gesteld. De bevoegdheid om te herformuleren is echter niet vrijblijvend. De Hoge Raad dient partijen hierover eerst te horen, tenzij hij de herformulering van ondergeschikte betekenis acht. Dat partijen zich hierover moeten kunnen uitlaten, valt goed te begrijpen. Door de vraag te veranderen, verandert ook het antwoord en dat heeft mogelijk invloed op de onderliggende procedure. Partijen hebben zich ingesteld op de vragen zoals die zijn geformuleerd door de vraagstellende rechter en kunnen door een herformulering worden overvallen. Het gevaar is dan dat het antwoord een verrassingsbeslissing vormt.

Dat herformulering van de vraag in beginsel en terecht alleen kan geschieden nadat partijen daarover gehoord zijn, heeft echter als nadeel dat een herformulering van de vraag de procedure zal vertragen. Dat is vermoedelijk de reden waarom de Hoge Raad tot nog toe geen enkele vraag ingrijpend heeft geherformuleerd. Dat heeft hij zelfs niet gedaan in de *huurbemiddelingskosten-zaak*, waarin beide partijen een voorstel deden voor herformulering omdat de vraagstellende rechter had nagelaten de formulering van de vragen met hen te bespreken.[332] Ook een voorstel tot herformulering gedaan door het Parket in het intakeadvies voor de beslissing over de contractuele afwenteling van bestuursrechtelijke boetes werd niet gevolgd, althans niet uitdrukkelijk.[333] In die zaak was bovendien de procedure van art. 393 lid 7 in feite al doorlopen omdat partijen (en de Staat als insprekende derde) zich in hun opmerkingen al hadden uitgelaten over deze herformulering. Wel is de Hoge Raad ingegaan op de omstandigheden die meebrengen dat een verhaal zoekende partij een ernstig verwijt kan worden gemaakt voor de tewerkstelling van vreemdelingen. Dit aspect werd niet bestreken door de vraag zoals de vraagstellende rechter hem had gesteld, doch wel door de formulering van het Parket.

Een uitdrukkelijke herformulering is te vinden in beslissing over het bewijsbeslag.[334] Eén van de vragen die de Amsterdamse kantonrechter had geformuleerd, betrof de kwestie of hij hangende de beantwoording alvast een voorziening mocht treffen. Het ging kortom om een meta-vraag: de rechter stelde een vraag over het stellen van prejudiciële vragen.[335] De Hoge Raad beantwoordde deze vraag 'op zijn Luxemburgs':

> 'Vraag 4 wordt aldus verstaan dat zij erop is gericht duidelijkheid erover te verkrijgen of de in het onderhavige geval gevolgde procedure, zoals hiervoor in 3.2 omschreven, aanvaardbaar is. Het antwoord op deze vraag luidt bevestigend.

---

331 Van Kampen & Giesen 2013, p. 7.

332 HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099, *RvdW* 2015/1125 (*huurbemiddelingskosten)*. Zie ook HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3011 *NJ* 2015/465 *(alleenstaande ouderkop*), waarin de vFAS, een insprekende derde, ook kennelijk had voorgesteld om de vraag te herformuleren (zie conclusie A-G Hammerstein, punt 1.10). Ook dit voorstel is niet gevolgd.

333 HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3568, *RvdW* 2016/43 *(afwenteling boetes Wet arbeid vreemdelingen*).

334 De volgende overweging (r.o. 3.2.2) uit HR 6 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1341, *RvdW* 2014/780 *(verval loonaanspraak bij arbeidsongeschiktheid)* is ook een herformulering: 'De kantonrechter heeft in zijn tussenvonnis van 18 december 2013 de Hoge Raad op de voet van art. 392 lid 1 Rv. verzocht de in zijn vonnis in rov. 5.3.1-5.3.6 geduide rechtsvraag te beantwoorden. Deze komt erop neer *dat de kantonrechter wenst te vernemen* of art. 7:629 lid 3, aanhef en onder c, BW meebrengt dat in de daar geschetste situatie de aanspraak op loon geheel komt te vervallen, derhalve ook over het deel van de werktijd waarvoor de werknemer (nog) arbeidsongeschikt is. [curs. auteurs]'

335 En dit is voor zover wij weten de enige metavraag die tot nu toe is gesteld.

> De door de voorzieningenrechter gevolgde procedure is in een spoedeisend geval als het onderhavige verenigbaar met de in de vraag genoemde wetsbepaling.'[336]

Partijen, die overigens niet waren verschenen in de procedure, zijn over deze herformulering niet gehoord.[337] De Hoge Raad moet dus gemeend hebben dat deze van ondergeschikte betekenis was. Vanuit de partijen bezien is dat inderdaad zo. De vraag en de herformulering raakte hen niet direct. Voor de prejudiciële procedure als zodanig kan het belang echter moeilijk worden overschat. Zoals is gebleken in paragraaf 3.3.3.1, is een groot aantal vragen afkomstig van voorzieningenrechters. En de prejudiciële procedure verloopt weliswaar behoorlijk snel (zie paragraaf 3.3.6.) maar voor een kort geding is zes maanden vertraging aanzienlijk. Het antwoord op de vraag wat de voorzieningenrechter moet doen terwijl hij op antwoord wacht, is dus van groot belang (geweest).

Overigens had de Hoge Raad in dit geval de vraag strikt genomen niet hoeven te herformuleren. De voorzieningenrechter vroeg of het treffen van een voorziening verenigbaar was met art. 393 lid 5 Rv.[338] Daarover (de eigenlijke vraag) laat de Hoge Raad in de laatste zin van de overweging geen enkel misverstand bestaan. De Hoge Raad lijkt daarnaast de strekking hiervan te willen uitbreiden door de aanvaardbaarheid van de door de voorzieningenrechter gevolgde procedure als zodanig te beoordelen. Anders gezegd, de Hoge Raad formuleerde een brede vraag om een breed antwoord te kunnen geven.

3.3.7.8 AANHOUDEN VAN ZAKEN DOOR DE HOGE RAAD ZELF

Het kan voorkomen dat een rechtsvraag waarvan men overweegt om die bij wijze van prejudiciële vraag aan de Hoge Raad voor te leggen, al via een reguliere cassatieprocedure aan de orde is gesteld. de vraag of het overwaarde-arrangement ook vorderingen dekt op de failliet die na diens faillissement zijn ontstaan, kwam bijvoorbeeld in twee zaken tegelijk aan de orde. Beide procedures zijn op dezelfde dag beslist.[339] De prejudiciële vraag was gesteld op 8 oktober 2014. Op 27 november 2014 werd sprongcassatie ingesteld in de andere zaak. Aangezien beide procedures dezelfde vraag betroffen, heeft de prejudiciële procedure het procesverloop in de cassatieprocedure moeten afwachten. Waar de prejudiciële procedure normaal rond de zes maanden in beslag nemen, liet het antwoord hier dan ook ruim een jaar op zich wachten.[340] Daarmee was de beslissing over het overwaarde-arrangement de een na langstlopende prejudiciële procedure.[341]

Het kan erger: wat als een vraag wordt gesteld en er is al een cassatieberoep over dezelfde vraag aanhangig?[342] Het beste uiteraard is om dan maar geen vragen te stellen en de zaak aan te houden.[343] Maar wat als de prejudiciële vragen al zijn gesteld? Een consequentie[344]

---

[336] Hoge Raad 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958, *NJ* 2014/455, r.o. 3.9.6 (*bewijsbeslag)*.

[337] Wij zouden overigens willen bepleiten dat de Hoge Raad bij een substantiële herformulering de partijen steeds hoort, dus ook als zij geen schriftelijke opmerkingen hebben gemaakt. Dat partijen om hun moverende redenen geen cassatieadvocaat hebben gemaakt, maakt het risico op een verrassingsbeslissing niet minder. Dat is in het bijzonder het geval als partijen ervoor hebben gekozen om hun 'schriftelijke opmerkingen' alvast in de procedure bij de vraagstellende rechter in te dienen (zie paragraaf 3.3.6.4).

[338] R.o. 3.2.

[339] HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3023, *RvdW* 2015/1123 (prejudiciële vraag) als in HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3094, *RvdW* 2015/1124 (cassatieberoep).

[340] Zie verder over de 'samenloop' van deze zaken paragraaf 3.7.4.

[341] Zie paragraaf 3.3.9.

[342] In Frankrijk overigens wordt de vraag in dat geval niet beantwoord. In plaats daarvan wordt op het cassatieberoep beslist. Zie Tjittes & Meijer 2009, p. 165.

[343] Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 4 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:5554, r.o. 4.8.

[344] Een ander mogelijk gevolg is dat het antwoord op de gestelde vraag al heel snel komt omdat de reguliere cassatie (toch al) bijna afgerond was en snel na de vraag arrest gewezen wordt. Zie voor een voorbeeld HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3304 in relatie tot de vraag in Hof Arnhem-Leeuwarden 24 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2103 (*maatstaf exhibitieplicht)*.

van deze 'scheefloop' is dat de partijen in de prejudiciële procedure zich niet mogen voegen in de reguliere cassatie. De Hoge Raad heeft immers beslist dat partijen onvoldoende belang ontlenen aan de mogelijke precedentwerking van een uitspraak om zich daarin te mogen voegen.[345] Bij de omgekeerde scheefloop (eerst start een prejudiciële vraag, en kort daarna volgt een cassatieberoep)[346] kunnen de partijen in cassatie wel inspreken in de prejudiciële procedure op grond van art. 393 lid 2 Rv (mits zij daartoe tijdig overgaan).[347] Dit verschil in behandeling valt naar onze mening niet uit te leggen.

Beter is het uiteraard om deze scheefloop in het geheel te voorkomen. Dat kan wellicht (beter) bereikt worden door niet alleen de gestelde prejudiciële vragen online te publiceren (en deze zeer regelmatig bij te werken) maar ook de agenda van de reguliere cassaties.[348] Het Hof van Justitie van de Europese Unie bijvoorbeeld publiceert ook een overzicht van alle lopende zaken. In belastingzaken, waarbij geheimhouding een grote rol speelt, wordt ook een overzicht van alle ingestelde cassatieberoepen bijgehouden.[349] Ten behoeve van de werkbaarheid achten wij het niet nodig om de rechtsvragen die het middel aansnijdt, uitdrukkelijk te vermelden. Wat ons betreft volstaat het om de aangevallen uitspraak en/of een onderwerp-aanduiding op te nemen. Partijen en rechters kunnen dan zelf verder uitvogelen of een bepaald onderwerp mogelijk aan de orde kan komen in een reeds ingesteld cassatieberoep. Een telefoontje naar de griffie van de Hoge Raad zou moeten volstaan om dit te bevestigen.

3.3.7.9 VRAAG TOCH BEANTWOORDEN ONDANKS HET ONTBREKEN VAN BELANG (ART. 393 LID 9 RV)

Eén van de aspecten van de prejudiciële procedure waaruit de nadruk op rechtsontwikkeling duidelijk blijkt, is de bevoegdheid van de Hoge Raad om een vraag te beantwoorden, zelfs al is het antwoord niet langer meer van belang voor de beslissing die de vraagstellende rechter moet nemen. De toelichting noemt het treffen van een schikking als voorbeeld.[350] Blijkens zijn website heeft de Hoge Raad inmiddels besloten om art. 393 lid 9 Rv (voor het eerst) toe te passen in een zaak waarin partijen inderdaad hebben besloten te schikken.[351] Wij juichen dit toe. De vraag – of het nog mogelijk is een kostenveroordeling uit te spreken in een kort geding nadat de eiser dit heeft ingetrokken, – is typisch een vraag die niet snel via de weg van cassatie bij de Hoge Raad terecht zou zijn gekomen.

---

[345] HR 12 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1602, *NJ* 2015/295 (*Alston*).

[346] Gelet op de onregelmatigheid waarmee het overzicht van gestelde vragen op de website van de Hoge Raad wordt bijgewerkt, is dit zeer goed mogelijk.

[347] Dat blijkt ook direct uit HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3023, *RvdW* 2015/1123 (*overwaarde-arrangement*) waar de curator in een ander faillissement besloot als derde in te spreken.

[348] Een minder vergaande optie is om de agenda te publiceren op het intranet van de rechterlijke macht. Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32612, 6, p. 2. Sinds kort publiceert de Hoge Raad op zijn website overigens een overzicht van cassatieprocedures die kunnen rekenen op veel publieke belangstelling. Zie www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Hoge-Raad-der-Nederlanden/Over-de-Hoge-Raad/Overzicht-mediazaken/Paginas/Overzicht-civiele-zaken.aspx, laatst geraadpleegd op 31 maart 2016.

[349] Het *Nederlandse Tijdschrift voor Fiscaal Recht* houdt een overzicht bij van alle belastinguitspraken waartegen cassatieberoep is ingesteld.

[350] *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, 3, p. 20. De MvT noemt ook het overlijden van een der partijen maar dat is wat ons betreft een minder geslaagd voorbeeld omdat het overlijden een mogelijke schorsingsgrond is (de procedure wordt echter niet ambtshalve geschorst). Bij schorsing kan de procedure vervolgens door een rechtsopvolger worden hervat. Zie art 225 e.v. Rv.

[351] Het gaat om de vraag gesteld in Rb. Den Haag 10 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:8082 (*kostenveroordeling na intrekking kort geding)*. De Hoge Raad heeft een eerder advies van de A-G om een vraag op grond van art. 393 lid 9 Rv te beantwoorden niet gevolgd. Hij heeft de vraag zonder toepassing van dit lid gegeven, althans hij gaf er geen blijk van dat hij dat lid toepaste. Zie HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3536, *NJ* 2015/275 (*herroeping en doorbreken rechtsmiddelenverbod*), besproken in paragraaf 3.3.4.5.

3.3.7.10 BEGROTEN PROCESKOSTEN (ART. 393 LID 10 RV)

Op grond van art. 393 lid 10 Rv begroot de Hoge Raad de kosten die partijen op grond van hetzelfde artikel hebben gemaakt. Blijkens de memorie van toelichting gaat het om de kosten voor het maken van opmerkingen en eventueel de mondelinge of schriftelijke toelichting.[352] Het is vervolgens aan de vraagstellende rechter of hij de door de Hoge Raad begrote kosten meeneemt in de proceskostenveroordeling (art. 394 lid 2 Rv).

In de literatuur is in dit verband nog de suggestie opgeworpen om een kostendekkend 'rechtsvormingsfonds' op te richten.[353] De achtergrond daarvan is al voor de invoering van de wet geschetst door raadsheer Numann:[354]

> 'Weliswaar heeft de wetgever genereus bepaald dat voor de behandeling van vragen geen griffierechten in rekening worden gebracht, maar partijen zullen zich in de regel toch niet kunnen veroorloven ervan af te zien hun standpunt over de vragen aan de Hoge Raad voor te leggen, waarvoor zij zich van de diensten van een cassatieadvocaat moeten verzekeren, met alle kosten van dien. Is het redelijk de – min of meer 'toevallige' partijen wier zaak is uitverkoren voor een prejudiciële vraag, waarvan de beantwoording per definitie de belangen van tallozen dient, met de kosten daarvan op te zadelen? Verzet het egalité-beginsel zich daar niet tegen?'

Numann geeft vervolgens aan dat het kostenaspect een sterk argument moet zijn voor de feitenrechter om geen vragen te stellen als partijen dat niet willen. Dat betekent dat er wellicht minder vragen komen dan gewenst, en dat onderstreept dan weer het belang van dit – hierna in paragraaf 4.11.4 en paragraaf 5.2.6 nog nader te bespreken – punt.

In zijn conclusie voor het eerste antwoord heeft de A-G Huydecoper voorgesteld om de maatstaven die gelden voor gewone civiele procedures overeenkomstig toe te passen op de prejudiciële procedure.[355] De Hoge Raad lijkt de suggestie niet te hebben gevolg, althans het bedrag dat hij begroot, is lager dan het bedrag aan salaris dat hij begroot voor cassaties. Indien een partij in de prejudiciële procedure verschijnt – lees: schriftelijke opmerkingen indient[356] – begroot de Hoge Raad deze kosten op € 1.800. Het schrijven van een Borgers-brief heeft op deze begroting geen invloed.[357] In de zaak over de invloed van de alleenstaande ouderkop op de alimentatieplicht, heeft de Hoge Raad 'gelet op de aard van de procedure' geen kostenbegroting gemaakt, terwijl één van de partijen wel schriftelijke opmerkingen had gemaakt.[358] Ook in de BOPZ-beslissing liet de Hoge Raad – zonder daar een woord aan te wijden – de kostenbegroting achterwege ondanks de ingediende schriftelijke opmerkingen van de kant van de gemeente.[359] Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat in schrijnende gevallen, althans in gevallen waarbij een aanmerkelijk zwakkere partij is betrokken, de Hoge Raad bereid is om soepel om te gaan met het voorschrift van art. 393 lid 10 Rv om de kosten te begroten.

---

[352] *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, 3, p. 21.

[353] De termen hebben wij ontleend aan Vermeulen 2012, p.162 en 167. Hij spreekt zich overigens niet uit over het nut en noodzaak van zo'n fonds.

[354] Numann 2010, p. 111.

[355] AG Huydecoper ECLI:NL:PHR:2013:BY4889, bij HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4889, *NJ* 2013/123 (*grosse hypotheekakte*) onder nr. 29.

[356] Dat de begroting van kosten wordt gekoppeld aan het al dan niet indienen van schriftelijke opmerkingen, blijkt expliciet uit Hoge Raad 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958, *NJ* 2014/455 (*bewijsbeslag)* r.o. 3.10.

[357] Zie bijvoorbeeld HR 13 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1910*, NJ* 2014/88 (*stil pandhouder, bodembeslag en afkoelingsperiode*) waar de kosten van de zijde van de curator op nihil warden begroot. De curator had alleen een Borgers-brief laten opstellen door twee cassatieadvocaten. Schriftelijke opmerkingen bleven achterwege.

[358] HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3011, *NJ* 2015/465, r.o. 3.5 (*alleenstaande ouderkop)*.

[359] HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2747, *NJ* 2015/440 (*BOPZ-onderzoek)*.

Tot slot vermelden wij in dit verband nog dat er één vraag aanhangig is over een IE-gerelateerd onderwerp.[360] Op grond van art. 1019h Rv wordt de verliezende partij in dat type zaken niet in kostenpost op grond van het liquidatietarief veroordeeld, maar in de 'redelijke en evenredige gerechtskosten'.[361] Gelet echter op het zaaksoverstijgend belang dat per definitie speelt bij een prejudiciële procedure zijn wij benieuwd of de Hoge Raad in die zaak straks de werkelijke kosten van de prejudiciële procedure zal begroten.

3.3.8 Inhoudelijke analyse van de antwoorden

Hoe gaat de Hoge Raad om met de aan hem voorgelegde vragen? Pakt de Raad de handschoen op die hem wordt aangereikt, of juist niet? Maakt men er werk van? Ofwel: om een wellicht enigszins hanteerbare maatstaf daarvoor te introduceren: hoe uitgebreid beantwoordt de Hoge Raad de aan hem voorgelegde vragen? In zijn eerste antwoord heeft de Hoge Raad een aantal uitgangspunten voor zijn eigen beantwoording geformuleerd:

> '3.1 Bij de beantwoording van een prejudiciële vraag geldt het navolgende als uitgangspunt. Prejudiciële vragen kunnen worden gesteld voordat de relevante feiten definitief zijn vastgesteld. In een prejudiciële procedure kunnen voorts niet alleen partijen, maar ook anderen opmerkingen maken (artikel 393 lid 1 en 2 Rv), waarmee de Hoge Raad rekening kan houden. Een en ander heeft tot gevolg dat de Hoge Raad niet is gebonden aan de feiten die zijn vastgesteld door de rechter die de vraag heeft gesteld, al zal hij in beginsel wel van die feiten uitgaan. Aan de Hoge Raad komt derhalve in een prejudiciële procedure - met name waar het vragen betreft die tot gemengde beslissingen leiden - een grotere beoordelingsvrijheid toe dan in cassatie. Opmerking verdient voorts dat indien in het verdere verloop van de procedure blijkt dat de feiten anders zijn dan waarvan de Hoge Raad bij de beantwoording van de prejudiciële vraag is uitgegaan, de Hoge Raad in een daaropvolgende cassatieprocedure niet aan zijn antwoord is gebonden. (Kamerstukken II 2010 - 2011, 32 612, nr. 3, p. 7 - 10).'[362]

De Raad kent zichzelf dus een grote beoordelingsvrijheid toe, zeker wat betreft vragen die tot gemengde beslissingen leiden. In verhouding tot de door de vraagstellende rechter vastgestelde feiten heeft hij zichzelf de nodige vrijheid toegekend.

Als wordt gekeken naar de inhoud van de antwoorden lijkt de Hoge Raad zich welwillend op te stellen. De voorgelegde vragen worden (meestal) betrekkelijk ruimhartig beantwoord, zoals blijkt uit de hierna opgenomen figuren. Zo besteedt de Hoge Raad gemiddeld 1053,92 woorden aan een antwoord (mediaan: 1034), welke zijn vervat in gemiddeld 8,32 voor die beantwoording relevante rechtsoverwegingen (mediaan: 7).[363] Verder worden – begrijpelijk en terecht – weinig woorden besteed aan zaken waarin uiteindelijk van beantwoording is afgezien,[364] en zaken waarin relatief eenvoudige vragen worden gesteld.[365] De 'cijfers'

---

[360] Hof Arnhem-Leeuwarden, 6 oktober 2015, zaaknummer 200.122.803/01 (*maatstaf exhibitieplicht)*. Zie ook de eerdere tussenuitspraak Hof Arnhem-Leeuwarden 24 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2103. De materiële vordering die is ingesteld in Rb. Den Haag 10 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:8082 (*kostenveroordeling na intrekking kort geding*) ziet ook op het IE-recht. Partijen hebben echter geschikt en de Hoge Raad zal de vraag beantwoorden op de voet van art. 393 lid 9 Rv (zie paragraaf 3.3.7.9). Een kostenbegroting zal dus achterwege blijven.

[361] Dit artikel vormt de implementatie van art. 14 van de Handhavingsrichtlijn (2004/48/EG). Zie daarover o.a. De Vrey 2015.

[362] HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4889, *NJ* 2013/123 (*grosse hypotheekakte*).

[363] We telden dus enkel de woorden in die rechtsoverwegingen waarin het antwoord op de vraag gegeven werd. Alle omlijsting (feiten, procesverloop etc.) daaromheen is niet meegeteld.

[364] Zoals HR 31 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1614 (*assurantieportefeuille*) en HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3958 (*ipr-doorbraak*). Vgl. echter HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4889, *NJ* 2013/123 (*grosse hypotheekakte*).

bevestigen hier wat voor de hand ligt. Wij zijn hier echter zeer voorzichtig, en kunnen de door ons benutte terminologie ('welwillend', 'ruimhartig') uiteindelijk slechts 'op de hand wegen', want een echte vergelijkingsmaatstaf ten opzichte van 'reguliere' zaken ontbreekt vooralsnog.[366]

Wat opvalt, is dat de Hoge Raad ook bij 'gebrekkig' geformuleerde vragen – de vraagstellende rechter had zelf geen vragen geformuleerd maar wel een probleem geschetst in zijn tussenvonnis - bereid is om door te pakken.[367] In die zaak heeft de Hoge Raad desondanks veel (lees: dicht bij het gemiddelde) woorden aan het antwoord besteed.[368] De wijze waarop een vraag geformuleerd is, lijkt dan ook geen invloed te hebben (gehad) op de welwillendheid van de Raad om een vraag te beantwoorden. Dit laatste is een gunstig gegeven, aangezien de opstelling van de Hoge Raad uiteraard invloed heeft op de bereidheid van de feitenrechter om een prejudiciële vraag te stellen.[369] Wat afgewacht moet worden, is of deze 'coulance' ten aanzien van gebrekkig opgestelde vragen, zal voortduren naarmate de regeling langer in gebruik is en vaker benut wordt; we kunnen ons goed voorstellen dat deze ruimhartigheid niet eeuwig zal duren.[370]

---

[365] Zoals HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3536 (*herroeping en doorbreken rechtsmiddelenverbod*) en HR 9 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:42 (*opzeggen huur roerende zaken door curator*).

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

[367] Zie Rb. Midden-Nederland 18 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7614, r.o. 5.3.7 (*verval loonaanspraak bij arbeidsongeschiktheid)*, waarin de rechter verwijst naar de 'onder r.o. 5.3.1 t/m 5.3.6 geduide rechtsvraag' in plaats van zelf een vraag te formuleren.

[368] Zo werd in bovengenoemd geval (HR 6 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1341, *RvdW* 2014/780) de vraag in 1105 woorden en 6 rechtsoverwegingen afgedaan, hetgeen dicht bij het gemiddelde ligt.

[369] Van Kampen & Giesen 2013, p. 9 en 16.

[370] Zoals wij hebben aangegeven in paragraaf 3.3.4.6 zal de bereidwilligheid mogelijk na verloop van tijd afnemen, net zoals dat gebeurde bij het Hof van Justitie in Luxemburg. Het Hof begon eveneens welwillend en ging pas later grenzen aangeven, zie Daalder & De Graaff 2015, p. 328.

Beantwoording door de Hoge Raad		
Uitspraak	**R.O.**	**Woorden**
grosse hypotheekakte	4	1137
assurantieportefeuille	3	237
ipr-doorbraak/MyGuide	2	419
bewijsbeslag	24	2089
stil pandhouder, bodembeslag en afkoelingsperiode	5	1405
bewindvoerder als procespartij	7	775
stuiting door 3:305a-rechtspersoon	7	1102
verval loonaanspraak bij arbeidsongeschiktheid	6	1105
veertiendagenbrief	6	1145
Telefoonabonnementen I	11	2107
belanghebbende bij ondertoezichtstelling	7	1091
verlenging schuldsanering	12	1256
herroeping en doorbreken rechtsmiddelenverbod	4	456
opzeggen huur roerende zaken door curator	3	321
omzetting faillissement	8	862
aanvang wettelijke rente	7	824
imputatie incassokosten	18	1525
BOPZ-onderzoek	8	1034
alleenstaande ouderkop	11	928
collectieve stuiting verjaring vernietiging	9	895
overwaarde-arrangement	9	1185
huurbemiddelingskosten	7	873
betekening ex art. 431a Rv	10	674
afwenteling boetes Wet arbeid vreemdelingen	13	1948
verzet door curator	7	955
Gemiddeld	**8,32**	**1053,92**
Mediaan	**7**	**1034**

3.3.9 De duur van de procedure bij de Hoge Raad

Het volgende specifieke aspect dat interessant is vanuit het oogpunt van rechterlijke rechtsvorming is de duur van de procedure bij de Hoge Raad. Dat 'snel beantwoorden' daarbij voorop staat blijkt bijvoorbeeld uit het procesreglement voor de prejudiciële procedure. Art. 4 rpv bepaalt immers dat de Hoge Raad er op toeziet dat de prejudiciële

procedure met voortvarendheid wordt gevoerd.[371] Maar hoe snel is snel? Wij hebben de doorlooptijden van alle zaken geturfd en dan blijkt dat een antwoord meestal niet heel lang op zich laat wachten. Zo wordt een vraag in gemiddeld 28,47 weken afgedaan (mediaan: 28,29), iets meer dan een half jaar dus. Dat is in elk geval sneller dan de doorlooptijd in reguliere cassatieprocedures, want die staat volgens het jaarverslag van de Hoge Raad op ongeveer 42 weken (292 dagen).[372] Als de Hoge Raad oordeelt dat de vraag zich niet voor beantwoording leent, gaat het nog sneller. Bij de twee vragen die niet zijn beantwoord, heeft het slechts zes[373] respectievelijk vier weken[374] geduurd voordat de Hoge Raad zich (niet) uitsprak. De navolgende tabel laat een en ander meer in detail zien:

Doorlooptijd	
Uitspraak	**Doorlooptijd in weken**
grosse hypotheekakte	27
assurantieportefeuile	6,29
ipr-doorbraak/MyGuide	4,29
bewijsbeslag	40,43
stil pandhouder, bodembeslag en afkoelingsperiode	42,29
bewindvoerder als procespartij	28,29
stuiting door 3:305a-rechtspersoon	31,71
verval loonaanspraak bij arbeidsongeschiktheid	24,29
veertiendagenbrief	29,29
telefoonabonnementen I	52,14
belanghebbende bij ondertoezichtstelling	19,71
verlenging schuldsanering	29,14
herroeping en doorbreken rechtsmiddelenverbod	24,43
opzegging huur roerende zaken door curator	26,43
omzetting faillissement	18,14
aanvang wettelijke rente	33,43
imputatie incassokosten	23,43
BOPZ-onderzoek	17,42
alleenstaande ouderkop	18,29

[371] Vgl. art. 15 rpv waarin staat dat de Hoge Raad nadat het Parket de conclusie heeft genomen, zo spoedig mogelijk uitspraak doet.
[372] Zie de tabel op p. 2 van Jaarverslag Hoge Raad 2014.
[373] HR 31 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1614, *NJ* 2013/321 (*assurantieportefeuille)*.
[374] HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3958, *NJ* 2013/353 (*ipr-doorbraak)*.

collectieve stuiting verjaring vernietiging	37,42
overwaarde-arrangement	59,29
huurbemiddelingskosten	35,14
betekening ex art. 431a Rv	28,57
afwenteling boetes Wet arbeid vreemdelingen	23,43
verzet door curator	31,57
Gemiddelde	**28,4744**
Mediaan	**28,29**

De tabel laat overigens ook twee uitschieters naar boven zien: HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, *NJ* 2015/477 (*telefoonabonnementen I*) met een duur van 52 weken en HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3023, *RvdW* 2015/1123 (*overwaarde-arrangement*) die meer dan 59 weken op zich liet wachten. In die eerste zaak was sprake van een 'bedrijfsongeval'. Het tussenvonnis bleef drie maanden liggen bij de griffie van de Delftse kantonrechter.[375] In het laatste geval werd de prejudiciële procedure door de Hoge Raad aangehouden om deze in tandem met een reguliere cassatieprocedure over dezelfde problematiek te behandelen.[376]

Overzien wij echter het gehele palet, dan voldoet de Hoge Raad aan zijn eigen verwachtingen qua termijnen, aangezien hij al bij de voorbereiding van de wet heeft aangegeven dat prejudiciële procedures hoge prioriteit zouden krijgen en tussen de zes en twaalf maanden (26 tot 52 weken) in beslag zouden nemen.[377] Deze betrekkelijk[378] snelle (en redelijk constante) afhandeling is van groot belang voor feitenrechters, die eerder al hun zorgen uitten over de mogelijke vertraging toen nog onbekend was hoe snel de Hoge Raad te werk zou gaan.[379] Wij mogen echter niet te vroeg juichen (voorzichtigheid is ook hier geboden), omdat niet vergeten mag worden dat de oorspronkelijke procedure ook nog eens extra vertraging kan oplopen doordat procespartijen de gelegenheid krijgen om te reageren op de uitspraak van de Hoge Raad (art. 394 lid 1 Rv).[380] Ook wanneer de Hoge Raad op zijn

[375] Streefkerk 2015, p. 251, noot 38.

[376] De Hoge Raad heeft in die procedure op dezelfde dag arrest gewezen. Zie HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3094, *NJ* 2016/49.

[377] *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, 6, p. 4. Volgens Streefkerk 2015, p. 252, streeft de Hoge Raad ernaar om prejudiciële vragen binnen zes à zeven maanden na binnenkomst te beantwoorden. Dat lukt dus ook, gemiddeld genomen, en zo voldoet de Hoge Raad ook ruimschoots aan de door de minister uitgesproken verwachtingen. Soms wijkt de duur van een zaak behoorlijk af. Dat kan diverse redenen hebben, waaronder het feit dat een vraag bij de griffie van de vraagstellende rechter is blijven hangen gedurende enkele maanden. Daar kan de Hoge Raad uiteraard niets aan doen. In de berekening van het gemiddelde hebben we echter met dit soort omstandigheden, evenals met andere vertragingen die niet aan de antwoordende rechter maar bijvoorbeeld aan de partijen te wijten zijn, geen rekening gehouden. Steeds is de tijd gemeten tussen de vraagstellende uitspraak en het antwoord van de Hoge Raad, want die termijn is eenvoudig bepaalbaar.

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

[379] Van Kampen & Giesen 2013, p. 16.

[380] Van deze mogelijkheid wordt niet steeds gebruik gemaakt. Zie paragraaf 3.4.

beurt prejudiciële vragen moet stellen aan het Europese Hof van Justitie, zal dit uiteraard extra tijd kosten.[381] Daar staat overigens – voor wat het waard is – tegenover dat als een uitspraak lang op zich laat wachten, de vraag in kwestie dan ook ruimhartiger (lees: met meer woorden) lijkt te worden beantwoord.[382] Dit laatste is echter geen vast gegeven.[383]

3.3.10 Verhouding tussen gemengde vragen en zuivere rechtsvragen

Wat voor soort vragen (gemengde vragen of zuivere rechtsvragen) zijn er gesteld in de zaken die in behandeling zijn genomen?[384] Dit is interessant omdat één van de in de literatuur geopperde bezwaren tegen het ontwerp voor de prejudiciële procedure was dat de procedure uitsluitend zou moeten zien op zuivere rechtsvragen. De prejudiciële procedure zou zich niet goed lenen voor gemengde vragen omdat de feitelijke aspecten die daarvan onderdeel uitmaken, nog niet definitief zijn vastgesteld.[385] Deze kritiek heeft de wetgever niet overgenomen, omdat er juist ook behoefte zou bestaan aan uitspraken die de omstandigheden identificeren die relevant zijn voor de toepassing van een open norm.[386] Ook dergelijke gemengde rechtsvragen kunnen dus gesteld worden zodat ook voor die zaken de Hoge Raad een richtinggevend antwoord kan geven, bijvoorbeeld door het geven van zachte of zelfs harde deelregels[387] of door aan te geven welke criteria of gezichtspunten de rechter bij zijn beoordeling dient te betrekken.[388] Het stellen van zuiver feitelijke vragen is daarentegen niet mogelijk: dat blijft het domein van de feitenrechter.[389] Dit spreekt ook vanzelf; de Hoge Raad is nimmer een derde feitelijke instantie geweest.[390] En zo ligt dus nu de vraag voor: welke type vragen zijn gesteld?

Aangezien art. 392 Rv spreekt van rechtsvragen, moet eerst worden teruggegrepen op het onderscheid tussen feit en recht. Dit onderscheid vormt de basis voor de reguliere cassatieprocedure. Art. 79 RO geeft twee cassatiegronden: schending van het recht (met uitzondering van het recht van vreemde staten) en verzuim van vormen, waarvan motiveringsgebreken voor de praktijk de belangrijkste vormen. Er bestaat dus een

---

[381] Tot op heden is één vraag aan het Europese Hof van Justitie voorgelegd, zie Rb. Amsterdam 18 maart 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:1920 en HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2901, *NJ* 2014/428 (*vrije advocaatkeuze*).

[382] Zie bijvoorbeeld HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958, *NJ* 2014/455 (*bewijsbeslag:* 40,43 weken en 2089 woorden) en HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385 (*telefoonabonnementen I:* 52,14 weken en 2107 woorden).

[383] Zie bijvoorbeeld HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1198, *NJ* 2014/406 (*veertiendagenbrief:* 33,43 weken en 824 woorden).

[384] Voor de zaken die niet in behandeling zijn genomen, is dit niet te bepalen omdat de Hoge Raad tot nu toe alle zaken min of meer in behandeling heeft genomen, ook die enkele zaak waarin dat wellicht niet gehoeven had.

[385] Zie bijvoorbeeld Tjittes & Meijer 2009, p. 173.

[386] Reeds in die zin Frenk 2011, p. 120 die meent dat juist voor deze zaken een spoedige beantwoording van belang is voor het bewaking van de rechtseenheid.

[387] *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, 3, p. 10 en Frenk 2011, 122. Een bekend voorbeeld van een harde deelregel zijn de billijkheidscorrecties – ook wel bekend als de 50%- en de 100%-regel – in het verkeersaansprakelijkheidsrecht uit HR 1 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB7631, *NJ* 1991/720; HR 31 mei 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0253, *NJ* 1991/721 en HR 28 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0631, *NJ* 1992/566. Een voorbeeld van een zachte deelregel is HR 13 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2578, *NJ* 1998/725, over de matiging van boetebedingen ex art. 6:94 lid 1 BW.

[388] Denk aan de klassiekers HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, *NJ* 1966/136 (*Kelderluik*); HR 19 mei 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4745, *NJ* 1967/261 (*Saladin/HBU*) en HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, *NJ* 1981/635 (*Haviltex*). Frenk 2011, p. 119 noemt HR 28 april 2000,ECLI:NL:HR:2000:AA5635, *NJ* 2000/430 over de vraag wanneer een beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

[389] Aldus uitdrukkelijk de minister in *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, 3, p. 9 en *Kamerstukken I* 2011/12, 32 612, C, p. 8.

[390] Wat overigens niet betekent dat de Hoge Raad nooit als feitenrechter optreedt. Zie uitgebreider Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/300-301.

onderscheid tussen rechtsklachten enerzijds en motiveringsklachten anderzijds. Rechtsoordelen, beslissingen over de inhoud en uitleg van rechtsregels, kunnen uitsluitend worden bestreden met rechtsklachten.[391] Deze rechtsoordelen worden door de Hoge Raad als cassatierechter vervolgens volledig getoetst. Feitelijke beslissingen daarentegen – en dit is een ruime categorie die onder meer de vaststelling van de feiten en omstandigheden van het geschil en de in verband daarmee verrichte waarderingen omvat[392] – zijn slechts vatbaar voor motiveringsklachten. Dat betekent dat de Hoge Raad dergelijke beslissingen alleen zal vernietigen als deze onbegrijpelijk zijn. Feitelijke beslissingen worden in tegenstelling tot rechtsoordelen dus marginaal getoetst. Voor de cassatierechtspraak is het onderscheid tussen feit en recht daarom een fundamenteel gegeven.[393] Het onderscheiden van feitelijke beslissingen en rechtsbeslissingen is in de praktijk echter notoir lastig.[394] Dat heeft er deels mee te maken dat wat feit is en wat recht een beleidskwestie is van de Hoge Raad zelf. Indien de Hoge Raad zaken naar zich toe wil trekken dan zal hij die sneller als juridisch kwalificeren, terwijl de kwestie als feitelijk zal worden aangemerkt als hij die liever overlaat aan de feitenrechter.[395] Men spreekt daarom bij het onderscheid tussen feit en recht ook wel van 'autodétermination de compétence' of van 'Kompetenz-Kompetenz'.[396]

Van Schellen heeft het beleidstechnische karakter van het feit-recht-onderscheid treffend verwoord:

> 'In mijn meest cynische ogenblikken heb ik wel eens gedacht 'Als de Hoge Raad het een leuke zaak vindt, dan is het een rechtsvraag, vervelende zaken zijn feitelijk'.'[397]

Omdat het onderscheid tussen feit en recht dwingt tot een binaire toetsing – het is of een volledig toetsbaar recht of een slechts marginaal toetsbaar feit – heeft de Hoge Raad zich over de jaren meer vrijheid toegeëigend door steeds meer beslissingen als gemengd te kwalificeren. Gemengde beslissen zijn beslissen die juridische en feitelijke elementen in zich verenigen.[398] Het gaat daar bij uitstek om beslissingen waar de rechter een vage of open norm toepast, bijvoorbeeld de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 lid 2 BW.[399] De uitkomst van die toepassing is afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval: de rechter heeft die omstandigheden nodig om de toe te passen norm in te vullen.[400] De opmars van gemengde beslissingen heeft ertoe geleid dat de Hoge Raad meer richting kan geven beslissingen die voorheen als feitelijk golden. Hoewel hij het feitelijke aspect van de beslissing slechts beperkt kan toetsen, kan hij wel het juridische aspect volledig beoordelen en daaraan richting geven door het formuleren van deelregels of het aangeven van gezichtspunten voor de beoordeling.

---

391 Zie uitgebreider Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/145 en Asser 2011, p. 50-51.

392 Zie uitgebreider Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/157 e.v. en Asser 2011, p. 54-56.

393 Over dit onderscheid bestaat een karrevracht aan literatuur. Wij vermelden hier slechts Asser Procesrecht/ Korthals Altes & Groen 7 2015/128 e.v., voor alle ins en outs, aangevuld met veel rechtsvergelijkende inzichten; Asser 2011, p. 48, voor een *quick scan*, en Frenk 2011, die het onderscheid in verband brengt met de prejudiciële procedure.

394 Dit wordt ook onderkend in *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, 3, p. 10. Een goede illustratie biedt A.G. Castermans, 'Arresten lezen', *NTBR* 2012/22.

395 Zie in dit verband ook Barendrecht 2004.

396 Vgl. Asser 2011, p. 37; Asser Procesrecht/ Korthals Altes & Groen 7 2015/141.

397 Van Schellen 1981, nr. 28.

398 Frenk 2011, p. 117 en Asser 2011, p. 51-55. Zie nader Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/146-156.

399 Dit voorbeeld wordt ook door de wetgever aangehaald in *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, 3, p. 10 naast de maatschappelijke betamelijkheid uit art. 6:162 BW en de dringende reden die is vereist voor ontslag op staande voet.

400 Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/146.

Een verschil tussen de prejudiciële procedure en cassatieprocedure is dat in de *pre*judiciële procedure de feiten nog niet definitief vaststaan. Tegen het stellen van gemengde vragen is daarom, als gezegd, geopperd dat de Hoge Raad nog niets zinnigs kan zeggen over bijvoorbeeld de in acht te nemen omstandigheden als nog niet duidelijk is wat die omstandigheden überhaupt zijn. Frenk heeft hiertegen ingebracht dat een prejudicieel antwoord daar juist wel zijn nut kan bewijzen. In een prejudiciële procedure kunnen de rechter en partijen de procesvoering juist meer toespitsen op de regels en gezichtspunten zoals geformuleerd door de Hoge Raad.[401] De rechter moet uitspraak doen met inachtneming van het antwoord en partijen kunnen indien noodzakelijk hun stellingen aanvullen. Als de feiten later toch anders blijken te liggen, en binnen een feitelijke instantie is dat per definitie goed denkbaar, dan staat het de rechter vrij om een andere beslissing te nemen dan die waarop het antwoord leek aan te sturen.[402] Dat is efficiënter procederen en bovendien lopen partijen een verminderd risico dat zij bepaalde zaken niet of onvoldoende stellen waarvan pas tijdens of – erger nog – na cassatie het belang duidelijk wordt.[403] Ook voor procederen geldt: voorkomen (vragen stellen) is beter dan genezen (cassatie).

Niettemin bestaat hier een zeker spanningsveld: wij kunnen ons voorstellen dat het formuleren van omstandighedencatalogi makkelijker gaat als er een feitelijk uitgekristalliseerde casus voorligt.[404] Het verbaast dan ook niet dat de Hoge Raad in zijn eerste antwoord heeft beslist dat hem met name bij de beantwoording van gemengde vragen een grote beoordelingsvrijheid toekomt.[405] Vermeulen heeft eerder aangeraden om geen prejudiciële vragen te stellen bij gemengde vragen waar het accent meer ligt op de feiten dan het recht. Dergelijke vragen zouden zich beter lenen voor de reguliere cassatieprocedure waar een gemengd oordeel precies kan worden geattaqueerd met motiverings- en rechtsklachten. De prejudiciële procedure die naar zijn aard een breed geldend antwoord beoogt uit te lokken, is voor deze vragen naar zijn oordeel te riskant.[406]

Maar hoe nu de al gestelde vragen te kwalificeren? Zoals Frenk terecht opmerkt is het onderscheid tussen feit en recht van minder groot belang voor de prejudiciële procedure omdat de cassatiegronden van art. 79 RO uiteraard alleen van belang zijn voor de cassatieprocedure.[407] Om voor die procedure (achteraf) vast te kunnen stellen of een klacht was gericht tegen een rechtsoordeel of een feitelijk oordeel, kijkt men naar de formuleringen die de Hoge Raad bij de behandeling van de klacht gebruikt. Woorden als 'terecht' of 'onjuist' wijzen op een rechtsoordeel terwijl termen als '(niet) onbegrijpelijk' of 'verweven met waarderingen van feitelijke aard' duiden op een feitelijke beslissing.

Omdat de Hoge Raad in de prejudiciële vraag-procedure niet als cassatierechter de uitspraak controleert, maar juist een 'rechtsvraagrelateerde' opstelling inneemt, is elk

---

401 Frenk 2011, p. 120-121 en 127.

402 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4889, *NJ* 2013, 123 (*grosse hypotheekakte)*, r.o. 3.1; *Kamerstukken II* 2010 - 2011, 32 612, 3, p. 7-10 en reeds bepleit door Frenk 2011, p. 126.

403 Het beruchtste voorbeeld is waarschijnlijk HR 24 februari 1984, *NJ* 1984, 415, waar niet was gesteld dat de wederpartij daadwerkelijk wist dat diens varkens besmet waren.

404 Frenk 2011, p. 121 wijst hier ook op. Hij haast zich erbij te zeggen dat ditzelfde bezwaar ook kleeft aan geschillen die gaan over een zuivere rechtsvraag. Ook betoogt hij dat de mogelijkheid die partijen en, in het bijzonder, derden hebben om via schriftelijke opmerkingen de Hoge Raad van gegevens te voorzien, dit euvel op zijn minst kan compenseren.

405 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4889, *NJ* 2013, 123 (*grosse hypotheekakte)*, r.o. 3.1.

406 Vermeulen 2012, p. 162-163.

407 Frenk 2011, p. 117. Dat de cassatiegronden niet van betekenis zijn voor de prejudiciële procedure heeft volgens Korthals Altes en Groen onder meer het curieuze gevolg dat rechters ook vragen over buitenlands recht aan de Hoge Raad kunnen voorleggen (Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/338). Zie nader paragraaf 3.3.5.2.

antwoord dat hij geeft in beginsel een rechtsoordeel.[408] Ook het formuleren van deelregels en gezichtspunten voor de beoordeling is dan een rechtsoordeel, zelfs al zien deze oordelen inhoudelijk op de feitelijke omstandigheden die relevant zijn voor de beoordeling door de feitenrechter. Het oordeel van de Hoge Raad is algemeen en staat los van het concrete geval; daar gaat de feitenrechter uiteindelijk over. Als wij die kwalificatie doortrekken naar de gestelde vragen, dan zouden zij dus allemaal zuivere rechtsvragen zijn.

Om de gestelde vragen (toch) te kunnen onderscheiden in zuivere rechtsvragen en gemengde vragen hebben wij nog iets specifieker gekeken naar de inhoud van de antwoorden: geeft de Hoge Raad uitsluitend aan of een bepaalde regel geldt, en wat de inhoud daarvan is – bijvoorbeeld dat de curator ook op grond van art. 39 Fw bevoegd is om niet alleen de huur van onroerende zaken maar ook die van roerende zaken op te zeggen[409] – dan is dat een zuivere rechtsvraag. Wijst hij daarnaast omstandigheden aan die de rechter in zijn beoordeling moet betrekken of geeft hij andere feitelijke gezichtspunten die de rechter daarbij in ogenschouw moet nemen, dan kwalificeren wij de vraag die dit antwoord heeft uitgelokt, als gemengd.[410] Indien de vraagstellende rechter immers deze antwoorden zou toepassen, zouden zijn beslissingen cassatietechnisch gemengd zijn: zij gaan uit van een bepaalde juridische norm, maar zij zijn deels ook een feitelijke waardering. Kortom als er een rechtsvraag wordt gesteld die kan leiden tot wat cassatietechnisch als een gemengde beslissing kan worden gekwalificeerd, spreken wij van een gemengde vraag.[411]

Streefkerk noemt de eerste telefoonzaak als voorbeeld.[412] Eén van de vragen zag op de wijze waarop de maandelijkse abonnementskosten moesten worden toegerekend aan het netwerkabonnement zelf en anderzijds aan de 'gratis' verstrekte telefoon. De Hoge Raad antwoordde dat het het meest in overeenstemming is met de financiële en bedrijfseconomische werkelijkheid, de verwachtingen die partijen mogen hebben en de consumentenbeschermende strekking van de wettelijke regelingen van koop op afbetaling en consumentenkrediet, om tot uitgangspunt te nemen dat de overeengekomen, door de consument te betalen maandbedragen niet alleen betrekking hebben op de vergoeding voor de door deze af te nemen telecommunicatiediensten, maar mede strekken tot afbetaling van een koopprijs voor de mobiele telefoon. Het staat de provider echter vrij om te bewijzen dat deze toerekening bij een andere overeenkomst anders uitvalt. Met dit oordeel formuleert de Hoge Raad een feitelijk uitgangspunt voor de toepassing van zijn oordeel over de wettelijke regelingen van koop op afbetaling en consumentenkrediet. Het oordeel van de Hoge Raad is daarmee deels feitelijk en dus gemengd. Dit uitgangspunt is echter niet in steen gebeiteld, want bij een slagende bewijsopdracht wordt hiervan afgeweken. Volgens Streefkerk biedt de Hoge Raad hiermee een vast kader voor de feitenrechters die moeten oordelen over de vele incassoprocedures die providers voeren.

Het zal niet verbazen dat één van de antwoorden in de (door ons niet meegerekende) tweede telefoonzaak naadloos past in deze schets. Nadat de Hoge Raad de aandacht heeft

---

[408] Deze term is ontleend aan Vranken 2009, p. 1086 die rechtsvraaggerelateerde opstelling afzet tegen de zaaksgerelateerde opstelling van de Hoge Raad als cassatierechter.

[409] HR 9 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:42 (*opzeggen huur roerende zaken door curator*).

[410] Vaak zal de Hoge Raad hiertegen gerichte klachten gegrond verklaren door middel van een zogenoemde vorkredenering: de rechter geeft of blijk van een onjuiste rechtsopvatting omdat hij niet de juiste maatstaf heeft gehanteerd ofwel acht hij het oordeel onbegrijpelijk omdat de rechter weliswaar de juiste maatstaf zou hebben gehanteerd maar daarbij de relevante omstandigheden niet merkbaar in zijn beoordeling heeft betrokken.

[411] Voor deze benadering zijn wij schatplichtig aan Streefkerk 2015, p. 253-254. Vgl. 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4889, *NJ* 2013, 123 (*grosse hypotheekakte)*, r.o. 3.1, laatste zin, aangehaald in paragraaf 3.3.8.

[412] HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4889, *NJ* 2013/123 (*grosse hypotheekakte)*.

gevestigd op de beperkingen van de prejudiciële procedure ten aanzien van de feiten,[413] formuleert hij een aantal uitgangspunten voor de verplichting van de consument om een gebruikt telefoontoestel terug te geven indien de rechter beslist dat het telefoonabonnement inclusief toestel hem niet bindt.[414]

In de zaak over de processuele positie van de bewindvoerder in de zin van art. 1:435 BW[415] is ook een gemend antwoord te vinden volgens Streefkerk. In het antwoord op de vraag of deze bewindvoerder moet worden gedagvaard wordt een onderscheid gemaakt tussen de situatie dat de eisende partij niet met het bewind bekend was en het geval dat de eiser of de rechter tijdens het geding daarmee wel bekend wordt. Voor beide situaties wordt uiteengezet hoe te handelen.[416] Wijzelf neigen in dezen overigens naar een ander antwoord dan Streefkerk. Onzes inziens ging het hier niet om een gemengd oordeel, want de Hoge Raad voorziet voor twee verschillende situaties in een rechtsvorderlijke regel. Dat zijn dan allebei rechtsoordelen wat ons betreft.[417]

Ook kunnen in de vraagstelling zelf feitelijke 'variabelen' (gezichtspunten of omstandigheden) zitten. Als de Hoge Raad die meeneemt in zijn beoordeling, zal dat er snel toe leiden dat zijn antwoord een gemengd karakter heeft. Streefkerk noemt in dit verband HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1868, *NJ* 2016/126 (*imputatie incassokosten*) als voorbeeld.[418] Van tevoren zal niet bekend zijn welke feitelijke gezichtspunten van belang zijn voor de beslissing. Door de relevante gezichtspunten te identificeren, kunnen partijen in het vervolg van de procedure hun stellingen daarop aanpassen (art. 394 lid 1 Rv).

Als wij kijken naar alle beantwoorde subvragen is het aantal gemengde vragen gering. Van de 47 beantwoorde subvragen[419] zijn er slechts zes gemengd: dat is iets minder dan 13% van het totaal. Naar ons oordeel waren de volgende vragen in de volgende zaken gemengd:

- HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4889, *NJ* 2013/123 (*grosse hypotheekakte*), vraag 2;
- Hoge Raad 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958 (*bewijsbeslag*), *NJ* 2014/455 vraag 2.1[420] en 6;

---

[413] HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236 (*telefoonabonnementen II)* r.o. 3.14: 'Vooropgesteld wordt dat zich in de praktijk velerlei feitelijke variaties kunnen voordoen die relevant zijn voor de beantwoording van deze vraag. Daarom moet in het kader van de beantwoording van deze prejudiciële vraag volstaan worden met enkele hoofdlijnen.'

[414] Hoe sterk deze beoordeling is verweven is met de feiten, komt duidelijk naar voren in Rb. Amsterdam 22 februari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:849, waar de provider een omvangrijke bewijsopdracht meekrijgt. Deze telefoonzaak was eerder op grond van art. 392 lid 6 Rv aangehouden om het antwoord van de Hoge Raad af te wachten.

[415] HR 7 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:525, *NJ* 2015/69 (*bewindvoerder als procespartij)*.

[416] Zie Streefkerk 2015, p. 254.

[417] In HR 30 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3197, *RvdW* 2015/1175 (*betekening ex art. 431a Rv)*, heeft de Hoge Raad beslist dat bij een juridische fusie de niet-inachtneming van het voorschrift van art. 431a Rv (een eventuele overgang onder algemene titel moet eerst worden betekend aan de geëxecuteerde wil de rechtsopvolger de executie aanvangen of voortzetten) in beginsel niet leidt tot nietigheid van het beslag. Uit r.o. 3.7.5. blijkt echter wel dat de geëxecuteerde – of een derde belanghebbende – alsnog aannemelijk kan maken dat hij vanwege bijzondere omstandigheden toch is geschaad in zijn belangen door het verzuim om de overgang te betekenen. Ondanks de verwijzing naar bijzondere omstandigheden is hier onzes inziens toch sprake van een rechtsvraag, omdat de Hoge Raad ook hier voorziet in een rechtsvorderlijke regel. Het zuivere juridische karakter van dit oordeel blijkt ook uit het gegeven dat de Hoge Raad het begrip 'bijzondere omstandigheden' niet nader invult.

[418] Streefkerk 2015, p. 254.

[419] Voor de telling hebben wij de onderverdeling van de verschillende vraagstellende rechters aangehouden. De vraag in HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099, *RvdW* 2015/1125 (*huurbemiddelingskosten)*, die door de Hoge Raad in vier subonderdelen (a-d) is geknipt, hebben wij dus gewoon geteld als één vraag. Overigens betroffen alle subonderdelen in die zaak naar ons oordeel een rechtsvraag.

- HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1868 (*imputatie incassokosten*), *RvdW* 2015/920, vraag 3 en 4,[421] en
- HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2747, *NJ* 2015/440 (*BOPZ-onderzoek*), vraag 3.

Wij noemen nog een aantal twijfelgevallen. In HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3023, *RvdW* 2015/1123 (*overwaarde-arrangement*), heeft de Hoge Raad beslist dat een borgtochtovereenkomst en de daaruit voortvloeiende toekomstige regresvordering alleen door een pandrecht wordt gedekt als de hoofschuldenaar zelf ook partij is bij die overeenkomst. Of dat zo is, is een kwestie van uitleg van diezelfde overeenkomst, aldus de Hoge Raad. De uitleg van overeenkomsten is typisch een gemengde beslissing.[422] Echter, die verwijzing naar het leerstuk van uitleg neemt niet weg dat het overkoepelende oordeel – een uit het overwaarde-arrangement voortvloeiende regresvordering wordt pas door het pandrecht gedekt als de hoofdschuldenaar daarbij partij is – een zuiver rechtsoordeel betreft.

Een andere opmerkelijke beslissing in dit verband is HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3568, *RvdW* 2016/43 (*afwenteling boetes Wet arbeid vreemdelingen*). Het antwoord op de vraag of de contractuele afwenteling van een boete op grond van de Wet arbeid vreemdelingen, onverbindend was op grond van art. 3:40 BW, luidde ronduit ontkennend (en betrof dus een zuiver rechtsoordeel). De Hoge Raad gaat naar aanleiding van het partijdebat in r.o. 3.7. ook in op de vraag welke bijzondere omstandigheden er alsnog toe kunnen leiden dat de afwenteling onverbindend is. De Hoge Raad schetst daarin een aantal omstandigheden, bijvoorbeeld de bedoedeling om de incassering van de boete door het bestuursorgaan te frustreren, die kunnen meebrengen dat de afwenteling vernietigbaar is wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid, dan wel nietig op grond van art. 3:40 BW. Dat is zonder twijfel een gemengde beslissing. Wij hebben deze overweging ten overvloede echter niet meegeteld (want ten overvloede).

Wat daarvan verder zij, uit dit overzicht blijkt dat rechters in de overgrote meerderheid van de gevallen zuivere rechtsvragen stellen (of op zijn minst dat de Hoge Raad deze als zodanig aanmerkt, afgaande op zijn beantwoording). Betekent dit dat er in tegenstelling tot Frenk wat veronderstelde, minder behoefte bestaan aan antwoorden voor zaken met een gemengd karakter? Die conclusie zouden wij (nog) niet willen treken. Wij zoeken de verklaring eerder in het gegeven dat de rechtspraak in weerwil van de letterlijke tekst van art. 392 lid 1 onder b Rv vragen stelt over interessante juridische kwesties zonder dat zij controleert of die vraag in andere zaken speelt en anderzijds dat er juist weinig vragen worden gesteld op grond van de a-grondslag. Met name vragen op basis van de a-grondslag hebben snel een gemengd karakter; dat was ook een van de redenen waarom het volgens de regering mogelijk moest zijn om gemengde vragen te stellen.[423] Bovendien, van een bepaalde kwestie wordt pas duidelijk dat die vanwege de feitelijke en juridische

---

[420] Vraag 2.2 is daarentegen een rechtsvraag.

[421] Van het tweede deel van vraag vier (geparafraseerd: wanneer heeft een schuldeiser voldaan aan zijn stelplicht dat de incassokosten in werkelijkheid hoger zijn dan de staffel van het Besluit vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten?) zou kunnen worden gezegd dat die niet gemengd, maar zuiver feitelijk is omdat de Hoge Raad aangeeft die niet in zijn algemeenheid te kunnen beantwoorden. Omdat de Hoge Raad desondanks terugverwijst naar de door hem geformuleerde uitgangspunten in de voorgaande overwegingen, kwalificeren wij deze vraag niettemin als gemengd.

[422] Asser Procesrecht/ Korthals Altes & Groen 7 2015/172.

[423] *Kamerstukken II* 2010/2011, 31 612, 3, p. 10.

verwevenheid vragen opwerpt als daarover uiteenlopende uitspraken zijn gedaan.[424] Een geïsoleerde rechtsvraag, daar loopt men makkelijker tegen aan.

3.4 Na het antwoord: het vervolg van de procedure

Tenzij het antwoord niet meer nodig is om op de eis of het verzoek te beslissen, beslist de vraagstellende rechter met inachtneming van de uitspraak van de Hoge Raad. Daarvoor dient hij partijen wel de gelegenheid te hebben geboden om hun visie te delen op de binnengekomen Haagse post (art. 394 lid 1 Rv). Dat is ook het geval als de Hoge Raad geen antwoord heeft gegeven. De weigering kan namelijk ook gegevens bevatten die van belang zijn voor de voortzetting en uitkomst van het geschil.[425]

Een voorbeeld hiervan is de weigering van de Hoge Raad om een antwoord te geven in de zaak over de assurantieportefeuille. De weigering was ingegeven door het feit dat de curator het verweer had gevoerd dat de verpanding nietig wegens hetzij het verbod op steunverlening ex art. 2:207 BW hetzij wegens het ontbreken van instemming met de verpanding door de verzekeraar. In essentie ging het om een voorvraag die vooraf ging aan de vraag of een assurantieportefeuille überhaupt verpandbaar is. Omdat het eerste verweer aanleiding gaf tot overgangsrechtelijke perikelen vanwege de recente inwerkingtreding van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht gaf de Hoge Raad de volgende aanwijzing voor de vraagstellende rechter:

> '3.6 Bij de beoordeling van het op artikel 2:207c BW gestoelde verweer dient in aanmerking te worden genomen dat die bepaling bij de op 1 oktober 2012 in werking getreden Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (Stb. 2012/299) is komen te vervallen en dat artikel V.1 van de Invoeringswet van die wet (Stb. 2012/300) met betrekking tot het overgangsrecht onder meer artikel 81 van de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek van overeenkomstige toepassing verklaart. Onderzocht zal derhalve moeten worden of [X] of de curator op enig moment voorafgaande aan 1 oktober 2012 de nietigheid van de verpanding heeft ingeroepen.'

Nadat partijen bij nadere conclusie hadden gereageerd op deze uitspraak, besliste de Rechtbank Rotterdam dat het beroep van de curator op art. 2:207c BW gegrond was en dat de verpanding hoe dan ook nietig was.[426]

Indien de Hoge Raad wel antwoord heeft gegeven, is de vraagstellende rechter in beginsel aan het antwoord gebonden, net zoals hij dat is in de procedure na cassatie en verwijzing ex 424 Rv. Voorstellen om het antwoord slechts de status van advies te geven zoals dat het geval is bij de Franse *saisine pour avis* hebben het niet gehaald.[427] Aangezien het stellen van een prejudiciële vraag een incident vormt, zijn de feiten nog niet noodzakelijkerwijs definitief vastgesteld.[428] Indien de feiten later anders blijken te liggen (of als in hoger beroep met

---

[424] Ook prejudiciële antwoorden kunnen op hun beurt gemengde vragen opwerpen, zoals HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236 (*telefoonabonnementen II*) laat zien.

[425] Asser Procesrecht/ Korthals Altes & Groen 7 2015/341 en *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, 3, p. 21.

[426] Rb. Rotterdam 12 november 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9130 (*assurantieportefeuille)*. De rechtbank stelde vast dat curator zich reeds bij brief van 16 april 2012 op het steunverbod had beroepen. Zie nader paragraaf 3.3.4.5.

[427] *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, 3, p. 22.

[428] Sterker nog, zelf al zijn die vastgesteld dan kan de rechter daarop terugkomen als het antwoord daartoe aanleiding zou geven. De rechter mag immers terugkomen op een zogeheten bindende eindbeslissing. Zie bijvoorbeeld HR 25 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2800, *NJ* 2008/553. Gelet op het rechtskarakter is de kans hierop klein. Hoogstens zouden naar aanleiding van een gemengd antwoord andere feiten voor de beoordeling van belang blijken te zijn en die kunnen een ander licht op de zaak werpen. Als de

succes hiertegen wordt gegriefd) kan van het antwoord worden afgeweken. De Hoge Raad zelf is in zo'n geval immers ook niet aan zijn antwoord gebonden.[429] Deze binding wordt uiteraard ook gerelativeerd in Unierechtelijke kwesties. Als de beantwoording door de Hoge Raad van een Unierechtelijke vraag de vraagstellende rechter onjuist voorkomt, staat hem vrij vragen te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie.[430]

Wat doen de rechters met het antwoord van de Hoge Raad? Per 1 januari 2016 zijn dertien vervolguitspraken zijn op rechtspraak.nl gepubliceerd. In tien zaken werd de zaak in die vervolguitspraak definitief beslist. In twee andere zaken ging het in de prejudiciële procedure om een voorvraag en heeft de beantwoording daarvan de weg vrijgemaakt voor een inhoudelijke beoordeling.[431] In weer een andere zaak verklaarde het Hof Arnhem-Leeuwarden zich met inachtneming van het antwoord onbevoegd en verwees het de zaak naar de bevoegde Arnhemse kantonrechter.[432] Voor zover wij kunnen oordelen heeft de vraagstellende rechter daarmee steeds de zaak beslist 'met inachtneming' van het antwoord, zoals art. 394 lid 1 Rv voorschrijft.[433] De enige uitspraak waarin werd 'afgeweken' van het antwoord, was de definitieve verlofverlening in de *bewijsbeslag-zaak*. In zijn antwoord had de Hoge Raad een aantal vereisten geformuleerd voor het leggen van dat beslag. Hangende de prejudiciële procedure had de voorzieningenrechter voorlopig verlof verleend voor het leggen van bewijsbeslag – hetgeen door de Hoge Raad uitdrukkelijk werd gebillijkt[434] – maar aan de in het antwoord geformuleerd vereisten was niet voldaan. Die vereisten kon de voorzieningenrechter voor het antwoord vanzelfsprekend niet kennen. Aangezien er wel voorlopig verlof was verleend en de belangrijkste waarborg (het onderbrengen van de beslagen gegevens bij een bewaarder) in acht was genomen, heeft de Amsterdamse voorzieningenrechter beslist dat de niet-inachtneming van de overige vereisten niet aan de verlening van het definitief verlof in de weg stond.[435]

Voordat de vraagstellende rechter beslist moet hij partijen eerst op grond van art. 394 lid 1 Rv nog in de gelegenheid stellen om zich over het antwoord van de Hoge Raad uit te laten. Partijen maken hier weliswaar vaak gebruik van, maar inhoudelijk strekt die reactie niet verder dan een referte.[436] Dat wekt ook weinig verbazing. Met een prejudicieel antwoord is

---

vraagstellende rechter in zijn tussenuitspraak de feiten vaststelt bij wijze van voorlopig oordeel, kan hijdiscussie over zijn binding aan die vaststelling vermijden. Vgl. Stein/Rueb 2015, p. 198-199.

[429] Aldus HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4889, *NJ* 2013/123 (*grosse hypotheekakte*), rov. 3.1. Dat partijen alsnog in (hoger beroep en) cassatie gaan in een zaak die al prejudicieel is beslist, zal uiterst zeldzaam zijn. Het is echter denkbaar, bijv. om een antwoord nog meer toegespitst te krijgen (zie Numann 2010, p. 109-110). Uit de MvT, *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, 3, p. 9, volgt echter dat de rechtszekerheid zich er tegen verzet dat de Hoge Raad in een opvolgende cassatieprocedure zijn antwoord bijstelt of heroverweegt.

[430] HvJ EU 5 oktober 2010, C-193/09 (*Elchinov*), genoemd in *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, 3, p. 6 en p. 22, en nog ver daarvoor HvJ EG 16 januari 1974, 166/73 *(Rheinmühlen*).

[431] Het gaat om de zaak over de stuiting van de verjaring door een art. 3:305a BW-rechtspersoon (Rb. Amsterdam 14 januari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:153). Hetzelfde zal vermoedelijk gelden voor de procedure achter HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3018, *RvdW* 2015/1093 (*collectieve stuiting verjaring vernietiging*) alhoewel wij daar nog niet een vervolguitspraak van hebben kunnen vinden. De *bewijsbeslag-zaak* hebben wij ook als 'niet afgerond' geteld omdat de voorzieningenrechter weliswaar met inachtneming van de uitspraak definitief verlof heeft verleend, maar de beslaglegger eerst nog een art. 843a Rv-vordering moet instellen om inzage te verkrijgen in de beslagen gegevens. Zie Rb. Amsterdam 12 november 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:7447 (*bewijsbeslag)*.

[432] Hof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3360 (*herroeping en doorbreken rechtsmiddelenverbod*). De zaak is verwezen naar de Arnhemse kantonrechter.

[433] In Rb. Oost-Brabant 15 januari 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:2034 (*ipr-doorbraak*) werd beslist met inachtneming van 'de redenen voor weigering van de beantwoording'. De vordering van de curator werd daarop afgewezen.

[434] HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958, *NJ* 2014/455 (*bewijsbeslag*), r.o. 3.9.6.

[435] Rb. Amsterdam 12 november 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:7447, *NJ* 2014/455 (*bewijsbeslag)*, r.o. 5.9.

[436] Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 28 oktober 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2995 (*alleenstaande ouderkop*).

het strijdpunt afgerond. Doorgaan over het antwoord zou neerkomen op napleiten. In zoverre lijkt dus te worden tegemoet gekomen aan een van de kerndoelen van de prejudiciële procedure: het sneller berechten van geschillen (althans sneller dan wanneer partijen alle instanties hadden doorlopen).[437]

Een laatste punt dat hier nog aandacht vergt, betreft de veroordeling in de proceskosten. Blijkens art. 394 lid 2 Rv kan de rechter onder de proceskosten waarin een partij veroordeeld wordt, ook het door de Hoge Raad op de voet van art. 393 lid 10 Rv begrote bedrag opnemen. Dit zijn de kosten die gemoeid waren met het indienen van schriftelijke opmerkingen of toelichtingen ex art. 393 lid 3 en 4 Rv door partijen.[438] De door derden gemaakte kosten maken, zoals gezegd, geen deel uit van de proceskosten.[439] Het betreft hier een discretionaire bevoegdheid. De rechter is dus niet verplicht deze kosten in de proceskostenveroordeling mee te nemen. Opvallend is dat blijkens de tot nu toe gepubliceerde vervolguitspraken het niet is voorgekomen dat een partij werd veroordeeld in de kosten van de prejudiciële procedure. De voornaamste oorzaak is dat de winnende partij vaak niet in de prejudiciële procedure is verschenen en dus zelf geen kosten had gemaakt.[440] Het komt tevens voor dat geen enkele partij in de prejudiciële procedure verschijnt.[441] In dat geval zijn er ook geen kosten gemaakt die door de Hoge Raad worden begroot.[442]

Echter, het is ook voorgekomen dat de vraagstellende rechter zijn discretionaire bevoegdheid heeft gebruikt om de kosten van de prejudiciële procedure niet mee te nemen in de veroordeling ten laste van de verliezer. Dat was het geval in de vervolguitspraak na HR 6 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1341, *RvdW* 2014/780 (*verval loonaanspraak bij arbeidsongeschiktheid*). Het antwoord was ongunstig voor de werknemer. De onderliggende procedure werd uiteindelijk echter wel verloren door de werkgever. Desondanks werd de werkgever niet veroordeeld in de kosten die de werknemer in de prejudiciële procedure had gemaakt. De rechtbank overwoog:

> 'Gelet op de uitkomst van de beantwoording van de prejudiciële vraag door de Hoge Raad en omdat [eiser], die in deze zaak blijkens de inleidende dagvaarding op toevoeging procedeert, blijkens de parlementaire geschiedenis voor een aparte toevoeging in aanmerking kan komen voor de procedure bij de Hoge Raad, blijven de gemaakte kosten voor rekening van [eiser].'

Dat het prejudiciële antwoord voor de werknemer ongunstig was en dat hij op basis van een toevoeging kon procederen, waren dus redenen om deze kosten niet mee te nemen in de kostenveroordeling voor de wederpartij.[443]

---

[437] De enige uitspraak waaruit overigens niet duidelijk blijkt of partijen de gelegenheid hebben gekregen om te reageren is Hof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3360 (*herroeping en doorbreken rechtsmiddelenverbod).*

[438] Ook de kosten van een eventuele doch zeer onwaarschijnlijke mondelinge toelichting op de voet van art. 393 lid 4 Rv wordt blijkens lid 10 mee begroot.

[439] *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, 3, p. 22-23.

[440] Zie echter HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3011, *NJ* 2015/465 (*alleenstaande ouderkop*) waar de Hoge Raad vanwege de aard van de zaak geen aanleiding zag om de kosten te begroten.

[441] Bijvoorbeeld HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958, *NJ* 2014/455 (*bewijsbeslag).*

[442] Zie bijvoorbeeld HR 13 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1910*, NJ* 2014/88 en Rb. Oost-Brabant 12 maart 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:981 *(stil pandhouder, bodembeslag en afkoelingsperiode)* waar de zegevierende curator alleen een Borgersbrief had ingediend in de prejudiciële procedure. Zijn kosten werden op nihil begroot omdat hij geen schriftelijke opmerkingen had gemaakt.

[443] Rb. Midden-Nederland 17 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:7513 (*verval loonaanspraak bij arbeidsongeschiktheid)*, r.o. 6.2.

In de vervolguitspraak naar aanleiding van het antwoord over de imputatie van incassokosten lijken de kosten van de prejudiciële procedure te zijn 'vergeten', althans de verliezende partij is niet veroordeeld in de kosten die zijn wederpartij in de prejudiciële procedure had gemaakt terwijl dit wel had gekund.[444] En in de einduitspraak naar aanleiding het verzet tegen de faillietverklaring door de curator op grond van art. 10 Fw. ten slotte had het überhaupt geen zin om de (ex)-failliet in de proceskosten te veroordelen. Er viel immers niets te halen.[445] Kortom, wat kostenveroordelingen betreft, wordt de soep vooralsnog niet zo heet gegeten. De keerzijde hiervan is dat de partijen die wel verschijnen bij de Hoge Raad uiteindelijk de daarvoor gemaakte kosten dragen.

3.5 Kernvraag: is er een bijdrage geleverd aan de rechtsvorming, en de rechtszekerheid en rechtseenheid?

3.5.1 Introductie

De vraag of de rechtsvorming en rechtseenheid door de nieuwe regeling wordt bevorderd, is niet eenvoudig te beantwoorden. Want hoe 'meet' je 'de bijdrage aan de rechtsvorming' van een procesrechtelijk instrument (en de uitkomsten van het gebruik daarvan)? Dat geldt eens te meer als er geen tevoren bepaalde toetsingsmaatstaf is vastgelegd (de wetgever heeft immers niet aangegeven wanneer de regeling een succes mocht worden genoemd). Niettemin trachten wij wel een algemene lijn te schetsen, mede op basis van het 'criterium' zoals dat werd geformuleerd door de commissie-Hammerstein (waarover paragrafen 1.2 en 2.2): komen zaken nu wel en tijdig bij de Hoge Raad, welke er anders niet of te laat zouden komen? Bij het schetsen van die algemene lijnen maken wij dus noodgedwongen gebruik van de perceptie van de betrokkenen (onderzoekers en geïnterviewden).

3.5.2 Heeft de prejudiciële procedure, volgens de literatuur, bijgedragen tot rechtsvorming door de Hoge Raad?

Welnu, in de eerste drie prejudiciële procedures ging het qua rechtsvorming nog 'mis'. Geen van deze procedures droeg bij aan de rechtsontwikkeling: in twee zaken was de gestelde vraag was al beantwoord en in de *assurantieportefeuille* was het antwoord niet nodig om de zaak te beslissen.[446] Wat wel meteen opviel was dat de Hoge Raad de potentie van de regeling inzag, want men was zeker in die zaken zeer welwillend en men beantwoordde toch de vraag zo goed en kwaad als nog passend was.

Kon in die zaken derhalve nog niet van een rechtsvormende bijdrage worden gesproken, in de navolgende 22 antwoorden was dat onzes inziens wel degelijk het geval. Weliswaar zijn de uitkomsten van die zaken van wisselend belang, maar alle uitspraken voegen iets toe aan de stand van het (privaat)recht en er zitten zeker een paar standaarduitspraken tussen, zoals de bewijsbeslag-zaak en de *telefoonabonnementen-I*-zaak.[447] Andere antwoorden zijn

[444] Hof Den Bosch 12 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:5225 en HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1868, *RvdW* 2015/920 (*imputatie incassokosten)*.

[445] De poging om de door de curator gemaakte proceskosten te verhalen op de bestuurder van de 'herrezen' BV omdat de BV misbruik zou hebben gemaakt van de bevoegdheid om haar eigen faillissement aan te vragen, strandde. Er waren onvoldoende feiten en omstandigheden voor die conclusie gesteld, aldus de rechtbank. Zie Rb. Overijsel 10 februari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:441 (*verzet door curator)*.

[446] Zie HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4889 *(grosse hypotheekakte*) en HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3958 (*ipr-doorbraak*), respectievelijk HR 31 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1614 *(assurantieportefeuille*).

[447] HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958, *NJ* 2014/455 (*bewijsbeslag*) en HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, *NJ* 2015/477 (*telefoonabonnementen I*). Zie ook Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/338, alwaar Korthals Altes en Groen de *bewijsbeslag-zaak* als het meest spectaculaire antwoord noemen.

daarnaast maatschappelijk van groot belang, zoals de vraag naar de stuiting van de verjaring van een massaclaim en de beslissing over de invloed van de alleenstaande ouderkop op de hoogte van de alimentatieverplichting .[448] Er zit, kortom, na enige, wellicht ook wel te verwachten opstartperikelen, al behoorlijk wat vlees aan de botten van de wettelijke regeling; daarmee is het nut ervan eigenlijk al gegeven.[449]

We hebben uiteraard ook getracht om te achterhalen of de doctrine daar ook zo over denkt. Onze analyse op hoofdlijnen van de vakliteratuur die verschenen is over de door de Hoge Raad afgehandelde vragen[450] leidt echter tot de conclusie dat het rechtsvormende aspect, gerelateerd aan het benutte instrument, van de zaak doorgaans geen voorwerp van aandacht is.[451] De doctrine beschrijft en analyseert de juridische kwestie die via de prejudiciële vraag is voorgelegd en beoordeelt die kwestie en de juridische uitkomst op zijn merites. Maar het instrument daarvoor, de prejudiciële procedure, krijgt daarbij echter nauwelijks tot geen aandacht op een enkele uitzondering na. Zo annoteerde Wortmann bij de beslissing over de alleenstaande ouderkop dat het 'een zegen [is] geweest dat de Hoge Raad in deze zaak op korte termijn een duidelijk standpunt heeft ingenomen.[452] Wel nuanceert zij dat de vaststelling van alimentatienormen eerder wetgeversmaterie betreft: 'Het komt mij wenselijk voor dat de berekening van de kinderalimentatie een zaak van de wetgever wordt. Weliswaar is in dit geval een ontstane controverse over de berekening van kinderalimentatie snel door een prejudiciële beslissing van de Hoge Raad opgelost, maar zoiets moet niet nog een keer gebeuren.'

Meestal volstaat het commentaar met de vermelding dat uitspraak is gedaan naar aanleiding van een prejudiciële vraag.[453] De doctrine geeft dus weinig houvast ten aanzien van de rechtsvormende bijdrage van de voltooide prejudiciële procedure en gaat niet in op de vraag of de uitkomsten daarvan ook zonder die procedure zouden zijn bereikt.

Dat de regeling nuttig is, blijkt uit het feit dat - voor zover dat (achteraf) in te schatten is – het geregeld gaat om zaken die zonder deze regeling wellicht helemaal niet, of anders in elk geval pas later, bij de Hoge Raad terecht zouden zijn gekomen. Dat eerste ('helemaal niet') geldt waarschijnlijk voor de vragen (in zeven zaken) die door kantonrechters zijn gesteld. Dat zijn meestal geen zaken die de Hoge Raad halen, hetzij vanwege de appelgrens in combinatie met de beperkte cassatiegronden van art. 80 RO, hetzij omdat de 'waarde' ervan

[448] HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:766, *NJ* 2015/306 (*stuiting door 3:305a-rechtspersoon)* en HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3011, *NJ* 2015/465 (*alleenstaande ouderkop)*.

[449] Zie ook Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/338 die schrijven dat nu al duidelijk is dat de prejudiciële procedure 'bestaansrecht' heeft

[450] Dat is te veel om hier op te sommen, uiteraard. Dat vele prejudiciële antwoorden besproken worden, zegt overigens ook al wat over de waarde ervan.

[451] Een uitzondering is bijvoorbeeld Biemans in randnummer 5.2 van zijn noot bij HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, *JOR* 2014/206 (*telefoonabonnementen I)*.

[452] Een andere uitzondering is de noot van Faber bij Rb. Midden-Nederland 4 oktober 2014, *JOR* 2015/24 (*overwaarde-arrangement*), maar ook daar wordt geen kritiek geuit op de prejudiciële procedure als zodanig. Faber betoogt slechts dat de gestelde vragen niet voldoen aan de criteria van 392 lid 1 Rv. Hetzelfde gaat ook op voor Tekstra die in zijn noot voor HR 13 december 2013, *JOR* 2014/58 *(stil pandhouder, bodembeslag en afkoelingsperiode)* opmerkt dat de vraag zoals gesteld beter door de hoge Raad geherformuleerd had kunnen worden. Ook dit is geen kritiek op de regeling als zodanig; het is eerder een blijk van waardering (voor de mogelijkheden) van de prejudiciële procedure.

[453] En het commentaar dat wordt gegeven, is vrijwel steeds positief: zie bijvoorbeeld Kehrer-Bot in haar annotatie onder HR 6 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1341, *RvdW* 2014/780, in *JAR* 2014/162 en *JIN* 2014/124: 'De (rechts)praktijk is gediend met dit duidelijk geformuleerde standpunt van de Hoge Raad'. Van dezelfde uitspraak zegt Barentsen in *USZ* 2014/220: 'Aan duidelijkheid laat het antwoord van de Hoge Raad op de prejudiciële vraag van de Kantonrechter Utrecht weinig te wensen over.' Minder positief zijn Blom en Meuwese in *JIN* 2014/157 over HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1405, *NJ* 2014/406 (*veertiendagenbrief*) die uiteindelijk concluderen dat de gestelde prejudiciële vraag 'ongelukkig is geformuleerd'.

het niet haalt bij de kosten van een cassatieprocedure. Voor familierechtelijke kwesties (tot nu toe twee zaken)[454] vormt het geringe financiële belang ook een drempel. In een aantal andere zaken (denk weer aan het *bewijsbeslag*) is bereikt dat de benodigde duidelijkheid 'bij vervroeging' is verkregen. Bovendien, het zou zomaar kunnen dat bepaalde van die versneld voorgelegde zaken, bijvoorbeeld door een sterk feitelijk antwoord door het Hof, uiteindelijk minder geschikt zouden zijn geweest voor beantwoording door de Hoge Raad in een gewone cassatieprocedure. De Hoge Raad geeft immers zelf ook aan dat er in de prejudiciële procedure meer ruimte ('een grotere beoordelingsvrijheid') is dan in een reguliere cassatieprocedure.[455]

Ook zaken die anders niet snel voor de Hoge Raad zouden zijn gebracht zoals de bewindvoerderszaak[456] - 'kost voor kantonrechters', zoals Streefkerk het aanduidt – en de *alleenstaande ouderkop-zaak*[457] komen daar nu terecht.[458] Zaken vanuit het maatschappelijke middenveld, voor de praktijk van groot belang maar waarvan wordt gevreesd dat zij steeds vaker buiten het blikveld van de Hoge Raad zullen vallen, kunnen via de prejudiciële procedure alsnog onder de aandacht van de Hoge Raad worden gebracht.[459] Een mooi voorbeeld van de al genoemde 'kantonrechterskost' biedt ook de recentelijk gestelde vraag of een rechtsbijstandverlener de verschuldigde eigen bijdrage bij toevoegingen bij wanbetaling alleen kan opeisen door de eigen cliënt te dagvaarden. De vraagstellende rechter stipt in zijn motivering alle elementen aan – verdeeldheid in de rechtspraak, grote aantallen zaken, gering bedrag, grote maatschappelijke impact – die een prejudiciële procedure de moeite waard maakt. Wij citeren:

> '2.8. De president ziet zich thans voor de vraag gesteld of artikel 38, vierde lid Wet op de rechtsbijstand zo moet worden uitgelegd dat rechtsbijstandsverleners zich nog steeds met het verzoek tot het afgeven van een bevelschrift (in wezen een beschikking uitgegeven in executoriale vorm) tot de president kunnen wenden en dat die procedure daarna conform de derde titel, eerste boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering moet worden afgedaan.
> 2.9. In den lande bestaat hier verschil van mening over. Sommige rechtbanken sturen dergelijke verzoeken terug met de toelichting dat er thans geen procedure meer voor bestaat, andere rechtbanken verklaren verzoekers niet ontvankelijk.
> 2.10. Het gaat om grote aantallen zaken. Voor de rechtbank midden Nederland, locatie Utrecht tussen de tien en twintig zaken per maand. Tegelijkertijd gaat het om relatief kleine bedragen. Daarom zal deze vraag Uw raad niet snel via de 'gewone' weg worden voorgelegd, terwijl er wel een grote behoefte is aan rechtseenheid op dit punt.'[460]

---

[454] HR 7 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:525, *NJ* 2015/69 (*bewindvoerder als procespartij*) en HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3011, *NJ* 2015/465 (*alleenstaande ouderkop)*.

[455] Zie HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4889, *NJ* 2013/123 (*grosse hypotheekakte*), r.o. 3.1.

[456] HR 7 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:525, *NJ* 2015/69 (*bewindvoerder als procespartij)*.

[457] HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3011, *NJ* 2015/465 (*alleenstaande ouderkop)*.

[458] Aldus ook Streefkerk 2015, p. 254.

[459] Ook zaken die de onderkant van de markt vertegenwoordigen, bereiken de Hoge Raad met moeite. In dit verband kan ook worden gewezen op het antwoord in HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2747, *NJ* 2015/440 (*BOPZ-onderzoek).* In BOPZ-zaken kan weliswaar op toevoeging worden geprocedeerd, maar de toegang tot de hoogste rechter is de laatste jaren niettemin vernauwd door de verlaging van de vergoeding voor toevoegingen.

[460] Rb. Midden-Nederland 10 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:669. Dat de vraagstellende rechter zich in zijn tussenuitspraak direct richt tot de Hoge Raad is overigens ook uniek te noemen: '2.11. Daarbij acht de president het wenselijk om Uw Raad er op te wijzen dat niemand gebaat is om deze zaken via de relatief zeer dure en meer omslachtige weg van de dagvaardingsprocedure af te doen. (...) 2.12. De president verstout zich Uw Raad in herinnering te brengen dat Uw Raad de rechtspraktijk eerder te hulp is geschoten in uw arrest van 19 december 2014 , *NJ* 2015, 231 ECLI:HR:2014:3677 (...).'

Hermans, lid van de cassatiebalie, heeft de zorg geuit dat te veel vragen worden gesteld die alleen van incidentele betekenis zijn.[461] Als voorbeeld noemt hij de inmiddels beantwoorde vraag of een curator belanghebbende is in de zin van art. 10 lid 1 Fw.[462] Volgens Hermans zou de Hoge Raad de prejudiciële procedure moeten reserveren voor vragen voor een groot aantal zaken van belang zijn. Vragen die in incidentele procedures spelen zijn onvoldoende geschikt voor de prejudiciële procedure. In wezen bepleit Hermans een strengere toetsing aan het talrijkheidscriterium van 392 lid 1 sub b Rv. We komen hier nog op terug in paragraaf 5.2.3.

Oud-President Davids vat het eindoordeel dat hier geveld moet worden, nauwgezet samen:

> 'Met hen [Giesen & Overheul, AA 2015, *auteurs*] meen ik dat dit aantal niet tegenvalt en dat deze nieuw geschapen mogelijkheid in een behoefte voorziet. Voorts verschaft de bijdrage een nuttig overzicht van de aard van de vragen die worden gesteld.'[463]

Gevraagd hoe hij de Hoge Raad over twintig jaar voor zich ziet, gaat Davids' opvolger, Corstens, overigens nog een flinke stap verder:

> 'Het systeem van prejudiciële vraagstelling zal verder ontwikkeld zijn. Het zal mij niet verbazen als het accent gaat verschuiven van de klassieke cassatie naar antwoorden op prejudiciële vragen. Dit systeem werkt nu alleen nog in de civiele sector als een soort pilot. Het zou goed uitgebreid kunnen worden naar de belastingsector en de strafsector. (…) De prejudiciële vraagstelling en het selectiesysteem zullen de efficiënte van de Hoge Raad ten goede komen.'[464]

En inmiddels zal niet verbazen dat ook Feteris, de huidige president, positief is. In een interview in het kader van het 100-jarige bestaan van de belastingkamer zegt hij over de civiele prejudiciële procedure:

> 'Op fiscaal terrein zijn zulke prejudiciële vragen aan de Hoge Raad nieuw. Op het gebied van het civiele recht kennen we dat al. Daar blijkt het absoluut in een behoefte te voorzien. Het kan een procedure behoorlijk versnellen.'[465]

Daaruit klinkt weinig twijfel door over (de waarde van) het instrument, zo moge duidelijk zijn.

3.5.3 Bijdrage aan de rechtseenheid en rechtszekerheid

In hoeverre zijn, aldus de literatuur, de uitkomsten van prejudiciële procedures van belang geweest voor één of meer (andere) zaken? We vatten dat aspect hierna onder de bredere noemers van rechtseenheid en rechtszekerheid, waarbij die zekerheid sterk afhangt van de mate van bereikte eenheid. Als er via een antwoord, ongeacht hoe dat luidt, rechtseenheid

---

[461] Hermans 2015, p. 159-160.

[462] HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3636, *RvdW* 2016/95 (*verzet door curator)*. Wij zijn overigens van mening dat hier wel een fundamentele vraag over de positie en taak aan de curator aan de orde is gesteld, zeker gelet op het toenemende aantal boedelfaillissementen. Bovendien werd over de gestelde vraag verschillend gedacht in de rechtspraak blijkens de aangehaalde beschikking. Hoe prangend deze negatieve-boedelproblematiek is, blijkt duidelijk uit de conclusie van A-G Timmerman voor deze beslissing (randnrs. 3.2-3.5).

[463] Davids 2015, p. 1013.

[464] Opgetekend door Van Schilt & Heessels 2015.

[465] Gepubliceerd op <http://100jaar.belastingkamerhr.nl/interview-mr-m-w-c-feteris/>, laatst geraadpleegd op 31 maart 2016.

wordt geschapen, biedt dat de justitiabele ook de nodige zekerheid: zo zit het, om met de nieuwe rijdende rechter te spreken.

Zoals hiervoor gezegd, gaan de commentaren op de voltooide procedures eigenlijk alleen maar in op de inhoud van de antwoorden. Over het vehikel zelf, de prejudiciële procedure, en de merites daarvan, wordt vrijwel niets gezegd, behalve dan bij de eerste paar uitspraken en de *bewijsbeslag-zaak*, maar ook daar valt de oogst tegen. Die regeling wordt dus als het ware, en zeker nadien, als 'vanzelfsprekend' beschouwd en geaccepteerd. Ze staat niet ter discussie; dat is in zekere zin een groot compliment voor een processuele vernieuwing als deze. Dit heeft ook een (gering) nadeel, en wel dat als neveneffect optreedt dat niemand zich uitspreekt over de vraag of de regeling een effect heeft (gehad) op de rechtseenheid en daarmee ook de rechtszekerheid. Verder dan de algemene veronderstelling dat antwoorden duidelijkheid geven en zo eenheid creëren, en daarmee dus de rechtseenheid en de rechtszekerheid dienen, kunnen we helaas niet reiken. Ter geruststelling wijzen we er wel alvast op dat onze respondenten, de ervaringsdeskundigen, deze algemene veronderstellingen onderschrijven, zie paragraaf 4.10.

3.5.4 Reduceren van aantallen procedures

Zijn er in de literatuur gevallen bekend waarin een prejudiciële vraag andere procedures heeft voorkomen en heeft de prejudiciële vraag aldus geleid tot minder procedures?[466] Op basis van de bestaande en gepubliceerde rechtspraak en literatuur is niet te achterhalen welke zaken nooit van de grond zijn gekomen vanwege de uitkomst van een prejudiciële vraag. En vrijwel onmogelijk is te achterhalen of zaken alsnog gestopt zijn (met name omdat het waarom daarvan niet blijkt uit het royement van de zaak). Via interviews met advocaten is getracht te achterhalen of zij voorbeelden kennen om van daar uit een beeld te extrapoleren, maar dat bleek ook ondoenlijk, omdat ook die advocaten hier geen kennis van hebben.

Wij kunnen dus hoogstens speculeren. Vermindering van het aantal procedures was één van de redenen voor invoering van de prejudiciële procedure.[467] Met name voor massazaken is de verwachting uitgesproken dat partijen sneller schikken als er een antwoord ligt. Dit kunnen wij echter niet toetsen: bij schikkingen is het goed gebruik om van beide zijden geheimhouding te bedingen. Ook in de literatuur zijn geen voorbeelden te vinden van zaken die niet zijn gevoerd nadat er prejudicieel antwoord was gegeven. Niettemin ligt het in de lijn der verwachtingen dat een prejudicieel antwoord dit effect heeft. Als er eenmaal een antwoord is, heeft het doorgaans geen zin meer om door te procederen en 'naar de bekende weg' te vragen. Dan is immers sprake van een 'acte éclairé', zoals dit wordt aangeduid bij de Unierechtelijke prejudiciële procedure.[468]

---

[466] Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn geweest doordat bepaalde zaken konden worden geschikt of doordat er minder (vaak) rechtsmiddelen zijn ingesteld of omdat er in een aantal zaken gelijktijdig uitspraak kon worden gedaan.

[467] *Kamerstukken II* 2010/2011, 32 612, 3, p. 5.

[468] Zie over de *acte éclairé* en *acte clair* HvJ EG 6 oktober 1982, nr. C-283/81, ECLI:NL:XX:1982:AB9511, *NJ* 1983/55 (*Cilfit*). Zie over dit arrest in deze context o.a. Tjittes & Meijer 2009, p. 167 e.v. Zie voor een Nederlands voorbeeld de tussenvonnissen van de Rechtbank Midden-Nederland in de procedure over het overwaarde-arrangement. Partijen wilden de Hoge Raad vragen of de wettelijke regresvordering die voortvloeit uit een borgtochtovereenkomst toekomstig was. Volgens de rechtbank was dit reeds beslist in HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784, *RvdW* 2012/534 (*ASR/Achmea*). Zie Rb. Midden-Nederland 27 augustus 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:3628, *JOR* 2014/317*,* r.o. 4.5 en Rb. Midden-Nederland 4 oktober 2014, *JOR* 2015/24, r.o. 4.3 (*overwaarde-arrangement)*. De Hoge Raad lijkt deze zienswijze te bevestigen in zijn antwoord ('zoals bedoeld in'). Zie HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3023, *RvdW* 2015/1123 (*overwaarde-arrangement)*, r.o. 3.3.3.

Daar staat echter tegenover dat ook betoogd zou kunnen worden dat antwoorden juist leiden tot meer procedures. In de *bewijsbeslag-zaak*[469] heeft de Hoge Raad het bewijsbeslag in IE-zaken doorgetrokken naar niet-IE-zaken. Dat is de reden waarom die uitspraak zo spectaculair is. Deze uitbreiding zal ongetwijfeld aanleiding geven tot een toename van bewijsbeslagleggingen, en daarmee (in elk geval in potentie) ook tot procedures daarover. Aan de andere kant, dit gevolg is nu eenmaal inherent aan beslissingen waarin een nieuwe weg wordt ingeslagen. Of dit bij wijze van prejudiciële beslissing of in cassatie gebeurt, is om het even. Over het bewijsbeslag werd immers toch al geprocedeerd, maar dan vanuit de onzekerheid of dit mogelijk was. Bovendien ligt het ook aan het specifieke antwoord van de Hoge Raad of dit (meer procedures) wel of niet gebeurt. Zeker is echter wel dat over de beantwoorde vraag niet meer geprocedeerd wordt.

Wat verder van dit voorbeeld zij, van de introductie van een nieuwe processueel instrument kan men moeilijk anders verwachten dan dat dit impact heeft op (aantallen) procedures. Ook andere antwoorden geven – hoe kan het ook anders – aanleiding tot meer vragen (en dus potentieel ook procedures). Zo is er onlangs naar aanleiding van het antwoord de telefoonabonnement-zaak een tweede prejudiciële vraag gesteld en beantwoord.[470] Of de prejudiciële procedure leidt tot minder procedures kan dus vooralsnog niet met zekerheid worden gezegd. Wel zeker is dat zij een impuls geeft aan de rechtsontwikkeling.

3.6 Zijn dit 'immediate', 'intermediate' of 'ultimate' resultaten?

De doelen van de prejudiciële vraagprocedure in het civiele recht, en, voor zover bekend, de (veronderstelde) verwachtingen over de mate waarin en wijze waarop die doelen (kunnen) worden behaald, zijn hiervoor al beschreven, zie vooral paragraaf 1.2. Gegeven de inherente beperkingen die dit evaluatieonderzoek aankleven – zie nader paragraaf 1.6.1 en 1.7 – willen wij, in aanvulling op het voorgaande, en in voorbereiding op de bevindingen uit de interviews in hoofdstuk 4, een onderscheid maken in te bereiken onmiddellijk ('immediate') resultaat, in resultaat op middellange termijn ('intermediate') en in uiteindelijk ('ultimate') resultaat. Anders gesteld: als er al 'immediate outcomes' (output) zijn, zijn die outcomes dan een voorwaarde voor het kunnen bereiken van een 'final outcome'?[471] Als dat zo is, dan vergroot dat de aannemelijkheid dat zo'n final outcome (het achterliggende doel) bereikt kan (gaan) worden. Welnu, zulks lijkt hier het geval te zijn. De rechtseenheid (op langere termijn) vergt immers een voorafgaande rechtsvormende uitspraak (die bepalen kan waar inhoudelijk dan precies 'de eenheid' ligt); zo'n rechtsvormende uitspraak is dus een voorwaarde voor die outcome.

Aangezien het hiervoor bedoelde onderscheid aldus gemaakt kan worden, rijst de vraag ten aanzien van welke dan zo te onderscheiden doelen dan nu al het bereiken ervan in beschrijvende, indicatieve zin kan worden gemeld. In dat verband menen wij dat het onmiddellijk doel van de wettelijke regeling is dat deze (tot op zekere hoogte) benut wordt, want anders kan geen enkel verder weg gelegen doel ervan bereikt worden. Dat is inmiddels het geval, zoals wij gezien hebben. Als 'intermediate' doel en resultaat zien wij dan dat de rechtsvorming gediend wordt door de regeling. Ook dat is het geval, zo hebben we hiervoor in paragraaf 3.5 geconstateerd.

---

[469] HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958, *NJ* 2014/455 (*bewijsbeslag)*.

[470] Rb. Den Haag 20 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:8764 en HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, *RvdW* 2016/279 (*telefoonabonnementen II*).

[471] Anders gesteld: als er al 'immediate outcomes' (output) zijn, zijn die dan een voorwaarde voor een 'final outcome'? Vgl. Kautto & Similä 2005, p. 64-65. Dat is hier het geval. De rechtseenheid op termijn vergt een rechtsvormend uitspraak voordien.

Het uiteindelijke, ultieme doel en resultaat zou kunnen zijn een bijdrage aan de (zie paragraaf 1.7) lastig te meten rechtszekerheid en rechtseenheid. Die laten zich pas op langere termijn duiden, omdat eerst moet blijken dat de gestelde prejudiciële vragen tot antwoorden van de Hoge Raad hebben geleid die de rechtspraak op één lijn hebben gebracht, en die tot meer zekerheid (in de zin van weinig nieuwe of vervolgprocedures) hebben geleid. Het antwoord op de vraag of dat doel al bereikt of in zicht is, is nog niet glashelder op basis van de procesevaluatie, maar het is wel aannemelijk – mede gegeven de bevindingen van ons onderzoek in hoofdstuk 4 naar de perceptie en verwachtingen op basis van hun ervaringen van de 'gebruikers' (advocatuur en rechterlijke macht) van de regeling in hoeverre de doelen zijn en/of kunnen worden bereikt – dat de rechtszekerheid en rechtseenheid gediend wordt door de regeling omdat de 'immediate' en 'intermediate' doelen in elk geval gehaald zijn. In hoofdstuk 4 zal op basis van de ervaringen van de geïnterviewden nader hierop worden ingegaan.

3.7 Verhouding tot andere rechtsvormende instrumenten

3.7.1 Inleiding

In deze paragraaf staat de processuele context van de prejudiciële vraag-procedure centraal, omdat die context het gebruik en het nut van dit instrument beïnvloeden kan. De vraag luidt hier: hoe verhoudt de prejudiciële vraag in civiele zaken zich in juridisch opzicht tot de overige rechtsvormende instrumenten, zoals sprongcassatie (3.7.2), cassatie in het belang der wet (3.7.3), de informele proefprocedure (3.7.4) en de versnelling van belangwekkende zaken in de gehele rechterlijke kolom (3.7.5)?

3.7.2 Sprongcassatie

Partijen kunnen, nadat de rechtbank uitspraak[472] heeft gedaan, op de voet van 398 lid 2 Rv overeenkomen[473] dat zij de zaak direct aan de Hoge Raad voor leggen en de tweede feitelijke instantie overslaan. Aldus 'springen' partijen over het hof heen. Dit is te vergelijken met prorogatie (art. 329 e.v. Rv) waarbij partijen besluiten om de rechtbank over te slaan een direct bij het hof te procederen. Het doel van sprongcassatie is procesverkorting in gevallen waar het twistpunt niet (meer) zit in de feiten maar in het recht. [474] Sprongcassatie is er bij uitstek voor principiële rechtsvragen.[475] Bekende voorbeelden van sprongcassaties zijn onder meer klassiekers zoals het Harmonisatiewet-arrest[476] - mogen wetten in formele zin worden getoetst aan het Statuut voor het Koninkrijk of aan algemene rechtsbeginselen? – en het Hangmat-arrest[477] over de onderlinge aansprakelijkheid van medebezitters van een gebrekig opstal op grond van art. 6:174 BW.[478]

---

[472] Hoewel art. 398 lid 2 Rv uitsluitend rept over vonnissen, heeft de Hoge Raad, ondanks dat art. 426 lid 4 Rv art. 398 lid 2 Rv niet van overeenkomstige toepassing verklaart, de mogelijkheid van sprongcassatie in verzoekschriftprocedures aanvaard. Zie HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6101, *NJ* 2013/388 en eerder doch impliciet HR 10 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9470, *NJ* 2010/471. Wel is vereist dat niet alleen partijen met sprongcassatie instemmen maar ook de belanghebbenden die hoger beroep kunnen instellen.

[473] Deze overeenkomst is sinds 1993 vormvrij. In de praktijk wordt de overeenkomst tot sprongcassatie uiteraard steeds schriftelijk vastgelegd.

[474] Zie uitgebreider over de achtergronden Asser Procesrecht/ Korthals Altes & Groen 7 2015/67.

[475] Asser 2011, p. 65 en Den Dekker & Van den Eshof 2015, p. 107.

[476] HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, *NJ* 1989/469.

[477] HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2011:BQ4372, *NJ* 2011/464.

[478] Den Dekker & Van den Eshof 2015, p. 107, noemen verder HR 10 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9470, *NJ* 2010/471;HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5215, *NJ* 2011/597; HR 1 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4134, *NJ* 2013/156; HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6101, *NJ* 2013/388; HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2013:1554, *NJ* 2014/30 en HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3679, *RvdW* 2015/87.

Het gebruik van sprongcassatie in de praktijk is onlangs onderzocht door de cassatieadvocaten Den Dekker en Van den Eshof. Uit hun rechtspraakanalyse blijkt dat het gebruik van sprongcassatie niet wijdverbreid is: tussen 2002 en juli 2015 telden zij slechts 24 uitspraken. Dat komt neer op een jaarlijks gemiddelde van 2 tot 3 uitspraken, hetgeen op een instroom van tussen de 400 en in het verleden soms wel 500 civiele zaken per jaar, niet veel is. Sprongcassatie maakt dus nog geen procent uit van de jaarlijkse jurisprudentie-oogst. Maar als het gebeurt, dan gebeurt het ook goed: de kwesties die via sprongcassatie worden voorgelegd, zijn niet zelden van zwaarwegend belang, zoals al bleek uit de voorbeelden hiervoor.[479]

Afgezien van de gemiste tweede feitelijke instantie verschilt sprongcassatie verder niet van de reguliere cassatieprocedure: zo zijn de cassatiegronden dezelfde,[480] verschilt de wijze van procederen niet en doet de Hoge Raad sprongcassaties niet anders af dan reguliere cassatieprocedures.[481]

Wanneer sprongcassatie wordt vergeleken met de prejudiciële procedure, valt op dat zij dezelfde doelstellingen delen: procesverkorting en de snelle(re) beantwoording van rechtsvragen. De link tussen de prejudiciële procedure en sprongcassatie werd ook gelegd door de Rechtbank Oost-Brabant die op 20 februari 2013 naar aanleiding van een verzoek om prejudiciële vragen te stellen, het volgende opmerkte:

> '4.6 De rechtbank zal het verzoek honoreren. Het gaat hier om een rechtsvraag die dermate principieel is, dat deze hoogstwaarschijnlijk hoe dan ook aan de Hoge Raad zou zijn voorgelegd, al dan niet via sprongcassatie. Het stellen van een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad heeft bovendien als bijkomend voordeel dat de fiscus, die belanghebbende is bij de beantwoording van die vraag maar geen partij is in dit geding, door de Hoge Raad in de gelegenheid zou kunnen worden gesteld opmerkingen te maken.'[482]

Uiteraard zijn er ook verschillen. In de eerste plaats is sprongcassatie anders dan een prejudiciële procedure een *post*judiciële procedure: alvorens sprongcassatie kan worden ingesteld moet de rechtbank uitspraak hebben gedaan. Daarnaast is het vereiste dat partijen het instellen van sprongcassatie overeenkomen een relevant verschil. Anders dan bij prejudiciële procedure, waar de rechter beslist of hij een vraag stelt, is het instellen van sprongcassatie volledig afhankelijk van de wilsovereenstemming van partijen.[483]

Daarnaast geldt ten aanzien van de sprongcassatie het normale cassatieprocesrecht en dat is dan de oorzaak van een aantal andere verschillen met de prejudiciële procedure. Zo staan in (sprong)cassatie de feiten onherroepelijk vast. Bij de prejudiciële procedure is dat niet het geval alhoewel de Hoge Raad wel heeft aangegeven in beginsel uit te zullen gaan van de feiten zoals die zijn vastgesteld door de vraagstellende rechter.[484] Bovendien is sprongcassatie als postjudiciële procedure het eindstation. Verder procederen is in beginsel

---

[479] Zie ook de voorbeelden die Den Dekker & Van den Eshof 2015 op p. 107 aanhalen.

[480] Alhoewel het niet voor de hand ligt om sprongcassatie in te stellen bij zaken met een motiveringsgebrek.

[481] Den Dekker & Van den Eshof 2015, p. 107. Wel wijzen zij op de bijzonderheid dat bij sprongcassatie tegen de appellabele uitspraak van een kantonrechter art. 80 RO niet van toepassing is zodat de cassatiegronden niet zijn beperkt. Hetzelfde geldt volgens hen ook als partijen eerst op de voet van art. 96 Rv hebben gekozen om bij de kantonrechter te procederen met behoud van hoger beroep en tegen die uitspraak sprongcassatie willen instellen.

[482] Rb. Oost-Brabant 20 februari 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:BZ2201 (*stil pandhouder, bodembeslag en afkoelingsperiode*).

[483] *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, 3, p.5 en Den Dekker & Van den Eshof 2015, p. 108.

[484] HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4889 (*grosse hypotheekakte)*, rov. 3.1.

niet mogelijk.[485] Gewone rechtsmiddelen staan daarentegen wel open tegen de einduitspraak van de vraagstellende rechter. Den Dekker & Van den Eshof menen hierin een voordeel te kunnen zien van sprongcassatie ten opzichte van de prejudiciële procedure. Bij een sprongcassatie kunnen partijen meteen klaar zijn: de Hoge Raad verwerpt de klachten of vernietigt de uitspraak en doet de zaak zelf af als verwijzing niet nodig is. Bij de prejudiciële procedure moeten partijen eerst de einduitspraak van de vraagstellende rechter afwachten.

Wij plaatsen hier vraagtekens bij. Een prejudicieel antwoord over een rechtsvraag die partijen verdeeld houdt kan bijdragen aan hun schikkingsbereidheid zodat langs die weg ook een snel einde kan komen aan de zaak.[486] Alhoewel het zo is dat de zaak over en uit is als de Hoge Raad de zaak zelf afdoet, is het ook goed mogelijk dat de Hoge Raad moet verwijzen en dan duurt het gehele proces juist langer. Bovendien kunnen partijen na een (gemengd) antwoord van de Hoge Raad efficiënter procederen omdat zij beter weten welke feiten en omstandigheden zij zullen moeten stellen.[487] Bij sprongcassatie is het denkbaar dat partijen pas achteraf te horen krijgen dat bepaalde stellingen onvoldoende uit de verf zijn gekomen en dan is op zijn minst een der partijen verder van huis.

Een gevolg van de binding met het cassatieprocesrecht is dat voor derden geen mogelijkheid bestaat om in sprongcassatie inbreng te leveren, zoals dat in een prejudiciële procedure wel kan.[488] Op 12 juni 2015 heeft de Hoge Raad voor de reguliere procedure nog beslist dat de mogelijke precedentwerking voor derden onvoldoende reden vormt om hen gelegenheid te geven zich in de procedure te voegen.[489] Hetzelfde zal dus ook hebben te gelden voor de sprongcassatie welke qua procesvoering nauwelijks verschilt van de reguliere cassatieprocedure en waar meer nadruk wordt gelegd op de procesautonomie in vergelijking met de prejudiciële procedure en de hierna te bespreken cassatie in het belang der wet.[490] Maar wellicht dat de Hoge Raad een feitelijke inbreng door derden (op termijn) wel zal willen toestaan bij sprongcassaties. Dat is bij cassatie in het belang der wet (uiteindelijk is dat ook een cassatieprocedure) inmiddels immers ook het geval.[491]

Een kleiner verschil is dat sprongcassatie op papier een ruimer bereik lijkt te hebben dan de prejudiciële procedure (die immers wordt begrensd door de criteria van 392 Rv). Zoals gezegd, lijken deze criteria nauwelijks een drempel op te werpen voor het stellen van vragen.[492] Daarnaast wordt, zoals gezegd, sprongcassatie in de praktijk alleen gebruikt in zaken waar belangrijke rechtsvragen spelen zodat dit verschil een hoog academisch gehalte heeft.[493] In de praktijk gaat het zowel bij sprongcassatie als bij de prejudiciële procedure welhaast uitsluitend om zuivere (meestal meer principiële) rechtsvragen.

---

[485] Dat kan alleen als de Hoge Raad vernietigt en verwijst (of als men de eventuele procedure in Straatsburg meetelt).

[486] Zie reeds paragraaf 3.4.

[487] Vgl. Frenk 2011, p. 121 en 127.

[488] Zie reeds het citaat van de Rb. Oost-Brabant hiervoor.

[489] HR 12 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:2192.

[490] Zie over die verhouding met name punt 2.11 van de conclusie van de A-G Van Peursem voor het zojuist aangehaalde tussenarrest.

[491] Zie HR 6 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1342 (een tussenarrest, zie voor het eindarrest in die zaak HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3068, *RvdW* 2014/1203) en paragraaf 3.7.3 hierna. Vgl. HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AV7405, *NJ* 2008/177 waar de Hoge Raad reeds kennis nam van de opmerkingen van twee advocaten bij de Hoge Raad die wensten te reageren op de voordracht tot cassatie in het belang der wet door A-G Huydecoper. Zie over deze laatste uitspraak Giesen 2007a.

[492] Zie paragraaf 3.3.4.1 hiervoor.

[493] Zie ook Den Dekker & Van den Eshof 2015, p. 108 die constateren dat de ruimere reikwijdte van de sprongcassatie niet heeft geleid tot het veelvuldig toepassen daarvan. Het tegendeel is eerder het geval.

Den Dekker & Van den Eshof merken op dat qua gebruik sprongcassatie ruimschoots wordt overtroffen door de prejudiciële procedure. Dat ligt volgens hen aan de grotere flexibiliteit van de procedure en de toespitsing op actuele zaaksoverstijgende rechtsvragen. Sprongcassatie heeft in hun optiek desalniettemin bestaansrecht. Voor een prejudiciële vraag blijven partijen afhankelijk van de rechter. Indien de rechter geen vragen stelt bijvoorbeeld omdat hij een voorstel daartoe heeft geweigerd dan kunnen partijen alsnog besluiten om deze vraag middels sprongcassatie voor te dragen om zo tijd en kosten te besparen.[494] Die analyse is juist en delen wij. Wat opvalt, is echter dat hier in feite het bestaansrecht van het oude instrument van sprongcassatie ter discussie staat (i.v.m. de verhouding tot de pv-regeling), en het is dus niet de nieuwe Wpv is die in debat is. Dat zegt veel over de mate van acceptatie van die Wpv.

3.7.3 Cassatie in het belang der wet

Op grond van art. 78 lid 1 en art. 111 lid 2 onder c RO kan de Procureur-Generaal cassatie in het belang der wet instellen.[495] Cassatie in het belang der wet is een buitengewoon rechtsmiddel: hoewel (een der) partijen kan voorstellen zijn zaak hiervoor aan te dragen, gaat het uiteindelijke initiatief daartoe uit van het Parket bij de Hoge Raad. De vordering van (of namens) de Procureur-Generaal strekt tot vernietiging van de bestreden uitspraak.[496] De gronden waarop de Hoge Raad kan casseren, zijn dezelfde als in de reguliere cassatieprocedure. Cassatie in het belang der wet heeft met de prejudiciële procedure gemeen dat zij de bevordering van de rechtsontwikkeling en rechtseenheid tot doel heeft.[497] Immers, het gaat om zaken waarbij geen cassatieberoep is ingesteld of waarbij dit geen mogelijkheid is, maar waar de Hoge Raad via de voordracht alsnog de gelegenheid krijgt om zich uit te spreken over bepaalde rechtsvragen.

Deze nadruk op de rechtsontwikkeling en rechtseenheid komt tot uitdrukking in de criteria die de Procureur-Generaal hanteert voor het instellen van een vordering tot cassatie in het belang der wet. Een vordering wordt alleen ingesteld als het gaat om een duidelijke, afgebakende rechtsvraag waarover uiteenlopend is beslist in de rechtspraak. Belangrijk is dat de Procureur-Generaal terughoudend is met het instellen van cassatie in het belang der wet.[498] Evidente misslagen in de rechtspraak, bijvoorbeeld wanneer in strijd met vaste rechtspraak van de Hoge Raad is beslist, worden naar vast beleid niet voorgedragen tot cassatie in het belang der wet. Een verduidelijking dat het om een vergissing gaat, via cassatie in het belang der wet, gaat in dat geval te ver.[499]

---

[494] Dekker & Van den Eshof 2015, p. 108. Dit is al een keer voorgekomen. Zie HR 15 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:25, waarbij sprongcassatie was ingesteld tegen Rb. Zeeland-West-Brabant 16 juli 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:6500 (reeds door ons genoemd in paragraaf 3.3.2.4). Het vonnis van de rechtbank werd uiteindelijk gecasseerd.

[495] Zie ook nog paragraaf 6.5 voor het strafrecht.

[496] Dit zou in beginsel betekenen dat alleen zaken waarin het recht is geschonden zich voor cassatie in het belang der wet lenen. Echter, de Procureur-Generaal die zich wel kan vinden in de bestreden uitspraak, kan toch een voordracht tot cassatie doen. Korthals Altes & Groen noemen in dit verband de 19e-eeuwse A-G Van Maanen die in zijn voordrachten concludeerde dat het beroep hem ongegrond voorkwam maar niettemin requireerde tot vernietiging van de bestreden uitspraak in het belang der wet. Zie Asser Procesrecht/ Korthals Altes & Groen 7 2015/62, noot 3.

[497] Asser Procesrecht/ Korthals Altes & Groen 7 2015/61; Lokin 2015, p. 98. Zie ook Van der Wiel 2011, p. 213-214 en ook Hartlief 2011 die bovendien verwachtte dat de prejudiciële procedure het instrument cassatie in het belang der wet 'de wind uit de zeilen zou nemen'.

[498] Zie www.rechtspraak.nl/Organisatie/Hoge-Raad/OverDeHogeRaad/Bijzondere-taken-HR-en-PG/Pages/Cassatie-in-het-belang-der-wet.aspx, laatst geraadpleegd op 31 maart 2016; Jaarverslag Hoge Raad 2014, p. 53-55, Asser 2011, p. 137, en Van der Wiel 2011, p. 211 die opmerkt hoe weinig het instrument in de 21e eeuw wordt gebruikt in vergelijking met vroegere decennia.

[499] Van der Wiel 2011, p. 211.

Mogelijke redenen waarom de Procureur-Generaal een voordracht afwijst, zijn bijvoorbeeld dat een zaak te feitelijk of zelfs te politiek is. Meer specifiek zal de Procureur-Generaal niet snel naar het middel van cassatie in het belang der wet grijpen als de kwestie al kan rekenen op de aandacht van de wetgever. Als wij kijken naar de meest recente gegevens, die uit het jaarverslag van 2014, dan blijkt dat de meeste verzoeken zijn afgewezen omdat de voordracht niet zag op een zuivere rechtsvraag of omdat de rechtsvraag onvoldoende omstreden was en er dus geen behoefte bestond aan nadere opheldering.[500]

Zaken die zich mogelijk lenen voor cassatie in het belang der wet worden in de praktijk via een daartoe strekkend voorstel onder de aandacht van de Procureur-Generaal gebracht. Sinds 2009 laat de Procureir-G zich voor het maken van een voordracht bijstaan door de Commissie cassatie in het belang der wet.[501] Deze commissie is ingesteld naar aanleiding van de voorstellen van de commissie-Hammerstein (paragraaf 1.2). In haar eerste verslag heeft deze commissie een aantal criteria geformuleerd aan de hand waarvan zij binnengekomen voordrachten beoordeelt.[502] Net als de Procureur-Generaal onderzoekt zij of de voordracht ziet op een rechtsvraag, en gaat de commissie na of er ten aanzien van die vraag sprake is van verdeeldheid in de literatuur en/of de rechtspraak. Ook zal de commissie niet positief adviseren als de voordracht een "foutje' in een individueel geval' betreft, omdat aan de kwestie geen zaaksoverstijgend belang toekomt, of als de betrokken rechtsvraag al kan rekenen op de belangstelling van de wetgever.[503] Opmerkelijk is dat de commissie aangeeft niet snel positief te adviseren in zaken waarbij zogenoemde 'repeat players', professionele procespartijen die regelmatig in de rechtsarena zijn te vinden, betrokken zijn. Die worden geacht zelf goed in staat te zijn om een bepaalde vraag in cassatie voor te leggen indien zij daar belang bij hebben. Ook rechtsvragen die de Hoge Raad vermoedelijk zou moeten 'doorgeven' aan het Hof van Justitie zijn volgens de commissie minder geschikt voor een voordracht omdat het Hof doorgaans niet bereid is om vragen te beantwoorden indien geen der partijen daarbij nog belang heeft. Bij cassatie in het belang der wet is dat procesbelang er per definitie niet (meer). Dit laatste gezichtspunt lijkt vanaf het vierde verslag te zijn losgelaten.[504]

Zoals gezegd delen de prejudiciële procedure en cassatie in het belang der wet hetzelfde doel. Het basisvereiste bij cassatie in belang der wet, namelijk dat het moet gaan om een rechtsvraag die uiteenlopend wordt beantwoord, doet sterk denken aan art. 392 lid 1 onder b Rv, zeker als men beseft dat de commissie-Hammerstein een ruimere toepassing van het instrument van cassatie in het belang der wet heeft bepleit. Ook adviseerde zij om meer mogelijkheden tot tegenspraak in te bouwen, bijvoorbeeld door belanghebbenden de gelegenheid te geven om voordrachten van de Procureur-Generaal te becommentariëren en

---

500 Jaarverslag Hoge Raad 2014, p. 54.

501 Zie www.rechtspraak.nl/Organisatie/Hoge-Raad/OverDeHogeRaad/Bijzondere-taken-HR-en-PG/Pages/Cassatie-in-het-belang-der-wet.aspx, laatst geraadpleegd op 31 maart 2016. De commissie bestaat (op het moment van schrijven) uit R.A.A. Duk, M.M. Olthof en C.E. du Perron.

502 Verslag najaar 2011, p. 9-10. Te raadplegen op https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Hoge-Raad-der-Nederlanden/Over-de-Hoge-Raad/Bijzondere-taken-HR-en-PG/Verslagen/Eerste%20verslag.pdf, laatst geraadpleegd op 31 maart 2016.

503 Omdat de wetgever zich zou buigen over de toekenning van schadevergoeding wegens termijnoverschrijding in civiele zaken heeft de commissie negatief geadviseerd om cassatie in het belang der wet daarover in te stellen. Inmiddels heeft de Hoge Raad in een reguliere cassatieprocedure daarover uitspraak gedaan. Zie HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:736, *NJ* 2014, 525, waarover o.a. Asser Procesrecht/Giesen 1 2015/140 e.v. en 417 e.v.

504 Vierde verslag, p. 2. https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Hoge-Raad-der-Nederlanden/Over-de-Hoge-Raad/Bijzondere-taken-HR-en-PG/Verslagen/vierde%20verslag.pdf, laatst geraadpleegd op 31 maart 2016. Zie ook p. 2 van het laatste, vijfde verslag, https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Hoge-Raad-der-Nederlanden/Over-de-Hoge-Raad/Bijzondere-taken-HR-en-PG/Verslagen/Vijfde%20verslag.pdf, laatst geraadpleegd op 31 maart 2016.

van informatie te voorzien. Deze voorstellen doen direct denken aan de mogelijkheid die art. 393 lid 3 de Hoge Raad verschaft om 'amici curiae' gelegenheid te geven hun zienswijze voor het voetlicht te brengen. Inmiddels heeft de Hoge Raad in een tussenarrest deze bepaling dan ook aangegrepen om de inbreng van derden ook mogelijk te maken bij cassatieprocedures in het belang der wet.[505] De samenloop tussen de instrumenten blijkt ook uit het gegeven dat de Hoge Raad op zijn website tegenwoordig een overzicht publiceert van lopende cassaties in het belang der wet.[506] Dit stelt derden in staat om te beoordelen of zij willen inspreken.[507]

Er zijn echter ook verschillen. Meest prominent is dat een prejudiciële procedure leidt tot een antwoord dat gevolgen kan hebben voor het geval waarover de vraagstellende rechter heeft te beslissen. Vandaar dat partijen ook de gelegenheid hebben om in de eerste plaats te reageren op de vragen zoals geformuleerd door de vraagstellende rechter, en in de tweede plaats om bij de Hoge Raad zelf schriftelijke opmerkingen in te dienen door middel van tussenkomst van een cassatieadvocaat. Waar het antwoord de belangen van de procespartijen kan raken, is dat bij cassatie in het belang der wet niet het geval. Op grond van art. 78 lid 6 RO heeft de procedure geen invloed op hun rechten en plichten; de oorspronkelijke uitspraak tussen partijen blijft staan.

Net als sprongcassatie is cassatie in het belang der wet in de kern een normale cassatieprocedure.[508] De Hoge Raad doet na de voordracht een uitspraak – hij vernietigt de aangevallen uitspraak of verwerpt het middel – en daarmee is de zaak ten einde. Wel apart is dat cassatie in het belang der wet geen procedure op tegenspraak is: de Hoge Raad baseert zijn beslissing in beginsel slechts op het door de Procureur-Generaal ingestelde middel.[509] Inmiddels beperkt de Hoge Raad zich niet tot de input van het Parket: net als in de prejudiciële procedure kunnen derden toestemming krijgen om in te spreken. Los van dit geval van osmose is de opzet van de prejudiciële procedure een compleet andere. Zoals de naam al aangeeft, is een prejudiciële beslissing een beslissing die vooruitloopt op het eindoordeel van de vraagstellende rechter. De vraagstellende rechter kan de gezichtspunten die de Hoge Raad hem heeft verschaft direct in de praktijk brengen, hetgeen ook een impuls geeft aan de rechtsontwikkeling.[510] Lokin wijst er voorts op dat de Hoge Raad, hoewel hij zich in de eerste plaats moet beperken tot de feitelijke gegevens die de vraagstellende rechter hem heeft verstrekt, ook kennis heeft kunnen nemen van de zienswijze van partijen. Bovendien zal het Parket net als bij de reguliere cassatieprocedure eerst een conclusie nemen. De prejudiciële procedure biedt de Hoge Raad meer mogelijkheden voor het verzamelen van feitelijke inbreng dan de cassatie in het belang der wet.[511]

---

[505] HR 6 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1342 (zie voor het eindarrest HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3068, *RvdW* 2014/1203). Vgl. HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AV7405, *NJ* 2008/177 waar de Hoge Raad reeds kennis nam van de opmerkingen van twee advocaten bij de Hoge Raad die wensten te reageren op de voordracht van A-G Huydecoper. Zie over deze laatste uitspraak Giesen 2007a, p. 737-738.

[506] Zie www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Hoge-Raad-der-Nederlanden/Over-de-Hoge-Raad/Bijzondere-taken-HR-en-PG/Paginas/Cassaties-in-het-belang-der-wet.aspx, laatst geraadpleegd op 31 maart 2016.

[507] Vgl. paragraaf 3.3.7.3.

[508] Lokin 2015, p. 98.

[509] Om die reden heeft Asser cassatie in het belang der wet vergeleken met droogzwemmen. Asser 2011, p. 137.

[510] Dit laatste geldt vooral voor gevallen waar de Hoge Raad een gemengd antwoord heeft gegeven. Van de wijze waarop de vraagstellende rechter de verschillende omstandigheden van zijn zaak tegen elkaar afweegt en inpast met inachtneming van de beslissing van de Hoge Raad zal ook een zekere precedentwerking uitgaan, zij het in mindere mate dan van het antwoord zelf.

[511] Lokin 2015, p. 98, en ook Van der Wiel 2011, p. 213 die het bestaan van partijdebat dan ook als een voordeel beschouwt.

Ondanks dat beide procedures qua doelstelling – rechtsontwikkeling en rechtseenheid – elkaar overlappen, is er nauwelijks animo om een daarvan af te schaffen. Zowel de prejudiciële procedure als de cassatie in het belang der wet heeft bestaansrecht, aldus de heersende opvatting. Wel is het zo dat cassatie in het belang der wet (inmiddels) in de schaduw staat van de prejudiciële procedure.[512] Ook het aantal verzoeken dat bij de Commissie cassatie in het belang der wet wordt ingediend, neemt af zoals de commissie opmerkt in haar meest recente verslag.[513] Dat spreekt boekdelen: de jongste loot aan de (rechtsvormende) stam, haalt binnen drie jaar de oudere in. Veelzeggend over de verhouding tussen de cassatie in het belang der wet en prejudiciële procedure is het volgende. In haar tweede verslag positief adviseerde de Commissie cassatie in belang der wet positief over een voordracht die zag op het ingangsmoment van de wettelijke rente bij effectenleasezaken.[514] De Procureur-Generaal heeft dit advies echter niet opgevolgd. Inmiddels is het advies van de commissie met terugwerkende kracht gevindiceerd door een prejudicieel antwoord.[515]

Dat de prejudiciële procedure populairder is, blijkt ook uit de gebruiksintensiteit van de prejudiciële procedure in vergelijking met cassatie in het belang der wet. Volgens de Commissie cassatie in het belang der wet biedt de invoering van de prejudiciële procedure echter geen volledige verklaring voor de afname van het aantal verzoeken tot cassatie in het belang der wet – en dus het aantal ingestelde cassaties in het belang der wet.[516] Los daarvan, zo betoogt de commissie, heeft cassatie in het belang der wet afzonderlijke betekenis omdat, in tegenstelling tot de prejudiciële procedure, niet alleen rechters[517] maar ook anderen de procureur-generaal kunnen verzoeken een zaak voor te dragen voor cassatie in het belang der wet. De commissie wijst er op dat het merendeel van de bij haar ingediende verzoeken niet afkomstig is van rechters maar van andere belangstellenden.[518]

Wij onderschrijven het standpunt van de commissie dat het bestaan van cassatie in het belang der wet als buitengewoon rechtsmiddel nut heeft. Maar voor welke gevallen is dat? Lokin noemt de situatie dat een rechter afziet van het stellen van prejudiciële vragen omdat partijen aangeven daar geen prijs op stellen of dat een voorzieningenrechter de vaart in de zaak wil houden en daarom dus ook maar geen vragen stelt. Als geen enkele partij besluit

---

[512] Lokin 2015, p. 98. In Asser Procesrecht/ Korthals Altes & Groen 7 2015/62 spreken de bewerkers over cassatie in het belang der wet als een 'poor man's alternative' voor de reguliere cassatieprocedure alhoewel zij daar meteen aan toevoegen dat cassatie in het belang der wet waarschijnlijk nooit een hoge vlucht zal nemen. Van der Wiel 2011, p. 214 spreekt zelfs van de vluchtstrook van de rechtsontwikkeling: 'gewaardeerd, maar op goede gronden onbenut'. Anders Hartlief 2011, p. 206 die de instelling van een rechtsvragencommissie naar het voorbeeld van de Engelse *Law Commission* bepleit.

[513] Vijfde verslag, p. 2. Zie https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Hoge-Raad-der-Nederlanden/Over-de-Hoge-Raad/Bijzondere-taken-HR-en-PG/Verslagen/Vijfde%20verslag.pdf, laatst geraadpleegd op 31 maart 2016.

[514] Tweede verslag, p. 2-3, te raadplegen op https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Hoge-Raad-der-Nederlanden/Over-de-Hoge-Raad/Bijzondere-taken-HR-en-PG/Verslagen/Advies%20en%20verslag%20aan%20de%20P-G%20(tweede%20periode).pdf, laatst geraadpleegd op 31 maart 2016.

[515] HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1198, *NJ* 2015/425 (*aanvang wettelijke rente)*.

[516] Een duidelijke reden waarom wordt echter niet gegeven. Zie p. 2 van het vijfde verslag van de commissie.

[517] Wij zouden deze opmerking in zoverre willen relativeren dat het initiatief tot het stellen van een prejudiciële vraag in verreweg de meeste gevallen inderdaad uitgaat van de rechter. Echter, in zes van de 30 gestelde vragen waarbij dit kon worden nagegaan, kwam het initiatief van (één van) de partijen. Zie paragraaf 3.3.2.

[518] Al haast de commissie zich erbij te zeggen dat ook rechters verzoeken indienen tot cassatie in het belang der wet. De commissie heeft zich voorgenomen om – oneerbiedig gezegd – 'reclame te maken' voor het buitengewoon rechtsmiddel bij praktijkbeoefenaren. Daarmee zou zij recht doen aan de aanbeveling van de Commissie Hammerstein om een ruimere toepassing te geven aan het instrument van de cassatie in het belang der wet. Zie p. 3 van het vijfde verslag, https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Hoge-Raad-der-Nederlanden/Over-de-Hoge-Raad/Bijzondere-taken-HR-en-PG/Verslagen/Vijfde%20verslag.pdf, laatst geraadpleegd op 31 maart 2016.

om in hoger beroep of in (sprong)cassatie te gaan, kan tegen die beslissing toch cassatie in het belang der wet worden ingesteld zonder dat dit de posities van partijen raakt.

Korthals Altes en Groen wijzen er bovendien op dat cassatie in het belang der wet meer geschikt is voor eenvoudigere, formele kwesties dan voor materieelrechtelijke breinbrekers.[519] Wij kunnen ons goed voorstellen dat dit juist het soort zaken zijn waardoor partijen zich liever niet laten ophouden maar waarbij in het algemeen wel behoefte bestaat aan een uitspraak van de Hoge Raad. Als een kwestie dermate klein en formeel is dat die te ver afligt van het eigenlijke geschil van partijen, dan zullen partijen ook niet snel geneigd zijn om zelf in cassatie te gaan. Dergelijke kinken in de kabel zouden zonder cassatie in het belang der wet als hinderlijke kiezelsteentjes achterblijven voor toekomstige gevallen.

Een goed voorbeeld is wat ons betreft het verzoek om cassatie in het belang der wet in stellen om duidelijkheid te verkrijgen over de vraag of art. 4:209 lid 1 BW zo moet worden uitgelegd dat steeds gekozen moet worden tussen óf een kosteloze vereffening van de nalatenschap óf de opheffing van de vereffening zelf. Volgens de commissie cassatie in het belang der wet gaat her hier om een situatie waarvan het financieel belang te beperkt om daarover door te procederen. Daarnaast is het praktisch belang volgens onder meer KNB niet al te groot, maar binnen de praktijk wordt wel verschillend over het antwoord gedacht. Vanwege deze verdeeldheid en de vanzelfsprekende verwachting dat er altijd kleine nalatenschappen zullen zijn die moeten worden vereffend, heeft de commissie de procureur-generaal geadviseerd om een vordering in te stellen tot cassatie in het belang der wet.

3.7.4 De proefprocedure

Zo nu en dan worden er proefprocedures gevoerd (denk aan de tabakszaak[520]), waarvan sommige – ook voor de inwerkingtreding van de Wet prejudiciële vragen - de Hoge Raad hebben bereikt. Met name in het insolventierecht komen proefprocedures tussen de *repeat players* in insolventies – banken, curatoren en de Ontvanger – regelmatig voor.[521] Maar los van het gegeven dat iets een proefprocedure is (in feite: omdat die zo genoemd wordt door een der partijen),[522] is er geen enkel verschil met regulier procederen. Misschien zijn er meerdere formele procespartijen bij betrokken, maar dat hoeft niet en dat maakt zo'n zaak ook niet minder regulier.

Relevant is nog wel de navolgende opmerking van de Hoge Raad:[523]

> '4.1 De onderhavige zaak betreft een geschil over een effectenlease-overeenkomst en is door partijen in cassatie als een proefprocedure opgezet. Daarmee is beoogd een zo groot mogelijke precedentwerking voor andere soortgelijke geschillen te verkrijgen. Daarbij past reeds direct de kanttekening dat bij de beoordeling van geschillen omtrent effectenleaseproducten uiteindelijk in individuele zaken niet in onbeperkte mate kan worden geabstraheerd van de omstandigheden van het geval, waaronder de aard van het desbetreffende product, de wijze waarop dit is aangeboden en de persoonlijke omstandigheden van de afnemer van het product.
> Niettemin zal de Hoge Raad, met inachtneming van dat voorbehoud, met het oog op een praktische, efficiënte en zo mogelijk uniforme beoordeling van de grote aantallen

[519] Asser Procesrecht/ Korthals Altes & Groen 7 2015/62.
[520] Rb. Amsterdam 17 december 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BG7225, *NJ* 2009, 311.
[521] Zie voor voorbeelden Beekhoven van den Boezem & Van den Bosch 2015.
[522] Soms is dat aanleiding om bij de proceskostenveroordeling af te wijken van de hoofdregel dat de verliezer betaalt omdat partijen daarover afspraken hebben gemaakt. Zie bijv. Rb. Midden-Nederland 30 januari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ0341, rov. 4.6.
[523] HR 29 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, *NJ* 2012/182 (*De Treek/Dexia*). Zie Frenk 2011, p. 123-125.

> geschillen omtrent andere effectenlease-overeenkomsten, zowel ter zake van aflossingsproducten als ter zake van restschuldproducten, hierna in een algemene beschouwing ingaan op het verband tussen de zorgplicht en de schadevergoeding ingeval aan die zorgplicht niet is voldaan. Daarmee wordt niet een instructie gegeven voor de verdere behandeling van dit soort geschillen, maar slechts een handreiking aan de praktijk voor de beslechting ervan.'

Deze 'special feature' van de proefprocedure, hoe ingeperkt ook ('slechts een handreiking'), ziet echter vooral op de mogelijke 'rechtsgevolgen' van zo'n procedure buiten de geijkte kaders (gezag van gewijsde tussen partijen), eens die doorlopen is, maar doet niets af aan het gegeven dat het voordien een reguliere procedure is. Het is dus (enkel) de principiële insteek die een proefprocedure doet onderscheiden van een reguliere procedure. Aan nut en noodzaak of wenselijkheid van de prejudiciële procedure kan dit instrument dus niets nieuws toevoegen of afdoen, en daarom gaan we er verder aan voorbij in dit rapport.

Zoals gezegd verschilt een proefprocedure, afgezien van de principiële insteek, in beginsel niet van een reguliere (cassatie)procedure. Echter, een proefprocedure is niet het ideale vehikel voor het voorleggen van rechtsvragen. Hoe lastig het is om op 'de ouderwetse manier' een rechtsvraag bij de Hoge Raad te krijgen wordt op kleurrijke wijze door Steneker omschreven.[524] Hij geeft als voorbeeld het eigendomsvoorbehoud: het veld is al lange tijd benieuwd naar de precieze goederenrechtelijke constructie van deze figuur.[525] Partijen kunnen bijvoorbeeld gaan procederen om meer te weten te komen over de goederenrechtelijke status van een geldig overeengekomen eigendomsvoorbehoud. Maar als de rechter de leveranciersvoorwaarden zo uitlegt dat partijen überhaupt geen eigendomsvoorbehoud zijn overeengekomen dan is de proefprocedure definitief ontspoord.[526] In cassatie kan tegen deze uitleg van de voorwaarden niet worden opgekomen met een rechtsklacht. Kortom, aan rechtsvorming middels een proefprocedure zitten de nodige haken en ogen.

De meerwaarde van de prejudiciële procedure ten opzichte van de cassatieprocedure laat zich illustreren aan de hand van de procedures over het overwaarde-arrangement. De Rechtbank Midden-Nederland vroeg de Hoge Raad of het zogenoemde overwaarde-arrangement ook vorderingen op de failliet dekt die na faillissement zijn ontstaan.[527] Die vraag werd later eveneens aan de orde gesteld in een sprongcassatie.[528] Als beide – op dezelfde dag gepubliceerde – uitspraken naast elkaar worden gelegd, valt op dat de Hoge Raad in de prejudiciële procedure uitgebreid antwoord geeft, terwijl hij in de reguliere cassatie een in vergelijking 'smal' arrest wijst. De Hoge Raad kon ook niet anders. In de uitspraak waartegen sprongcassatie was ingesteld, had de rechtbank beslist dat de regresvordering die door het overwaarde-arrangement moest worden gedekt, al voor het faillissement was ontstaan. De meer fundamentele vraag of ook regresvorderingen ontstaan

---

[524] Steneker 2015, p. 174-176.

[525] Zonder pretentie van volledigheid, zie bijvoorbeeld Verstijlen 2007, p. 824-829. Mede hierom is het zo teleurstellend dat het Hof Den Haag in de zaak Rabobank/Reuser q.q. heeft geweigerd om vragen over het eigendomsvoorbehoud te stellen ondanks het verzoek daartoe van de bank. Zie Hof Den Haag 2 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:4352, *JOR* 2015/53 (*Rabobank/Reuser q.q.*), r.o. 3.3 genoemd in paragraaf 3.3.2.3. De bank is wel in cassatie gegaan.

[526] Zie bijvoorbeeld HR 28 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3460, *JOR* 2015/26 *(Snippers q.q./Rabobank*), waar het hof had beslist dat het eigendomsvoorbehoud voor faillissement was geëindigd en dat op het onder eigendomsvoorbehoud te leveren goed reeds een pandrecht was gevestigd. Het conflict tussen eigendomsvoorbehoud en pandrecht in faillissement kon bij de Hoge Raad dus niet meer aan de orde worden gesteld.

[527] HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3023, *RvdW* 2015/1123 (*overwaarde-arrangement)*.

[528] Zie HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3094, *RvdW* 2015/1124. De prejudiciële procedure werd om die reden aangehouden. Zie paragraaf 3.3.7.

na faillissement onder de dekking van het overwaarde-arrangement vallen, kon in cassatie dus niet aan de orde worden gesteld. Het enige wat de Hoge Raad nog kon doen was verwijzen naar zijn prejudiciële beslissing van diezelfde dag.[529]

Interessant nog om op te merken over het antwoord over het overwaarde-arrangement, is dat precies dezelfde rechtsvraag – dekt een voor het faillissement gevestigd zekerheidsrecht ook vorderingen van de zekerheidshouder op de schuldenaar die zijn ontstaan na het faillissement van die laatste – reeds eerder had kunnen worden opgeworpen in een reguliere cassatieprocedure. Het middel stelde deze vraag echter niet aan de orde en daardoor was de mond van de Hoge Raad gesnoerd.[530] Kortom, waar twee cassatieprocedures schipbreuk leden, heeft de prejudiciële procedure uitkomst geboden.

De prejudicële procedure is daarnaast goedkoper. In plaats van drie instanties, volstaat een gang naar de rechtbank om een prangende rechtsvraag bij de Hoge Raad te (kunnen) krijgen. Dat scheelt met name in insolventiezaken waar op kosten van de failliete boedel wordt geprocedeerd door de curator, zeker nu het aantal boedelfaillissementen toeneemt.[531]

De prejudiciële procedure is dus een mooi vehikel voor zaken die als doel hebben om duidelijkheid over een bepaalde rechtsvraag te verkrijgen. Immers in plaats van drie instanties te doorlopen kunnen partijen meteen in eerste instantie een (eenstemmig) voorstel doen tot het stellen van vragen. Daarmee vermijden zij meteen het risico dat 'hun' rechtsvraag ontspoort door een processuele hobbel. Aldus maakt de prejudiciële procedure mogelijk dat partijen snel een oordeel van de Hoge Raad krijgen, zonder dat zij daarbij het eindoordeel van de een of meer feitenrechters hoeven af te wachten. Het laten stellen van een prejudiciële vraag in een proefprocedure is bovendien kostenbesparend, zeker in kleine zaken en, zoals gezegd, zaken op het gebied van het insolventierecht. Wel blijft staan dat het proefproces als zodanig een reguliere procedure is en er dus wat dat betreft niets speciaals is. De prejudiciële procedure biedt wel een welkome stroomlijning voor de echte proefprocedure die bovendien goedkoop is en het afbreukrisico beperkt.

3.7.5 De versnelling van belangwekkende zaken in de gehele rechterlijke kolom

Het komt voor dat in een zaak dermate grote maatschappelijke belangen spelen, dat wordt besloten om die zaak versneld te behandelen. Het Nederlandse voorbeeld bij uitstek is de ABN Amro-beschikking.[532] Het verzoekschrift werd op 27 april 2007 ingediend bij de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam dat kort daarna op 3 mei 2007 uitspraak deed. Op 15 mei 2007 werd vervolgens cassatieberoep ingesteld, waarna de A-G Timmerman een uitzonderlijk uitgebreide conclusie nam iets meer dan een maand later. De Hoge Raad deed uiteindelijk uitspraak op 13 juli 2007. In totaal werden twee instanties in minder dan drie maanden doorlopen. Dat is ongeëvenaard, althans in Nederland.[533]

---

[529] R.o. 4.1.

[530] HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ5663, *NJ* 2013/421. Kennelijk voelde de Hoge Raad zich niet geroepen buiten de middelen te treden zoals hij wel deed in HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:689, *NJ* 2015/264. Een mogelijke verklaring is dat hij in het laatste geval in een betrekkelijk eenvoudige regel van overgangsrecht kon voorzien zonder afbreuk te doen aan de belangen van de wederpartij.

[531] Zie randnrs. 3.2-3.5 van de conclusie van A-G Timmerman voor HR 18 december 2015 ECLI:NL:HR:2015:3636, *RvdW* 2016/95 (*verzet door curator).*

[532] HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7970, *NJ* 2007/434. De Jong 2011, par. 3.3.1, noemt de ABN Amro-beschikking ook als voorbeeld.

[533] Jongbloed 2015, p. 94 maakt gewag van een geschil naar aanleiding van de Engelse kolenstakingen. Daar werden in een luttele acht dagen drie instanties doorlopen met als eindpunt het House of Lords.

Als het echt snel moet, kan de Hoge Raad plankgas geven. Het rolreglement van de Hoge Raad voorziet dan ook in een spoedbehandeling in reguliere cassaties. Indien partijen het eens zijn over de noodzaak van een verkorte behandeling kunnen zij dit aan de Hoge Raad kenbaar maken. Zij dienen dan hun schriftelijke toelichting wel aanstonds in de dagvaarding onderscheidenlijk de conclusie van antwoord op te nemen. Het Parket zal dan bij vervroeging conclusie nemen en de Hoge Raad zal zich inspannen om zo snel mogelijk een beslissing te nemen (art. 17.1 rolreglement).[534] Ook op verzoek van een der partijen kan de rolraadsheer beslissen dat de termijn voor schriftelijke toelichting wegens 'bijzondere omstandigheden die tot spoed nopen' zal worden verkort (art. 17.2 rolreglement). Indien de rolraadsheer hiertoe beslist zullen zowel het Parket als Raad een versnelling hoger schakelen.

Dit is echter wel bij hoge uitzondering; een ander Nederlands voorbeeld dan de ABN Amro-beschikking is ons niet bekend. We gaan ervan uit dat er hier tevoren afspraken zijn gemaakt, maar tussen wie en waarover precies is niet bekend, en of dat ad hoc afspraken zijn of eerder lange termijn-afspraken, is ook niet bekend geworden.

Ongetwijfeld geeft de prejudiciële procedure een impuls aan de snelheid waarmee een belangwekkende rechtsvraag kan worden beantwoord en de zaak kan worden beslecht. Zie de gegevens daarover in paragraaf 3.3.9. Indien een zaak draait om een juridisch punt, kan de Hoge Raad naar aanleiding van een vraag daarover snel duidelijkheid verschaffen.[535] Het is zelfs denkbaar dat partijen na dit antwoord het geschil schorsen en de zaak in den minne regelen.[536] Dit zal echter niet steeds het geval zijn.[537] Bij bijvoorbeeld een gemengd antwoord[538] zal de zaak in een meer feitelijk licht komen te staan en over de feiten kunnen partijen nog doorprocederen, ook tot aan de Hoge Raad door middel van een motiveringsklacht. Een prejudicieel antwoord kan dus aan snelheid van berechting bijdragen, maar een vast gegeven is dit niet. In zoverre kunnen informele afspraken om snelheid te betrachten, zeer nuttig zijn. Omdat het hier om uitzonderlijke zaken gaat (zaken op leven en dood, naar wij aannemen) doen dergelijke afspraken niet tot nauwelijks af aan het nut en de noodzaak van de prejudiciële procedure. Overigens realiseren wij ons dat de prejudiciële procedure niet voor alle zaken met een groot maatschappelijk belang een uitkomst biedt. Zaken die kunnen rekenen op de belangstelling van het grote publiek doen dat niet steeds omdat de rechtsvraag zo spannend is. Geregeld zijn deze geschillen vooral feitelijk van aard. Zeker in het strafrecht is dat een relevante categorie zaken. Daarop heeft de prejudiciële procedure geen antwoord, maar aan de andere kant: daarvoor is deze procedure vorm ook niet gecreëerd en kan deze dus niet daarop worden afgerekend.

3.8 Afronding

De wetgever is benieuwd naar de mogelijkheid om de civielrechtelijke regeling uit te breiden naar het strafrecht. Vanuit de Tweede Kamer is daar immers om gevraagd.[539] Daarnaast heeft het ministerie van Financiën, daarop vooruitlopend, besloten om de regeling in elk geval in fiscale zaken te gaan benutten. Uit beide aspecten kan alvast worden afgeleid dat

[534] Voor rekestzaken zie art. 16 van het reglement rekestzaken. Blijkens art. 16.2 worden Bopz-, kinderontvoerings-, bewinds-, faillissements-, WSNP- en ondertoezichtstellingszaken naar hun aard in ieder geval versneld behandeld. Uitstel wordt in die zaken in beginsel niet verleend en partijen moeten uiterlijk binnen veertien dagen na indiening van het verzoekschrift onderscheidenlijk het verweerschrift het procesdossier fourneren.

[535] Alhoewel de doorlooptijden van de tot nu toe beantwoorde prejudiciële vragen niet in de buurt komen van die van de zaak ABN Amro. Zie paragraaf 3.3.9.

[536] Aldus ook De Jong 2011, in par. 3.3.1.

[537] Zie paragraaf 3.4.

[538] Die overigens nog maar een kleine minderheid vertegenwoordigen. Zie paragraaf 3.3.10.

[539] *Kamerstukken II* 2014/2015, 34000 VI, 29.

het instrument van de prejudiciële vragen in elk geval de nodige merites moet hebben.[540] En dat klopt ook, in elk geval voor civiele zaken, wat ons betreft, zo bleek uit het voorgaande.

Zo wijzen we er, concluderend, op dat de ontwikkeling van het privaatrecht geprofiteerd heeft van de regeling: de rechtsvorming is gestimuleerd, zoals we al zagen in paragraaf 3.5, net als de rechtseenheid en rechtszekerheid, voor zover dat te bepalen is. Uiteraard is niet zeker of dezelfde zaken niet ook op enige moment langs reguliere weg bij de Hoge Raad zouden zijn gekomen, en dus langs die weg dezelfde rechtsvormende resultaten ook zouden zijn bereikt, maar de betreffende zaken zijn er nu in elk geval eerder gekomen, en dat is al winst op zich.

Voor zover zo vroeg na invoering van de Wet prejudiciële vragen kan worden overzien, is de regeling in het privaatrecht, gegeven onze literatuurstudie en rechtspraakanalyse, dus succesvol genoeg om ermee door te gaan. Of dat ook moet of kan betekenen dat een uitbreiding naar elders in het verschiet ligt, laten wij nog even in het midden. Het antwoord op die vraag hangt immers van verschillende andere gegevens en factoren af.[541] Bovendien is onze analyse nog niet compleet, want er zijn nog een aantal juridisch-empirische vragen op te helderen, die wellicht ander of nieuw licht werpen op de hoofdvraag van dit onderzoek. Deze bevindingen en de analyse daarvan volgen in het aankomende hoofdstuk.

[540] Vgl. in dit verband Huls 2015, p. 491.
[541] Zie alvast nader en uitvoerig Kristen 2011, alsmede Knigge 2015, doch m.n. hoofdstuk 6 en verder hierna.

4. Empirische analyse van de wettelijke regeling

4.1 Introductie

Het onderhavige kwalitatief empirisch hoofdstuk verhaalt over en analyseert de ervaringen van enkele betrokken professionals met de prejudiciële vragen-regeling. Nadat, in aanvulling op paragraaf 1.6, nog de methodologische kwestie van de selectie van geïnterviewden besproken is, zie hierna paragraaf 4.2, komen vanaf paragraaf 4.3 onze bevindingen uit de interviews aan de orde, in de volgorde zoals aldaar nader toegelicht. Op hoofdlijnen bespreken we de bevindingen aan de hand van de navolgende, in de interviews al onderscheiden thema's: de ervaringen van de betrokkenen met de prejudiciële vraagprocedure en de verdere afwikkeling van het geschil, rechtsvorming, rechtszekerheid en rechtseenheid, praktische effecten van de prejudiciële procedure (zoals werklast en kosten), en tot slot de toekomst van de regeling.

4.2 Methodologie: selectie van de geïnterviewden

In aanvulling op hetgeen in paragraaf 1.6 in het algemeen over de door ons gevolgde aanpak en methode is opgemerkt, bespreken wij hier nog kort de gehanteerde wijze van selectie van de te interviewen personen.

Ten tijde van de afronding van het civielrechtelijke kwalitatief empirisch gedeelte[1] zijn, voor zover bekend,[2] 45 personen als advocaat of gemachtigde bij een prejudiciële procedure betrokken geweest. In totaal zijn uit die groep zestien advocaten geïnterviewd. Deze advocaten zijn door middel van een random selectie geselecteerd. Om een zo volledig mogelijk beeld van de ervaringen van de betrokken advocaten te krijgen, hebben we ernaar gestreefd om een gelijk aantal advocaten die eisers/verzoekers én die gedaagden/verweerders in een prejudiciële vraagprocedure hebben bijgestaan, te benaderen. Ook is ernaar gestreefd om advocaten te vinden die betrokken zijn geweest bij een reeds afgeronde vraagprocedure.[3] Beide wensen bleken niet helemaal vervulbaar. In totaal zijn twee advocaten geïnterviewd waarvoor gold dat de procedure ten tijde van het interview nog niet geheel was afgerond, en we spraken met negen advocaten (in plaats van acht) die aan de eisende/verzoekende kant stonden en met zeven advocaten aan de kant van de gedaagden/verweerders.

Op het moment van afronding van de (planning van de) interviews zijn in totaal 54 rechters betrokken geweest bij een prejudiciële vraagprocedure.[4] Er zijn in totaal elf interviews met rechters bij rechtbanken en hoven afgenomen. Ook de rechters zijn random geselecteerd. Om een enigszins evenredige afspiegeling te krijgen,[5] is er wel voor gekozen om een derde van de interviews af te nemen met raadsheren bij hoven en twee derde met rechters bij rechtbanken.[6] Het uitgangspunt dat rechters die bij een afgeronde procedure betrokken zijn geweest, zouden worden benaderd, is één keer losgelaten. In de onderzoeksopzet was

---

1 Dat was op 7 januari 2016.

2 In sommige gevallen vielen de advocaten of gemachtigden niet te achterhalen, bijvoorbeeld omdat het vraagstellende vonnis niet is gepubliceerd (bijvoorbeeld in HR 26 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162 (*bereik aansprakelijkheid voor dieren*)). Daarnaast bleek dat soms een andere advocaat vermeld stond op het vonnis dan de advocaat die in werkelijkheid de zaak inhoudelijk heeft behandeld. Sommige advocaten hebben ons doorgestuurd naar hun collega.

3 Dat wil zeggen een procedure waarin de Hoge Raad prejudicieel heeft beslist.

4 Ook hier was in een enkel geval de vraagstellende rechter niet te achterhalen omdat het vonnis niet is gepubliceerd.

5 Evenredig aan de verhouding tussen het aantal vragen dat afkomstig is van rechtbanken en van hoven.

6 Omdat in de onderzoeksopzet was voorzien in tien rechters, is uiteindelijk ervoor gekozen om zes rechters en vier raadsheren te interviewen.

voorzien om tien rechters te interviewen. Eén rechter heeft zich echter uit eigen beweging bij ons gemeld om te worden geïnterviewd. Deze rechter is voorzitter van de sectie kanton bij een rechtbank, maar was ten tijde van het interview niet als vraagstellende rechter betrokken geweest bij een specifieke prejudiciële procedure. Vanwege zijn zicht op de praktische implicaties en neveneffecten van verschillende prejudiciële vragen en antwoorden en de communicatie tussen diverse rechterlijke instanties over het (mogelijk) stellen van prejudiciële vragen, is ervoor gekozen om hem als extra (elfde) rechter te interviewen.

In totaal zijn drie cassatieadvocaten die betrokken zijn geweest bij één of meerdere prejudiciële vraagprocedures, geïnterviewd. De cassatieadvocaten zijn eveneens willekeurig geselecteerd. Het perspectief van de cassatieadvocatuur is meegenomen omdat daar naar verwachting veel kennis te vinden is over de regeling en over de impact op de rechtsvorming, zeker in verhouding tot de alternatieve instrumenten voor rechtsontwikkeling, zoals sprongcassatie.

Er hebben in totaal vier interviews plaatsgevonden met raadsheren bij de Hoge Raad. Het blijkt dat vrijwel alle raadsheren ongeveer evenveel zaken officieel hebben mee beantwoord. Met de wetenschap in het achterhoofd dat alle raadsheren bovendien alle zaken intern mee behandeld hebben, is er toen voor gekozen om twee 'senior' en twee 'junior' raadsheren (qua dienstjaren binnen de Hoge Raad) te interviewen. Daardoor zijn raadsheren geïnterviewd die ervaring hebben van vóór de invoering van de wet en raadsheren die alleen ervaring hebben met de situatie ná invoering. Op verzoek van het Parket bij de Hoge Raad zijn ook nog interviews afgenomen met twee advocaten-generaal. De twee advocaten-generaal die op het moment van uitnodiging de meeste conclusies hadden genomen in prejudiciële vraag-zaken, zijn vervolgens door het onderzoeksteam benaderd.

4.3 De bevindingen

De bevindingen ten aanzien van het eerste in de semigestructureerde interviews behandelde thema, de ervaringen van de betrokkenen met de prejudiciële vraagprocedure in het geschil (of in sommige gevallen: de geschillen) waarbij de geïnterviewden betrokken zijn geweest, worden hieronder beschreven aan de hand van de verschillende fasen die een prejudiciële vraagprocedure omvat. We vangen aan met de ervaringen van de betrokkenen met (de procedure en) de beslissing om een prejudiciële vraag te stellen (paragraaf 4.4). Vervolgens behandelen we de fase waarin de prejudiciële vraag wordt geformuleerd en gesteld (paragraaf 4.5) Nadat de vraag is gesteld, zijn het Parket en de Hoge Raad aan zet. We behandelen de ervaringen van de betrokkenen met de inrichting van de behandeling van de prejudiciële vraag bij de Hoge Raad (paragraaf 4.6) en hun ervaringen met het door de Hoge Raad gegeven antwoord (paragraaf 4.7). De laatste fase betreft de afwikkeling van het geschil na beantwoording van de vraag door de Hoge Raad (paragraaf 4.8).

Nadat de ervaringen van de betrokkenen met betrekking tot deze fasen van de prejudiciële procedure zijn uiteengezet, komen de ervaringen van de geïnterviewden met betrekking tot de andere algemene thema's aan de orde. We behandelen de (mogelijke) bijdrage van de prejudiciële procedure aan rechtsvorming door de Hoge Raad (paragraaf 4.9) en aan rechtszekerheid en rechtseenheid (paragraaf 4.10). Vervolgens komen de mogelijke praktische effecten van een prejudiciële procedure (denk aan de kosten, werklast en neveneffecten voor de rechtspleging) aan de orde (paragraaf 4.11). Afgesloten wordt met een conclusie, waarin de algemene perceptie van de geïnterviewden over het (toekomstige) functioneren van de regeling wordt samengevat. Ook komen daar enkele aandachtspunten voor mogelijke aanpassing van de regeling aan bod (paragraaf 4.12).

4.4 De beslissing om een vraag te stellen

4.4.1 Behoefte aan duidelijkheid in de rechtspraktijk

Uit de interviews is naar voren gekomen dat aan de formele beslissing tot het stellen van een prejudiciële vraag in een concrete procedure, veelal via allerlei (officiële en inofficiële) kanalen een communicatief proces vooraf gaat waarmee helder wordt dat er in de rechtspraktijk behoefte bestaat aan (nadere) duidelijkheid over een bepaalde rechtsvraag. Potentiële vragen worden bijvoorbeeld rondgemaild of in LOVCK-verband besproken. Op enig moment wordt deze behoefte tot het verkrijgen van duidelijkheid in een concrete procedure vertaald in de formele beslissing van de rechter tot het stellen van een prejudiciële vraag. Het initiatief hiervoor kan zowel van de rechter als van de partijen afkomstig zijn.[7] Hieronder behandelen we eerst de afwegingen die rechters aangeven te maken bij het al dan niet stellen van een prejudiciële vraag. Vervolgens komen de mogelijke afwegingen van partijen aan de orde om al dan niet een prejudiciële vraagprocedure te initiëren. Daarna wordt aandacht besteed aan eventuele bezwaren die door partijen zijn aangedragen tegen het stellen van een prejudiciële vraag. Ook wordt besproken hoe in de ogen van de geïnterviewden met deze bezwaren is omgegaan. Maar voordien rijst eerst de vraag of er wel een behoefte bestaat een vraag te stellen.

4.4.2 Bekendheid met de behoefte aan duidelijkheid

De behoefte aan duidelijkheid over een bepaalde rechtsvraag kan op verschillende manieren bekend worden bij een feitenrechter, zo blijkt uit de gesprekken.[8] Ten eerste kunnen rechters via informele en formele overlegstructuren binnen én tussen de rechtbanken en hoven bekend worden met onduidelijkheden. Zo bespreken rechters in verschillende overlegstructuren (volgens een geïnterviewde rechter: met name kantonrechters via het LOVCK) problemen waarin zij in hun dagelijkse praktijk tegenaan (zouden kunnen) lopen en bekijken zij de wenselijkheid en mogelijkheid om, wanneer zich een geschikte procedure aandient, een prejudiciële vraag te stellen. Zo leerde een rechter ons dat ten aanzien van het nieuwe arbeidsrecht ongeveer vijftig potentiële prejudiciële vragen zijn bedacht. Ook kan de behoefte tot duidelijkheid zichtbaar worden door tegenstrijdige gerechtelijke uitspraken van de gerechten en/of rechtbanken, zoals het geval is geweest in zaken over de alleenstaande ouderkop in alimentatiezaken, of doordat er intern onenigheid bestaat over de te hanteren aanpak. Eveneens kan een discussie in de literatuur de bestaande onduidelijkheid zichtbaar maken. Ook kunnen rechters zicht hebben op de behoefte aan duidelijk via verstekzaken die zich vaak voordoen, maar waarin niet of zelden door wordt geprocedeerd. Ten slotte hebben enkele rechters aangeven dat kennis en intuïtie ook van groot belang zijn bij de inschatting of de rechtspraktijk behoefte heeft aan een prejudicieel antwoord van de Hoge Raad.

4.4.3 Afwegingen aan de zijde van de rechter om een vraag te stellen

Als helder is dat er een behoefte bestaat om een bepaalde rechtsvraag op te klaren, is de rechter er nog niet. De rechter zal dan moeten afwegen of de voorliggende zaak geschikt is om als basis voor een vraag aan de Hoge Raad te dienen. Een eerste algemeen punt dat in dit verband door sommige geïnterviewde feitenrechters is aangestipt, is dat het feit dat er onduidelijkheid bestaat over een (moeilijke) rechtsvraag, *an sich* geen reden vormt om de rechtsvraag in een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad voor te leggen.[9] Een belangrijke oorzaak voor deze terughoudendheid kan erin zijn gelegen dat, aldus een feitenrechter, de

---

7 In de meeste gevallen komt het initiatief om een prejudiciële vraag te stellen van de rechter. Zie paragraaf 3.3.2.

8 Zie hierover ook de analyse van paragraaf 3.3.3 onder 'wanneer stellen de rechters de vragen'.

9 Die 'vrees' leefde eerst wel. Zie bijvoorbeeld paragraaf 3.3.3.3.

Hoge Raad bij de eerste paar te beantwoorden vragen al meteen 'een drempel heeft opgeworpen tegen het al te makkelijk stellen van vragen.'[10] Een andere rechter beaamt dit en gaf aan, mede als gevolg van deze beslissing(en) van de Hoge Raad 'eerder te gaan kijken of men niet zelf moet beslissen.'

Maar er zijn ook inhoudelijke redenen waarom rechters niet te snel prejudiciële vragen willen stellen. Prejudiciële vragen zijn in de ogen van meerdere feitenrechters de krenten uit de juridische pap: 'ik heb wel eens iemand (lees: een andere feitenrechter) gesproken die zei: oh, een prejudiciële vraag stellen zou ik echt nooit doen, dat is toch leuk om zo'n vraag zelf te beantwoorden.' Meerdere feitenrechters hebben aangegeven de desbetreffende prejudiciële vraag graag zelf te hebben willen beantwoorden. Daarbij kan ook de taakopvatting van de rechter van belang zijn. Rechters 'zijn er om te beslissen, niet om vragen te stellen en/of wetenschappelijke discussies te voeren', aldus een rechter.[11] De beslissing om in een concrete procedure (partijen voor te leggen) een prejudiciële vraag te stellen, hangt voor meerdere geïnterviewde rechters dan ook sterk samen met de mate waarin (één van de) partijen er belang bij hebben (heeft) dat de Hoge Raad zich snel uitlaat over de desbetreffende rechtsvraag.[12] Men kan een zaak hebben waar een spoedeisend belang in het geding is, waardoor men denkt: 'ik ga niet een half jaar wachten, ik spreek het gewoon uit, partijen moeten nu gewoon een antwoord hebben.' Daarbij kan tevens het aspect van de kosten en de (extra) duur van de procedure van belang zijn. Dit zou met name een rol kunnen spelen indien partijen belang hebben bij een snelle afwikkeling van het geschil, bijvoorbeeld in ontbindingszaken. Als dat naar de mening van de betrokken rechter(s) het geval is, wacht men op het moment dat zich een geschikte(re) procedure aandient waarin de vraag wél kan worden gesteld. Zo is meerdere keren aangegeven dat vooraf intern, al dan niet in overleg met andere gerechten, was afgestemd dat een bepaalde prejudiciële vraag zou worden gesteld en dat vervolgens is gewacht op een geschikte zaak waarin de desbetreffende vraag echt van belang was voor het voorliggende geschil. Zo gaf een rechter aan 'het oneigenlijk te vinden om iemand een half jaar te laten wachten op een uitspraak van de Hoge Raad, die er in zijn zaak eigenlijk niet toe doet.' In dit geval bestond er echter wel de behoefte om een prejudiciële vraag over de problematiek te stellen, maar heeft men gewacht op een 'kwestie die zich er goed voor leende.' Het voorgaande zou zich onder meer hebben voorgedaan bij de prejudiciële vragen over de inbewaringstelling op grond van de Wet BOPZ[13] en over de voorwaarden waaraan moet worden voldaan alvorens iemand die persoonlijk failliet is verklaard, tot de schuldsanering kan worden toegelaten.[14]

Sommige rechters geven daarnaast aan dat bij hun beslissing om al dan niet een prejudiciële vraag te stellen, van belang is in hoeverre reeds 'discoursvorming' ten aanzien van de desbetreffende rechtsvraag bij de verschillende rechtbanken en hoven heeft plaatsgevonden, of naar verwachting gaat plaatsvinden. Zoals nader wordt besproken in paragraaf 4.9.6, is het bestaan van tegenstrijdige uitspraken op zichzelf een valide reden om een prejudiciële vraag te stellen. Aan de andere kant geven sommige rechters aan

---

[10] Er is geen concrete beslissing genoemd, maar waarschijnlijk wordt gedoeld op HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3958, *NJ* 2013/353 (*ipr-doorbraak*) en HR 31 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1614, *NJ* 2013/321 (*assurantieportefeuille*).

[11] Dit verschil kan bijvoorbeeld ten grondslag liggen aan het feit dat de vraag of een medebezitter van een dier op grond van art. 6:179 BW aansprakelijkheid jegens de andere medebezitter(s) aansprakelijkheid kan zijn voor de schade die is berokkend door dat dier, door de rechtbank Den Haag is beantwoord (Rb. Den Haag 4 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2443) en door de Rechtbank Noord-Holland als prejudiciële vraag aan de Hoge Raad is voorgelegd (HR 26 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162 (*bereik aansprakelijkheid voor dieren*)

[12] Die gedachte ligt ook ten grondslag aan HR 31 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1614, *NJ* 2013/321 (*assurantieportefeuille*). Zie ook art. 392 lid 1 Rv. Zie hierover ook paragraaf 3.4.5.

[13] HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2747 (*BOPZ-onderzoek*).

[14] HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:589 (*omzetting faillissement*).

terughoudend te zijn met het stellen van vragen waarover nog geen rechtbank of hof zich heeft uitgelaten. Deze rechters geven aan er waarde aan te hechten dat eerst 'discoursvorming' plaatsvindt, alvorens een prejudiciële vraag te stellen: 'als we er echt niet zelf uitkomen, dan maar naar de Hoge Raad'. Ten slotte merkte een rechter nog op dat de samenstelling van de kamer ook enige invloed kan hebben op de beslissing om een vraag te stellen. In een meervoudige kamer zou, althans bij het gerecht van de betrokkene, namelijk de praktijk zijn dat gestreefd wordt naar een unanieme beslissing; lukt dat niet, dan wordt er dus geen vraag gesteld.

Al met al ontstaat het beeld dat rechters, in ieder geval naar eigen zeggen, bewust omgaan met de mogelijkheid om een prejudiciële vraag te stellen. Men dient zich er in dit verband evenwel van bewust te zijn dat deze antwoorden tot op bepaalde hoogte sociaal wenselijke antwoorden kunnen zijn. Men mag bijvoorbeeld aannemen dat feitenrechters niet snel zullen antwoorden dat de prejudiciële vraagprocedure een gemakkelijk instrument is om van een (te) moeilijke rechtsvraag af te komen. Daarom is van belang dat de geïnterviewde personen bij de Hoge Raad en het Parket – waarvan een enkeling aangaf dat vóór de invoering van de procedure de vrees bestond dat feitenrechters te gemakkelijk vragen zouden stellen[15] – een soortgelijk signaal afgegeven. 'Er is nog niemand betrapt op hobbyisme', zo leerde een A-G ons.[16]

4.4.4 Afwegingen aan de zijde van partijen om het initiatief te nemen

De behoefte tot duidelijkheid over een bepaalde rechtsvraag kan ook kenbaar worden bij en via de partijen zelf. Dit kan, naast de mogelijkheid dat advocaten opmerken dat er tegenstrijdige uitspraken zijn, gebeuren doordat zij via (lokale, regionale en nationale) expertgroepen van advocaten worden gewezen op veel voorkomende onduidelijkheden of 'omdat cliënten zeggen; dit hebben we vaker' en er 'uit de achterban van de (relatie) van de cliënt het signaal komt: 'ja, wij zouden dat ook wel willen weten.' De prejudiciële vraagprocedure is dan een welkom instrument om snel en goedkoop duidelijkheid te krijgen. Want, zo merkte een advocaat op, 'hoe fijn is het voor mij als curator, of een bank, of een fiscus, om te zeggen: we hebben geen ruzie over de feiten, alleen we willen weten: kan dit nou of kan dit niet? Als je dat vaststelt dan kun je eigenlijk in eerste aanleg bij de rechtbank alle goede vragen neerleggen bij de rechter die in een keer voorgelegd kunnen worden aan de Hoge Raad. De hele rechtspraktijk, zeker de curatoren, de banken, en de fiscus, iedereen die erbij betrokken is, is ermee gediend. We weten meteen waar we aan toe zijn.'

In sommige gevallen hebben partijen gezamenlijk het initiatief genomen om van een procedure een prejudiciële vraagprocedure te maken door de rechter te vragen in hun procedure een prejudiciële vraag te stellen.[17] Een advocaat: 'we procedeerden tegen een curator en we hebben wat gedebatteerd over en weer. Uiteindelijk hebben we tegen elkaar gezegd; ja we gaan er niet uitkomen en dit is eigenlijk gewoon een pure rechtsvraag. Zullen we niet kijken of we zo snel mogelijk bij de Hoge Raad kunnen uitkomen? Dan kun je twee dingen doen. Je kunt een rondje rechtbank doen en dan met sprongcassatie naar de Hoge Raad of de prejudiciële procedure doorlopen.' In dit geval had men 'al vrij snel gedacht om de prejudiciële rechtsgang te nemen,' omdat die 'in elk geval een stuk sneller is.' In deze gevallen stemden de partijen hun procestactiek dus nadrukkelijk af op het stellen van een

[15] Zie over deze vrees ook paragraaf 3.3.3.

[16] Relevant om hier te vermelden is dat in bepaalde interviews naar voren werd gebracht dat een rechter niet te gemakkelijk moet zijn met het stellen van prejudiciële vragen. Expliciete voorbeelden waarbij zich dit zou hebben voorgedaan, zijn daarbij evenwel niet gegeven.

[17] In een enkel geval gaven de verschillende advocaten die betrokken waren bij dezelfde procedure, elk aan dat het initiatief tot het stellen van een prejudiciële vraag van hun kant kwam. Wij hebben dit opgevat als dat het initiatief uiteindelijk gezamenlijk tot stand is gekomen.

prejudiciële vraag. Dit hebben ze onder meer gedaan door overeenstemming te bereiken over het feitencomplex, afspraken te maken om bepaalde verweren of argumenten niet of juist wel aan te voeren, de te stellen vragen – gedeeltelijk – te formuleren en het palet aan mogelijke antwoorden op deze vragen gezamenlijk voor de rechter te schetsen.[18] In één geval zijn deze aspecten ook vastgelegd in een procesovereenkomst en is deze overeenkomst als productie gevoegd bij de dagvaarding, zodat het voor de rechtbank duidelijk was dat partijen het eens waren over het verloop van de procedure en de te stellen prejudiciële vragen.

In bepaalde gevallen heeft men zich voorbereid op een prejudiciële vraagprocedure door reeds vanaf het eerste moment een cassatieadvocaat bij de rechtsgang te betrekken: 'wij waren gewoon goed voorbereid en hebben ook meteen bij de insteek van de procedure in eerste aanleg bij de rechtbank met de cassatieadvocaat al gezegd: dit is ons plan, kijk mee, wat moet er wel en wat moet er niet gebeuren,' aldus een advocaat. In enkele gevallen heeft er ook met collega-advocaten overleg plaatsgevonden over de potentiële vragen en mogelijke antwoorden daarop.

In de meeste van de hiervoor besproken gevallen stonden de geïnterviewde advocaten *repeat players* bij. De voornaamste overweging die deze partijen hebben om een prejudiciële vraag voor te stellen, is dat de cliënt voor zijn bedrijfsmatige proces en juridische positie in soortgelijke procedures belang heeft bij het verkrijgen van (snelle) duidelijkheid: 'in die zaak waren er allerlei kantonrechters die die vraag in een voor mijn cliënte gunstige zin beantwoorden, en ook allerlei kantonrechters in een voor de tegenpartij gunstige zin. Er is zoveel jurisprudentie maar ook zoveel onduidelijkheid. Dus er moet gewoon rechtseenheid komen.' Deze behoefte aan duidelijkheid is er, volgens een in de insolventiepraktijk werkzame advocaat, 'in het bijzonder vaak in het insolventierecht. Curatoren en banken hebben vaak behoefte aan duidelijkheid. Want de onduidelijkheid doet zich veelal niet in één dossier voor, maar in een heleboel dossiers.' Maar ook buiten het insolventierecht kan er voor de procederende partijen behoefte bestaan aan het verkrijgen van snelle duidelijkheid. Dat kan bijvoorbeeld zijn 'in het geval van massavorderingen tegen een onderneming, financiële instelling of overheid, die wordt geconfronteerd met maar voortijlende 'litigation' en media-exposure. Dan kan een prejudicieel antwoord een uitweg zijn. Ondernemingen, financiële instellingen kunnen ervan doordrongen zijn dat zij zullen profiteren van het beslechten van dit soort collectieve verschillen op een zo kort mogelijke termijn. Je wilt niet jarenlang keer op keer in de media komen en je bedrijfsvoering laten belasten met allerlei procedures.'

Tijdens de interviews is echter evenzeer naar voren gekomen dat het voor deze *repeat players* niet altijd even aantrekkelijk is om een prejudiciële vraagprocedure te initiëren. Indien een rechtsvraag of juridisch probleem 'heterogeen is, er een grote verscheidenheid aan oplossingen mogelijk is en de impact van deze oplossingen substantieel kan zijn voor het desbetreffende bedrijf of de desbetreffende branche, ligt het voor de hand dat terughoudend wordt omgegaan met de mogelijkheid om een prejudiciële vraag te stellen', zo leerde een cassatieadvocaat ons. Een voorbeeld dat in dit verband is gegeven zijn 'de grote massavorderingen ten aanzien van de effectenlease-affaire.' In die affaire lopen procedures bij klachtencommissies en verschillende procedures bij rechtbanken en hoven. 'Maar deze zaak zou zo verschrikkelijk precair zijn voor de hele branche (en alles wat vertrouwen stelt in die branche), dat het stellen van een prejudiciële vraag in een willekeurige zaak over een willekeurige beleggingsverzekering, risico's heeft voor beide partijen.' De mogelijkheid dat het prejudiciële antwoord ongunstig uitpakt voor de

[18] Vgl. HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3023, *RvdW* 2015/1123 (*overwaarde-arrangement*).

rechtspositie van de cliënt en de branche, kan er dan toe leiden dat men de voorkeur geeft aan een incrementeel proces van rechtsvorming via de 'traditionele weg' of dat men zelfs tracht om tot een schikking te komen, zoals nader wordt behandeld in paragraaf 4.10.4.

4.4.5 Bezwaar maken tegen het stellen van een prejudiciële vraag

Er zijn ook gevallen waarin een partij een prejudiciële procedure niet zag zitten.[19] Zo was volgens een vraagstellende rechter één van de partijen in eerste instantie 'helemaal niet enthousiast' over het voornemen om een prejudiciële vraag te stellen. Naar eigen zeggen heeft deze rechter de partij die bezwaren had, overtuigd van de (inhoudelijke) noodzaak om toch een vraag te stellen. Daarbij heeft hij ook vermeld dat het antwoord er naar verwachting binnen een half jaar zal zijn, waarna deze partij overstag zou zijn gegaan. Bovendien heeft deze rechter het bezwaar dat de procedure vertraging zou oplopen, ondervangen door twee andere geschilpunten reeds 'in een tussenvonnis te beslechten'. Een andere advocaat gaf aan dat hij de prejudiciële vraag in de procedure waar hij bij betrokken was, op het moment van het stellen van de vraag, vanwege de aanwezigheid van andere geschilpunten, te vroeg in de procedure vond opkomen. Volgens eigen zeggen kwam dit omdat hij vooraf al het antwoord van de Hoge Raad, dat zijn standpunt onderschreef, had voorzien (sic).[20] Omdat hij inhoudelijk geen bezwaren had tegen de vraag, heeft hij geen bezwaar gemaakt tegen het voornemen van de rechter om de vraag te stellen.

Verder is door advocaten aangegeven dat ze geen belemmeringen voelen om bezwaren tegen het voornemen van de rechter om een prejudiciële vraag te stellen, te uiten.[21] Die houding verandert volgens de geïnterviewde advocaten niet wanneer (het lijkt dat) de rechter over bepaalde punten anders denkt.

Uiteraard is men niet in alle gevallen tegen het stellen van een vraag. In meerdere gevallen waarin het initiatief voor het stellen van een vraag van de rechter kwam, hebben advocaten, naar eigen zeggen, de mogelijkheid aangegrepen de rechter te overtuigen om extra of andere vragen te stellen. In sommige gevallen vond men het wel prima en werd er niet meer gereageerd of input geleverd op de voorgenomen vragen.

4.5 Het formuleren en stellen van de vragen

4.5.1 Introductie

Tijdens de interviews is duidelijk geworden dat de kwaliteit van de gestelde prejudiciële vragen op twee manieren kan worden bekeken. Ten eerste kan men kijken naar de totstandkoming en kwaliteit van de vraag in een concrete procedure. Het gaat hierbij – ten dele aansluitend bij hetgeen hiervoor al aan de orde was – om verschillende aspecten van de prejudiciële procedure, zoals de mogelijkheden voor partijen om input te leveren op de vragen en de (uiteindelijke) formulering van de vragen door de vraagstellende rechter. Ten tweede kan het gaan om de vraag of, met het oog op rechtsvorming door de Hoge Raad, in het algemeen de juiste prejudiciële vragen op het goede moment worden gesteld. In de komende sub-paragrafen zullen wij ingaan op het eerste aspect. Het tweede aspect sluit aan bij het thema rechtsvorming en wordt behandeld in de paragrafen 4.9.5 en 4.9.6.

---

[19] Zie ook paragraaf 3.2.2.2.

[20] Hierbij moet men wellicht in ogenschouw nemen dat deze advocaat bij zijn antwoorden is geholpen door 'wijsheid achteraf'.

[21] Deze vraag betrof overigens een deelvraag die niet in alle interviews aan de orde is gekomen.

4.5.2 De kwaliteit van de gestelde vragen

De geïnterviewde personen zijn overwegend positief over de kwaliteit van de gestelde vragen in de specifieke procedures.[22] Het ligt voor de hand om dit positieve oordeel ten eerste toe te schrijven aan het specialisme van de vraagstellende rechters en de zorgvuldigheid die zij betrachten bij het opstellen van prejudiciële vragen. Zo merkte een geïnterviewde bij de Hoge Raad op dat 'de vragen in het algemeen goed doordacht en geformuleerd zijn. De Hoge Raad heeft, dat kun je ook in de rechtspraak zien, nauwelijks iets aan de vraag te hoeven sleutelen.' Het valt evenwel ook niet uit te sluiten dat een rol speelt dat de Hoge Raad, zo signaleren zowel de geïnterviewde personen bij de Hoge Raad als daarbuiten, de ruimte neemt om een 'gebrekkige vraagstelling' te corrigeren door in het antwoord rekening te houden met dat gebrek, zonder dit gebrek in de vraagstelling expliciet te signaleren en eventueel zelfs te corrigeren.[23]

Toch zijn er ook negatieve geluiden geuit over de kwaliteit van de vragen. Zo gaf een advocaat aan in het geheel 'geen duidelijke vraag te herkennen'. En in een enkel (ander) geval was de advocaat – die zich overigens kon vinden in de uiteindelijke uitspraak van de Hoge Raad – ronduit negatief over de manier waarop de rechter de vraag had gesteld. Ook rechters laten zich soms negatief uit over de kwaliteit van bepaalde vragen. In dit verband is eveneens relevant dat in een noemenswaardig aantal gevallen, één van de partijen heeft geprobeerd de rechter te overtuigen de voorgenomen vragen aan te passen of aan te vullen, waaruit men kan opmaken dat de partij toch niet helemaal tevreden was over de voorgenomen vraag. Veelal, zo wordt hieronder besproken, gaat de rechter hier niet in mee. Enkele geïnterviewden, zowel advocaten als rechters, geven aan dat de kwaliteit van de (formulering van de) vragen op bepaalde punten verbeterd (had) kunnen worden. Deze verbeterpunten zullen hieronder bij de verschillende thema's aan de orde komen. Eerst wordt de formulering van de vragen door de rechter besproken. Vervolgens komen de input mogelijkheden van partijen op de te stellen vragen aan de orde.

4.5.3 Formulering van vragen door de vraagstellende rechter

Bij het formuleren van de vragen gaan de meeste geïnterviewde rechters niet over één nacht ijs. In meerdere gevallen hebben vraagstellende rechters collega-rechters, via intern overleg in de organisatie, maar ook via overlegstructuren tussen de gerechten, gevraagd input te leveren op de (volledigheid en adequaatheid van de) voorgenomen vraag: 'toen de trein liep is er met collega-rechters wel besproken of er niet nog andere vragen kunnen worden meegenomen en zijn de conceptvragen rondgestuurd.' Een punt van aandacht in dit verband is evenwel dat het voor de partijen en de Hoge Raad niet altijd duidelijk is dat overleg tussen rechters of rechterlijke instanties heeft plaatsgevonden over de vragen. Volgens een geïnterviewde rechter is er een geval geweest waarin rechterlijke instanties verschillend dachten over (enkele van) de volledigheid, opportuniteit en adequaatheid van de voorgenomen vraag, maar heeft de vraagstellende rechter deze input niet vermeld of meegenomen (althans niet zichtbaar in het vonnis) bij zijn beslissing tot het stellen van de vraag en in het formuleren van de vraag. In dat geval is 'er overleg geweest in een e-mailgroep en zijn opmerkingen over de vraag van verschillende rechterlijke instanties' naar voren gebracht. Daaruit bleek dat niet alle gerechten enthousiast waren over de voorgenomen vraag. Aan een dergelijk gebrek aan enthousiasme was evenwel niet veel te doen. Eén van de rechters: 'Het is uiteindelijk de verantwoordelijkheid van degene die de vraag stelt, om dat mee te nemen of niet. En die zegt ja; die vraag ga ik er niet bij zetten. Dan houdt het op.' Een (groter) probleem zou evenwel kunnen zijn dat drie rechtbanken, waaronder de rechtbank waaraan de betrokken rechter zelf verbonden was, vonden dat er

[22] We hebben uiteraard niet aan de vraagstellende rechters gevraagd hoe ze hun eigen vraag beoordelen.
[23] Zie over dit punt meer in paragraaf 4.6.2.

überhaupt geen prejudiciële vragen gesteld hoefden te worden. 'Daar zat dus een frictie tussen datgene wat het land vond' en wat de vraagstellende rechter vond.

Dat (een vorm van) overleg tussen gerechten nuttig is en dat de vraagstellende rechter vrij is om (binnen de grenzen van de wet en jurisprudentie van de Hoge Raad) de in zijn ogen noodzakelijke vragen te stellen, heeft tijdens de gesprekken niet ter discussie gestaan. Een raadsheer in de Hoge Raad merkt bijvoorbeeld op dat het juist goed is dat een rechter een vraag stelt 'met ruggenspraak en niet in zijn eentje iets gaat verzinnen.'[24] Maar sommige geïnterviewden kunnen zich voorstellen dat de Hoge Raad en – in mindere mate – partijen behoeften hebben aan informatie over (de inhoud van) dit overleg. Met het oog op de kwaliteit van de vraagstelling[25] en beantwoording daarvan door de Hoge Raad, kan het wenselijk zijn dat deze informatie wél beschikbaar komt. Een rechter zou bijvoorbeeld kunnen 'zeggen van; dit is afgestemd, met een zinnetje.' Dat gebeurt soms overigens ook al. Een voorbeeld biedt de Rechtbank Gelderland in de prejudiciële vraag over de veertiendagenbrief, waarin de Rechtbank als volgt overweegt: 'ter voorlichting van (...) de Hoge Raad zij vermeld dat het stellen van deze vraag mede geschiedt na consulatie van de afdelingsvoorzitters van sectoren/afdelingen Burgerlijk Recht (of daarmee vergelijkbare sectoren) van de vier rechtbanken in het ressort van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.'[26] Een enkeling opperde daarnaast de oplossingsrichting om het voor rechtbanken en hoven mogelijk te maken hun visie op de prejudiciële vraag kenbaar te maken.[27] Deze input kan, voor zover dat niet al gebeurt, bijvoorbeeld worden geleverd langs de lijn van de contactpersonen van de Hoge Raad bij de rechtbanken en gerechtshoven.

Er zijn evenwel ook bezwaren geuit tegen het vermelden van overleg door de vraagstellende rechter. Ten eerste kunnen er afbakeningsproblemen ontstaan. Want, zo vroeg een feitenrechter zich af, 'wanneer meld je iets wel en wanneer niet?' Worden, bijvoorbeeld, gesprekken bij het koffiezetapparaat ook vermeld? En, zo kan men zich afvragen, moet de rechter motiveren waarom hij bepaalde suggesties al dan niet meeneemt in zijn vragen? Een ander bezwaar tegen het vermelden van onderling overleg is dat 'te veel het idee van rechterlijk beleid kan ontstaan.' Volgens deze feitenrechter moet men 'daar altijd heel erg mee opletten. Je moet als rechter als een individuele functionaris je werk doen'. Dat betekent niet dat achter het rechterswerk niet 'allerlei overleg mag zitten, maar om dat nou ook te laten blijken gaat wat ver,' aldus deze rechter. In het verlengde hiervan is een bezwaar dat het voor partijen 'ondoorzichtig wordt wie uiteindelijk over de zaak beslist. Juist naar partijen toe kan het heel veel verwarring wekken. Dan heb je die rechter niet gezien en hoezo, wat heeft hij dan gezien van die zaak?,' aldus een geïnterviewde. Bovendien is het een vorm van standaard kwaliteitsbewaking om, 'ook als je enkelvoudig op de rechtbank werkt, elkaars vonnissen mee te lezen voordat ze eruit gaan'. Dat gegeven en eventuele aanpassingen die worden doorgevoerd naar aanleiding van intern commentaar, worden niet vermeld in vonnissen. Volgens deze raadsheer is dat ook niet nodig: 'het gaat er bij die kwaliteitsbewaking om dat je de knoeperds van juridische missers onderkent. En als die er inzitten dat je kunt zeggen, goh, je hebt nog een arrest gemist.' Hierbij kan men de kanttekening plaatsen dat het bij prejudiciële vragen niet alleen lijkt te draaien om een kwaliteitscheck, maar dat ook inhoudelijk wordt meegesproken over de opportuniteit en adequaatheid van de vragen. Dergelijke input kan ook inhoudelijke keuzes omvatten.

---

[24] Dit is mede wenselijk om te voorkomen dat vragen te gemakkelijk over de schutting worden gegooid.

[25] We willen ons hier niet uitlaten over de wenselijkheid van dergelijke informele processen in het licht van transparantie voor de rechtszoekende. Dat doen we in paragraaf 5.2.5.

[26] Rb. Gelderland 23 oktober 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:4081, r.o. 2.13 (*veertiendagenbrief*).

[27] Zie ook art. 83 RO.

4.5.4 Input op de vragen door partijen

Niet alleen de rechter, ook partijen en hun advocaten kunnen invloed uitoefenen op de kwaliteit van de te stellen vragen. Over het algemeen zijn advocaten tevreden over de mogelijkheden die zij hebben (gehad) om input op de vragen te leveren.[28] De mogelijkheden die partijen hebben om te reageren op de voorgenomen vragen zijn volgens de geïnterviewde advocaten, op een enkeling na, 'meer dan genoeg'. En sommigen 'hebben deze dan ook echt met beide handen aangegrepen.' Zo hebben in bepaalde gevallen de advocaten 'de vraag iets uitgebreid omdat ze - in dit geval mede op aandragen van een ingeschakelde hoogleraar - ook op een ander gebied iets wilden weten.' De rechter heeft deze toevoeging evenwel niet meegenomen.

Dat gebeurt overigens vaker. Meerdere rechters hebben aangegeven om verscheidene redenen hun vraag of vragen naar aanleiding van de input van partijen niet snel aan te passen. De vragen zijn in de ogen van de rechter niet relevant, of de door de partij voorgestelde vraag zou te veel in de richting van het standpunt van de desbetreffende partij zijn geformuleerd. Toch laten de meeste rechters de input van partijen niet links liggen. Rechters geven aan ervoor te kiezen om in het vraagstellende vonnis de standpunten van partijen te vermelden.[29] Dit biedt de Hoge Raad en het Parket inzicht in de overwegingen van de rechter om de door hem gestelde vraag te stellen én in de standpunten van partijen en het palet aan antwoorden wat in die standpunten besloten ligt. De Hoge Raad en het Parket kunnen vervolgens, mocht men dat nodig achten, de input van partijen alsnog meenemen in de beantwoording van de vraag. Volgens een advocaat is dat ook gebeurd in zijn procedure. Deze advocaat was niet enthousiast over de vraag van de rechter en vervolgens heeft 'hij zelf maar in het stuk naar de Hoge Raad aangegeven: volgens mij is dit de vraag die aan de orde moet komen. En dat is ook zo door de Hoge Raad opgepakt,' aldus de betrokkene.

De Hoge Raad juicht de hiervoor beschreven benadering toe. Zo merkt een Raadsheer in de Hoge Raad op dat 'als de vraagstellende rechter dat wil, hij al zoveel mogelijk uit partijen kan trekken wat van belang kan zijn voor de beantwoording van de vraag en hij kan ook al een tentatief eigen antwoord opschrijven. Dat zouden we graag zien.'

Tijdens de gesprekken zijn ook verbeterpunten naar voren gekomen ten aanzien van de kwaliteit van de input van partijen op de (voorgenomen) vragen. Zo zou de kwaliteit van de vragen onder druk kunnen komen te staan doordat de vraagstellende rechter soms 'wat schaars gevoed wordt met informatie over waar de belangen daadwerkelijk liggen en waar de praktijk daadwerkelijk behoefte aan heeft.' Dit kan zeker het geval zijn in de gevallen waarin de partijen in het geheel geen input leveren op de voorgenomen vragen. Een ander punt van aandacht betreft de beschikbaarheid voor de vraagstellende rechter van informatie die relevant is voor de vraagstelling en mogelijke antwoorden daarop, maar die in het bezit is van derden. Doorgaans komt deze informatie pas beschikbaar, als het al gebeurt, wanneer de zaak aanhangig is bij de Hoge Raad, aangezien in dat stadium derden zich kunnen uitlaten over de prejudiciële vraag. Dergelijke informatie zou, zo is meerdere keren aangestipt, evenwel ook al in een eerder stadium (lees: bij de feitenrechter) bruikbaar zijn. Op de hierop volgende suggestie om derden de mogelijkheid te geven zich al bij de vraagstellende rechter uit te laten, is door velen sceptisch gereageerd, zoals in paragraaf

[28] Er zijn twee gevallen waarin de partijen ten onrechte niet in de gelegenheid zijn gesteld om op de voorgenomen vragen te reageren, maar dat lijken uitglijders te zijn (HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099 (*huurbemiddelingskosten*) en HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3636 (*verzet door curator*).

[29] Hierbij dient eveneens in ogenschouw te worden genomen dat de Hoge Raad standaard om het volledige procesdossier vraagt. Zie paragraaf 3.3.6.4.

4.6.5 nader aan de orde komt. In bepaalde gevallen kunnen de partijen echter zelf voorzien in deze informatie en doen zij dat ook.[30] Sommige advocaten kunnen via hun cliënt, bijvoorbeeld wanneer dit *repeat players* zijn, ook aan dergelijke informatie komen en in het geding brengen. In bepaalde gevallen is dit ook gebeurd en heeft men bijvoorbeeld informatie aangedragen over hoe vaak een bepaald probleem zich voordoet.

4.6 Behandeling van de vraag door de Hoge Raad

4.6.1 De (ontvankelijkheids-) toets van de vraag door de Hoge Raad

Meerdere geïnterviewde personen bij de Hoge Raad en het Parket geven aan dat ze de vraagstellende rechter veel vrijheid laten bij (de motivering van) zijn oordeel over het nut en de noodzaak van het stellen van de desbetreffende prejudiciële vraag in de desbetreffende procedure.[31] Een raadsheer in de Hoge Raad: 'over de B-grond doen we natuurlijk niet moeilijk. Het is best veel betekenend dat in de beslissing over de kolomaansprakelijkheid[32] de Hoge Raad niet rept over het niet-veel voorkomen van een vraag.' Want, 'wat is nu veelvoorkomend?.' De redenen daarvoor laten zich raden.

Ten eerste zou de vraagstellende rechter beter zicht (kunnen) hebben op de vraag hoe vaak een rechtsvraag speelt, althans zij zouden daar tijdens een procedure waarin het voornemen tot het stellen van een vraag voorligt, het beste zicht op kunnen krijgen. Een tweede, algemenere en waarschijnlijk belangrijkere, reden is dat de Hoge Raad de regeling zo toegankelijk mogelijk wil houden en feitenrechters niet (te snel) wil afschrikken door de gestelde vragen niet te behandelen. Men wil 'niet te snel opvoedend te werk gaan', aldus een raadsheer. Men wil niet zo tewerk gaan als in Frankrijk: 'Daar krijgen rechters gewoon op hun kop van de Cour de Cassation. Hoe durf je die vraag te stellen, die hebben we allang beantwoord, namelijk in ´63 en in dat en dat arrest. Haha... Dat is een hele andere toon, echt Frans. Dat is ook helemaal niet hoe wij met de feitenrechtspraak omgaan. Nee.' Dit lijkt overigens te impliceren dat de Hoge Raad soms minder of bepaalde vragen liever niet ziet komen, maar omwille van de toegankelijkheid van de regeling hier vooralsnog niet te strikt op wijst. Dat uitgangspunt lijkt terecht te zijn, want een niet-beantwoording van een vraag door de Hoge Raad brengt wel wat teweeg: 'sjonge jonge dat zou je maar hebben zeg', aldus een rechter.[33]

4.6.2 Herformulering van vragen door de Hoge Raad

Uit de gesprekken met raadsheren bij de Hoge Raad, advocaten-generaal en cassatieadvocaten is duidelijk geworden dat de Hoge Raad erg terughoudend is met het formeel herformuleren (zie art. 393 lid 7 Rv) van prejudiciële vragen, ook indien hij daartoe op zichzelf aanleiding zou zien.[34] Eventuele gebreken in de vraagstelling corrigeert hij met name door hiermee rekening te houden in het antwoord op de prejudiciële vraag. Een voorbeeld dat in dit verband is genoemd, is de prejudiciële vraagprocedure over het bewijsbeslag buiten IE-zaken. 'Daar zie je dat de Hoge Raad serieus andere antwoorden geeft dan de vragen die zijn gesteld,' aldus een cassatieadvocaat.

De (vermeende) terughoudendheid om vragen te herformuleren lijkt als voornaamste reden te hebben dat herformulering van vragen veelal een vertraging van de procedure betekent. Partijen zullen dan, althans als de herformulering niet van ondergeschikt belang is, in de gelegenheid moeten worden gesteld om zich uit te laten over de hernieuwde

30 Zie ook paragraaf 3.8.3.
31 Er zijn vooralsnog twee vragen 'onbeantwoord' gelaten.
32 Gedoeld wordt op HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3958, *NJ* 2013/353 (*ipr-doorbraak*)
33 Zie voor een soortgelijke opmerking van een rechter reeds eerder Van Kampen & Giesen 2013, p. 14.
34 Vooralsnog is het ook nog niet voorgevallen.

vraagstelling(en) en het Parket zou, althans zo merkte een enkeling op, opnieuw moeten (kunnen) concluderen.[35] Mede omdat de Hoge Raad streeft naar een snelle afhandeling van prejudiciële vragen kan men zich voorstellen dat de Raad niet al te strikt wil zijn ten aanzien van mogelijke gebreken in de vraag, of vragen, indien deze gebreken ook op een andere manier kunnen worden gecorrigeerd.[36]

Een tweede reden voor de hiervoor genoemde terughoudendheid is dat de Hoge Raad de regeling zo toegankelijk mogelijk wil maken en feitenrechters wil stimuleren om gebruik te maken van prejudiciële vraagprocedure. Het ligt dan niet in de rede om vragen expliciet te herformuleren wanneer dat niet strikt (lees: voor een goede beantwoording van de relevante rechtsvraag) noodzakelijk is. Men wil niet belerend te werk gaan, zo leerden meerdere raadsheren ons.[37]

4.6.3 Verloop van de procedure bij de Hoge Raad

Voor verschillende advocaten is het verloop van de procedure bij Hoge Raad niet altijd even duidelijk, hetgeen mede als gevolg heeft gehad dat men de cliënt niet goed kon inlichten over de stand van zaken in zijn procedure. Er bestaat bij één van deze advocaten 'behoefte aan informatie over de procedure die gevolgd moet worden voor het eventueel inbrengen van standpunten bij de Hoge Raad en wat de consequenties zijn als je je niet uitlaat.'[38] In de procedure waar deze advocaat bij betrokken is geweest, werd bijvoorbeeld pas na de prejudiciële beslissing duidelijk dat 'de tegenpartij niet had gereageerd', hetgeen de betrokkene graag tussendoor had vernomen. Wij kunnen ons overigens voorstellen dat de behoefte aan dergelijke informatie inderdaad met name kan bestaan als de wederpartij wél reageert. Anderen vermelden dat er behoefte is aan informatie over de termijn waarop men een antwoord kan verwachten. Daarnaast kwam een paar advocaten er pas laat achter dat een cassatieadvocaat verplicht is, en was, in een enkel geval, onduidelijk of hiervoor een toevoeging kon worden gekregen. Vooral omdat 'prejudicieel procederen voor advocaten geen dagelijkse kost is, mag de informatievoorziening wel wat duidelijker', aldus een advocaat.

4.6.4 Mogelijkheden tot inspraak bij de Hoge Raad

Een belangrijk punt dat in het kader van de mogelijkheden van inspraak door partijen bij de Hoge Raad naar voren is gekomen, betreft de verplichting om een cassatieadvocaat in te schakelen. De kosten van een cassatieadvocaat kunnen dusdanig zijn dat partijen, zo is meermaals aangegeven, er vanaf zien opmerkingen te maken bij de Hoge Raad. In sommige gevallen heeft dit ertoe geleid dat de ene partij (bijvoorbeeld omdat deze partij slechts een deel van de kosten zelf moest dragen) zich wel heeft uitgelaten bij de Hoge Raad, maar de andere partij (die zelf de kosten moest dragen) niet. Dit heeft als gevolg gehad, zo meende in ieder geval zijn advocaat, dat zijn standpunt niet bij de Hoge Raad voor het voetlicht is gebracht. De verplichting om een cassatieadvocaat in te schakelen, vormt aldus een drempel tot inspraak bij de Hoge Raad, en kan afbreuk doen aan de eisen van hoor en wederhoor. In paragraaf 4.11, waar de kosten van prejudicieel procederen centraal staan, wordt nader ingegaan op dit probleem en passeren ook de door de geïnterviewden aangedragen oplossingsrichtingen de revue.

---

[35] Zie art. 393 lid 7 Rv over de mogelijkheid van een reactie door partijen. Dat het Parket opnieuw zou mogen of moeten concluderen, volgt niet uit dat artikel (maar wel uit de normale gang van zaken bij de Hoge Raad).

[36] In paragraaf 4.8 wordt hier nader aandacht aan besteed.

[37] Zie ook Numann 2010, p. 111, en paragraaf 1.2.

[38] Hierbij dient overigens te worden opgemerkt dat dergelijke informatie op de website gedeeltelijk, maar wellicht wat teveel op hoofdlijnen, te vinden valt.

Daarnaast hebben enkele raadsheren en cassatieadvocaten gesproken over de mogelijkheid van een mondelinge behandeling bij de Hoge Raad wanneer derden zich melden, zoals nader in de volgende paragraaf aan de orde komt.

4.6.5 Mogelijkheid tot inspraak door derden bij de Hoge Raad

De mogelijkheid van inspraak door derden wordt positief beoordeeld en voorziet in een behoefte aan meer (macro)informatie. Derden kunnen de Hoge Raad met informatie voorzien die de problemen voor de Raad inzichtelijk(er) maken. Een punt van aandacht is dat, in de ogen van enkele geïnterviewde personen, sommige organisaties tegen de verwachting in ondervertegenwoordigd zijn. 'Waar blijven de consumentenorganisaties?', zo verzuchtte een geïnterviewde. 'Misschien, zo vervolgde deze persoon, dat er methoden zijn om bij bepaalde belanghebbende het toch wat breder onder de aandacht te brengen dat een zaak speelt en dat de mogelijkheid tot input er is.'

Tijdens enkele gesprekken is met de geïnterviewde personen verder nagedacht over hoe deze wens handen en voeten zou kunnen worden gegeven. Een eerste mogelijkheid die de revue passeerde is dat de Hoge Raad (ex. art. 393 lid 2 Rv) gericht derden uitnodigt om hun input te geven op de prejudiciële vraag. De Hoge Raad heeft dat tot nu toe evenwel nog niet gedaan en zal dat naar alle waarschijnlijkheid ook niet snel gaan doen, zo bleek ook uit de desbetreffende interviews. Een bezwaar dat aan het gericht uitnodigen van derden kleeft, is immers dat het lastig is om een adequate en verantwoorde selectie te maken van de uit te nodigen partijen. 'Als het nou gaat om iets uit het verkeer bijvoorbeeld, dan kun je nog zeggen: nou gaan we de ANWB vragen. Dat is dan nog een tamelijk monopolistische organisatie. Maar je krijgt natuurlijk meteen de kans op ruzie met een organisatie die zegt: en waarom ik dan niet? Dat is echt wel een punt wat maakt dat je daar heel voorzichtig mee moet zijn.' Toch kan dit bezwaar worden ondervangen door een meer algemene uitnodiging/aankondiging de deur uit te laten gaan, zo erkende men. Een in de ogen van meerdere geïnterviewden voor de hand liggende aanpak is om via algemene informatievoorziening (bijvoorbeeld via de website[39] of in een nieuwsbrief over prejudiciële zaken) het betrokken veld op de hoogte te brengen van het feit dat er een voor hun relevante prejudiciële vraag aanhangig is. Bovendien kan de A-G een voorzet doen en in zijn conclusie wijzen op de gevoelde behoefte – 'ik zou wel eens willen weten wat de diepzeeduikersvereniging hier specifiek over te zeggen heeft' – aan meer informatie. Een probleem kan evenwel zijn dat dit de procedure vertraagt, want de partijen moeten op deze inbreng kunnen reageren. Dit zou wel kunnen als deze suggestie reeds in het 'intake-advies' wordt gedaan (zo namen partijen in de zaak over Wet arbeid vreemdelingen het voorstel tot herformulering van de advocaat-generaal mee).[40]

In aansluiting op het voorgaande is er, zo vonden meerdere geïnterviewden, een rol weggelegd voor de (cassatie)advocatuur. Zij kunnen derden actief aansporen om informatie in het geding te brengen.[41] De Hoge Raad, zoals thans al gebruikelijk is,[42] vermeldt op zijn website welke prejudiciële vragen aanhangig zijn. Het is vervolgens aan de cassatieadvocaat (of: cassatiebalie) om deze vraag en de mogelijkheid tot het leveren van input onder de aandacht van het betrokken maatschappelijke veld te brengen.

---

[39] In wezen gebeurt dit al door de gestelde vragen te publiceren op de website van de Hoge Raad, maar enige extra nadruk op de mogelijkheid voor derden om te interveniëren zou daarbij wellicht nog wel kunnen passen.

[40] Zie ook paragraaf 3.3.8.7.

[41] Zie in het algemeen over de rol van de cassatiebalie bij het aandragen en generen van dit soort informatie: Vranken 2015, p. 1382.

[42] Zie hierover paragrafen 3.8.1 en 3.8.3.

Ten slotte is de optie aan de orde gekomen om al in de feitelijke instantie derden de mogelijkheid te bieden om zich uit laten over de (voorgenomen) prejudiciële vraag.[43] Over die aanpak was men niet positief. Volgens een feitenrechter is dat 'minder wenselijk en is het bovendien de vraag of het echt verschil uitmaakt.' Het leek deze rechter een beetje 'te veel van het goede', mede omdat de 'Hoge Raad mans genoeg is om, als er in de vraagstelling een blinde vlek zit, en een belangenorganisatie wijst daarop in de cassatiefase, daar dan verstandig mee om te gaan.' Daar komt bij dat het volgens deze rechter 'niet zo gauw zal gebeuren dat de input van een derde ertoe leidt dat een rechter een volstrekt andere vraag zal stellen.' Een raadsheer in de Hoge Raad, die ook niet positief is over de mogelijkheid om derden al bij de feitenrechter een inspraakmogelijkheid te geven, voegt hieraan toe dat de inspraak van derden in die fase ook nog niet noodzakelijk is omdat de input van derden pas nodig is als 'rechtsvragen echt landelijk moeten worden beantwoord, wat uiteindelijk de Hoge Raad doet.' Bovendien kleven aan deze oplossingsrichting praktische bezwaren. 'Hoe stel je dat nou in de praktijk voor? Er lopen tienduizenden zaken in dit land waar derden misschien nog wel iets interessants over zouden kunnen zeggen, dat is onuitvoerbaar', aldus de desbetreffende raadsheer. Aan de andere kant moet men zich in dit verband bedenken dat met name in de gevallen waarin een van de partijen een *repeat player* is en/of de prejudiciële vraagprocedure zelf initieert, dergelijke macro-informatie ook door die partij zelf in het geding kan worden gebracht.

4.6.6 Meenemen van macro-informatie

In het verlengde van het voorgaande, is de vraag naar voren gekomen of de Hoge Raad, bij de huidige inrichting van de procedure, voldoende doet en kan doen met macro-informatie. Zo verzuchtte een cassatieadvocaat – en binnen de cassatiebalie zou dit een breed gedeelde gedachte zijn – dat 'de keren dat in het verleden (lees: in normale cassatieprocedures) de Hoge Raad allerlei feitenmateriaal is aangereikt, is het eigenlijk maar zelden zo is geweest dat er openlijk iets mee is gedaan.' 'De Hoge Raad zou al met al niet gewend zijn hier mee om te gaan.'

Op basis van het voorgaande kan de indruk ontstaan dat de Hoge Raad dergelijke informatie naast zich neerlegt. Zoals een raadsheer erkent, zal de Hoge Raad niet (snel) expliciet ingaan op de aangedragen informatie.[44] Dit betekent evenwel niet dat de informatie in het geheel niet relevant is en niet wordt gebruikt bij de beantwoording van een prejudiciële vraag. De ingebrachte informatie fungeert als 'oriëntatiepunt.' Een raadsheer: 'In je oordeelsvorming krijg je alles mee wat je van een zaak weet. Of dat nou opmerkingen van derden zijn of een boek, uit de bibliotheek over het onderwerp. Je weegt gewoon alles mee, alle informatie die je tot je neemt.' In dit verband geldt eveneens dat raadsheren, logisch, zich ervan bewust zijn dat informatie die door een bepaalde partij wordt aangedragen, gekleurd is door het partijbelang. Dat kan, aldus een raadsheer, in voorkomende gevallen een reden zijn om er minder (expliciet) aandacht aan te besteden. Daarnaast gaat, aldus een raadsheer, de A-G veelal wél expliciet in op de door derden aangedragen (macro-) informatie.

Bovendien hangt de mate waarin de Hoge Raad expliciet in kan en wil gaan op macro-informatie ook nauw samen met (het toetsen van) de volledigheid en betrouwbaarheid van de aangedragen informatie, iets dat bij de huidige manier waarop de procedure bij de Hoge

[43] Dat voorstel is ook al in de literatuur gedaan, zie Lunsingh Scheurleer & Vermeulen 2013, p. 273-276. Zie ook paragraaf 3.8.3.

[44] In dit verband doelen we met name op feitelijke gegevens. Zie ook paragraaf 3.8.3.

Raad is ingericht, moeilijk te bewerkstelligen is.[45] Een oplossingsrichting die in dit kader gevolgd kan worden is om mondelinge behandelingen bij de Hoge Raad te laten plaatsvinden. Er zijn evenwel ook bezwaren geuit tegen mondelinge behandelingen bij de Hoge Raad. Ten eerste zou het bij echte rechtsvragen 'niet zo'n vreselijk nut' hebben, aldus een raadsheer. Ten tweede zou het veel tijd kosten om, mede gegeven de drukke agenda's, een mondelinge behandeling in te plannen, hetgeen ten koste kan gaan van een snelle behandeling van de prejudiciële vraag. Bovendien is het, aldus nog steeds deze raadsheer, de vraag of je de betrouwbaarheid van de aangedragen informatie in een mondelinge behandeling, zonder hulp van deskundigen, beter kunt beoordelen dan in een schriftelijke ronde. 'Men gaat natuurlijk ook niet zwart op wit de grootste onzin verklaren. Men kan de zaken een beetje sterker voorstellen dat ze zijn of juist wat afzwakken. Of je daar bij een mondelinge behandeling doorheen kunt prikken, is zeer de vraag.'[46]

4.7 Beantwoording door de Hoge Raad

4.7.1 Kwaliteit van de antwoorden

Er zijn verschillende parameters waarmee de kwaliteit van een antwoord kan worden beoordeeld, zo is ons duidelijk geworden tijdens de gesprekken. Men kan het hebben over de formulering van het antwoord, de volledigheid van dat antwoord, de motivering van het antwoord, de materieelrechtelijke uitkomst, de mate waarin het antwoord bijdraagt aan de (behoefte aan) rechtsvorming en de mate waarin het antwoord duidelijkheid verschaft. De laatste twee aspecten hangen voor een groot deel samen met de thema's die in de paragrafen 4.9 en 4.10 worden behandeld. De andere aspecten komen hieronder aan de orde.

Wat betreft de formulering van de antwoorden, wordt door vele geïnterviewden opgemerkt dat ze daarmee tevreden zijn. Een antwoord dat wij kregen, luidde bijvoorbeeld: 'uitmuntend! Alsof iemand de moeite neemt een scriptie te schrijven over je zaak. En dan ook nog iemand die een tien kan krijgen'. Daarbij werd overigens ook door meerdere respondenten opgemerkt dat een goed geformuleerd antwoord ook wel mag worden verwacht van de Hoge Raad. Dat er tevredenheid heerst over de kwaliteit van de (formulering en motivering van de) antwoorden blijkt soms ook uit de dankbaarheid die men laat zien. Waarom? 'Omdat je zo'n ongelooflijk inhoudelijk juridisch goed stuk krijgt. Dat is het, stom gezegd, logisch natuurlijk want het is de Hoge Raad en de A-G. Het is allemaal zo inhoudelijk. Het is gewoon zo goed uitgewerkt, het verwijst naar alle bestaande jurisprudentie, literatuur, maar ook internationaal met heel veel elementen erin. Als je dat eenmaal in handen hebt, neemt niemand het je meer af.'

De meer kritische noten die (ook) gekraakt zijn over de kwaliteit van de antwoorden, zien met name op de mate waarin het antwoord duidelijkheid gaf,[47] de onderbouwing van het antwoord en de materieelrechtelijke uitkomst bij een bepaalde beslissing. Sommigen zeggen de motivering te summier te vinden en menen dat de Hoge Raad 'slechts' een (machts)woord uitspreekt. Daar voegen enkele geïnterviewden wel aan toe dat het (gevoelde) gebrek aan motivering door de Hoge Raad, soms kan worden opgevangen door de (uitgebreide) conclusie van de A-G. Anderen plaatsen, zoals gezegd, een kanttekening bij de materieelrechtelijke uitkomst, en een enkeling betreurt 'op rechtspolitieke gronden de inhoud van de uiteindelijke uitkomst' in een bepaald geval. Er zijn evenwel ook gevallen

[45] A-G Spier stelt dit vaak ter discussie bij verzekeringskwesties, zie recent nog zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2015:2307) voor HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162 (*bereik aansprakelijkheid voor dieren*), nrs. 5 en 7.3.

[46] Dat probleem speelt overigens ook bij de feitenrechter.

[47] Zie hierover nader paragraaf 4.10.2.

waarin, ondanks dat het antwoord voor de cliënt niet gunstig was, de advocaat aangaf vanuit een maatschappelijk belang gezien blij te zijn met het antwoord van de Hoge Raad.

4.7.2 Overziet de Hoge Raad de macro-effecten van bepaalde antwoorden voldoende?

Sommigen vragen zich, in het verlengde van paragraaf 4.6.6, af of de Hoge Raad de mogelijke macro-effecten van zijn antwoord voldoende heeft (kunnen) overzien en voldoende doordacht heeft.[48] Zo had volgens sommige rechters en cassatieadvocaten bij de eerste *telefoonabonnementen-zaak*, zowel bij de vragen als bij de beantwoording daarvan, moeten worden geanticipeerd op mogelijke vervolgvragen die kunnen ontstaan als gevolg van een bepaald antwoord op die prejudiciële vraag, de juridische implicaties van bepaalde antwoorden en de praktische effecten van dat antwoord voor de rechtspleging.[49] Toch, aldus een rechter, is het anticiperen op vervolgvragen en bepaalde consequenties van een antwoord makkelijker gezegd dan gedaan. 'Dat je denkt dat zal nooit gebeuren en dan ligt het toch ineens als casus op je bord. Ze kunnen denk ik niet alle stappen voorzien'. Zoals nader wordt behandeld in de paragrafen 4.9.5 en 4.9.6 is het volgens sommige geïnterviewden in een dergelijk geval beter te wachten met het stellen of het beantwoorden van een vraag.

4.8 Afwikkeling van het geschil

4.8.1 Beëindiging van het specifieke geschil na het antwoord van de Hoge Raad

De meeste van de geïnterviewden gaven aan dat zij het na het prejudiciële antwoord van de Hoge Raad niet opportuun achtten om een rechtsmiddel in te stellen, zodat het onderliggende geschil dus (sneller) afgelopen was. Veel gehoorde uitspraken in dat verband zijn (varianten op) 'het was meteen over'. We noteerden ook uitspraken als: 'er viel dus ook niet zoveel meer af te wikkelen. Want ik had in een tussenvonnis, zijnde een eindvonnis de zaak al beslecht'; 'Dan hoef je niet nog eens een keer… Dan moet je gewoon de zaak intrekken'; 'Je hebt geen poot meer om op te staan. […] Het procesrisico werd voor ons te groot'; en 'de rechtbank heeft natuurlijk naar aanleiding van die prejudiciële vraag een vonnis geveld, maar dat was niet heel verrassend. Dan is het klaar.'

Partijen worden door de feitenrechter veelal nog in de gelegenheid gesteld om zich na het antwoord van de Hoge Raad daarover uit laten, maar in meerdere gevallen is de uitspraak na de beantwoording van de prejudiciële vraag, in de ogen van meerdere feitenrechters, min of meer een 'hamerstuk' gebleken, aangezien er niet meer over wezenlijke punten valt te procederen. In dit verband kan ook de intentie van partijen bij het voeren van de procedure van belang zijn. Wanneer partijen de procedure opzetten als een prejudiciële vraagprocedure,[50] is het verkrijgen van duidelijkheid van de Hoge Raad de belangrijkste drijfveer van het voeren van die procedure en is in mindere mate van belang wat de uitkomst is in het concrete geschil. Een rechter die betrokken was bij een ten tijde van het interview nog niet afgeronde vraagprocedure, vertelde dat na het antwoord van de Raad 'de zaak op de parkeerrol staat.' Hij vervolgt: 'maar ik neem er gif op in dat die zaak niet verder komt.' Als de partijen geen initiatief nemen om nog door te procederen wordt deze zaak namelijk doorgehaald, aldus de rechter.

---

[48] Het gaat bij macro-effecten als eerste om de mogelijke feitelijke effecten van een rechterlijke beslissing, ook voor niet bij het geding betrokken partijen. Ten tweede gaat het om wetenschappelijke informatie die met het oog op rechtsvorming van belang is om zicht te krijgen op deze macro-effecten en ze uiteindelijk te kunnen verdisconteren in een rechterlijke beslissing. Zie hierover ook De Jong 2016, p. 52 e.v.

[49] Zie over deze implicaties paragraaf 4.11.5.

[50] Zie hierover ook paragraaf 3.7.4.

In meerdere gevallen heeft het feit dat er een prejudiciële vraag is gesteld, naar de mening van de geïnterviewde betrokkenen, er bovendien aan bijgedragen dat de procedure sneller is gevoerd dan wanneer de omweg (lees: de normale cassatieroute) naar de Hoge Raad zou zijn afgelegd.[51] In de gevallen waarin een gang naar de Hoge Raad zonder de prejudiciële route niet aannemelijk zou zijn geweest (dat speelt potentieel in veel van de geanalyseerde zaken[52]), geven meerdere advocaten en feitenrechters aan dat men, mede vanwege de duidelijkheid voor de rechtspraktijk, toch blij is dat de Hoge Raad zich in hun zaak via een prejudiciële procedure heeft uitgelaten over de problematiek.

Niet in alle gevallen heeft het antwoord van de Hoge Raad echter een einde gemaakt aan het onderliggende geschil. Sommige procedures lopen nog steeds. Dat is ook niet onlogisch want in bepaalde gevallen maakt het prejudiciële antwoord – zoals bij de stuiting van de verjaring door een belangenorganisatie[53] – het juist mogelijk om überhaupt te kunnen (door)procederen. Daarnaast kan de prejudiciële vraag een deelaspect van het geschil beslaan, waardoor andere geschilpunten nog steeds uitgevochten moeten worden. Prejudiciële vragen betreffen niet altijd het enige (kern)punt van een geschil. Enkele advocaten hebben bijvoorbeeld aangegeven dat de desbetreffende procedure nog loopt. Desalniettemin kan ook in deze gevallen de mogelijkheid tot het stellen van een prejudiciële vraag volgens de geïnterviewden leiden tot een effectievere rechtspleging, aangezien de prejudiciële vraagstelling een versnelling in de procedure betekent over bepaalde deelaspecten.[54]

4.8.2 Acceptatie door cliënten van het antwoord

Op de vraag of de prejudiciële vraagprocedure bijdraagt aan de acceptatie door de cliënt van de uitkomst van zijn zaak, is geen eenduidig antwoord te geven. Dat komt onder andere doordat advocaten, naar eigen zeggen, niet altijd goed zicht daarop hebben, bijvoorbeeld omdat men hier niet met de cliënt over heeft gesproken. Wél zijn er enkele omstandigheden naar voren gekomen die relevant zijn in dit verband. Een advocaat merkte bijvoorbeeld op dat het feit dat het 'de hoogste rechter is die oordeelt, of je het er nou mee eens bent of niet, het voor cliënten gemakkelijker zou maken om zich bij de uitkomst neer te leggen.' Sommige advocaten geven aan dat het antwoord heeft bijgedragen aan acceptatie bij de cliënt, maar merken daarbij meteen ook op dat de cliënt inhoudelijk in het gelijk is gesteld. Aan de andere kant zijn er ook situaties waarin de uitkomst ongunstig was voor de cliënt en niet 'aan het verstand van de cliënt kon worden gebracht.' De desbetreffende advocaat heeft nog geprobeerd te zeggen; 'de hoogste rechter heeft nu gezegd dat je geen gelijk hebt, je bent al bij de Hoge Raad geweest, maar ja, dat ging er niet in.' Daarnaast hebben advocaten die niet-professionele partijen hebben bijgestaan, aangegeven dat de prejudiciële vraagprocedure (veelal vanwege de juridisch-technische aard van de procedure en problematiek) voor de cliënt een 'ver-van-zijn-bed-show' was.[55] In sommige gevallen zou de cliënt niet hebben begrepen waarom er een half jaar moest worden gewacht en in een ander geval was de cliënt zelfs in het geheel uit beeld tijdens en na de prejudiciële procedure.

---

[51] Met als (logische) uitzonderingen HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3958, *NJ* 2013/353 (*ipr-doorbraak*) en HR 31 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1614, *NJ* 2013/321 (*assurantieportefeuille*). Bovendien werd het door geen enkele geïnterviewde advocaat opportuun geacht om een rechtsmiddel in te stellen ten aanzien van de door de Hoge Raad beantwoorde vraag.

[52] Zie nader paragraaf 4.9.4.

[53] HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:766, *NJ* 2015/306 (*stuiting door 3:305a-rechtspersoon*).

[54] Vanwege de methodologische beperkingen van dit onderzoek kunnen evenwel geen harde uitspraken worden gedaan over de mate van de versnelling van de gehele procedure. Zie over die beperkingen nader paragraaf 1.7.

[55] Het voorgaande geldt net zo zeer in andere (cassatie)procedures.

Advocaten die professionele partijen (veelal *repeat players*) hebben bijgestaan, geven in dit verband aan dat acceptatie van de cliënt eigenlijk minder relevant is. Een *repeat player* zal bijvoorbeeld zeggen; 'dit is het, dan moeten we dat op een andere praktische manier oplossen in ons werkproces. Hij weet gewoon hoe de hazen lopen en hoe dit werkt.'

4.8.3 Duur en snelheid: een efficiënt rechtsplegingsinstrument

Op een enkele geïnterviewde na, geven de geïnterviewde personen aan positief (verrast) te zijn over de snelheid waarmee de Hoge Raad de prejudiciële vragen heeft beantwoord. 'Ik had eigenlijk gedacht dat het veel langer zou duren eerlijk gezegd.' Het was 'boven ieders verwachting hoor. Ook van het cassatiekantoor. Die hebben nog nooit meegemaakt dat het zo snel ging', en een enkeling was zelfs 'vol bewondering'. Veel advocaten geven daarnaast aan dat het stellen van de prejudiciële vraag in hun procedure weliswaar voor vertraging (doorgaans zes maanden) in de afwikkeling van het desbetreffende geschil heeft gezorgd, maar dat die vertraging zich dubbel en dwars terugbetaalt, aangezien sneller en goedkoper (zie hierover paragraaf 4.11.3) een oordeel van de Hoge Raad is verkregen. Zo vertelde een advocaat dat 'het grote voordeel voor hen is geweest dat ze duidelijkheid hadden op korte termijn zonder dat men voor de beantwoording van zo'n zuivere rechtsvraag een (feitelijk) traject door moest.'

De geïnterviewde personen bij de Hoge Raad en het Parket hebben aangeven zich bewust te zijn van het belang van een snelle afhandeling van prejudiciële vragen; zij streven dan ook, samen met hun collega's, naar een zo spoedig mogelijke afdoening van prejudiciële vragen.[56] De behandeling van prejudiciële vraagprocedures krijgt ook steevast voorrang boven de behandeling van (nagenoeg alle) andere cassatieprocedures. Prejudiciële vragen belanden boven op de stapel en het bureau wordt bijna letterlijk leeggemaakt: 'opeens is de zaak er, en dan moet je ruimte maken in je agenda', zo leerde een geïnterviewde A-G ons.[57] Sommige advocaten en feitenrechters complimenteren de Hoge Raad en het Parket met de snelheid waarmee de prejudiciële vraag is beantwoord en zien in de snelheid van de afhandeling een belangrijke reden voor het succes van de regeling.[58]

Over de snelheid van de afhandeling van de *gehele* eerste of tweede aanleg-procedure – dat wil zeggen vanaf het moment van de vraagstelling tot, indien dat er komt, het eindvonnis van de rechtbank of eindarrest van het het gerechtshof – zijn de geïnterviewde advocaten over het algemeen ook positief,[59] maar in dit verband is wel vaker opgemerkt dat het soms nogal lang duurde voordat er een einduitspraak kwam. Ook zijn enkele omstandigheden naar voren gekomen die tot vertraging hebben geleid of in de ogen van de geïnterviewde tot vertraging kunnen leiden. Zo kan vertraging ontstaan doordat partijen hun zaak intrekken, door praktische omstandigheden zoals een zomerreces of door het onbenullige feit dat een prejudiciële vraag die op de griffie van een rechtbank blijft liggen,[60] en (de meest genoemde factor) de (hoge) werkdruk bij de feitenrechter.

---

[56] Zie ook paragraaf 3.3.10. Eventuele vertragingen die zich hebben voorgedaan terwijl een prejudiciële vraagprocedure bij de Hoge Raad aanhangig was, zijn ontstaan door omstandigheden die (nagenoeg) buiten de invloedsfeer van de Hoge Raad en het Parket liggen; zoals een zomerreces of het feit dat partijen ervoor kiezen om de zaak aan te houden.

[57] De andere geïnterviewde A-G sprak over 'het bureau leegvegen'. Zie ook paragraaf 5.1.

[58] Dat zien wij ook zo, zie paragrafen 3.3.10 en 5.1.

[59] De Hoge Raad, het Parket, en cassatieadvocaten hebben hier minder goed zicht op.

[60] Dit 'bedrijfsongeval' deed zich voor in beslissing over de telefoonabonnementen, HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, *NJ* 2015/477 (*telefoonabonnementen I*). Zie Streefkerk 2015, p. 251, noot 38. Een raadsheer in de Hoge Raad merkte in dit verband op dat 'we in de telegraaf hadden gelezen dat de vraag gesteld zou worden, 'Kantonrechter gaat prejudiciële vraag stellen'. Dus wij zaten al handenwrijvend voor de brievenbus. Er gebeurde maar niets. Op een gegeven moment is er gezegd, jongens, we moeten het nu wel

Van belang is dat meerdere geïnterviewden de waarschuwing afgeven dat bij een toename van het aantal prejudiciële vraagprocedures, de snelheid van de prejudiciële vraagprocedure en daarmee tevens het succes van de regeling onder druk kan komen te staan. Een snelle behandeling van prejudiciële vragen wordt gezien als een belangrijke voorwaarde en een reden voor het succes van de regeling. Een snelle afwikkeling van prejudiciële vraagprocedures maakt de regeling toegankelijk en uitvoerbaar. Prejudiciële vragen betreffen doorgaans rechtsvragen waarbij het gezien de aard van de belangen die op het spel staan, belangrijk is dat binnen afzienbare tijd een antwoord van de Hoge Raad komt. Een te lang durende prejudiciële procedure kan (en zal) ongetwijfeld afbreuk doen aan dit belang. Snelheid is daarnaast geboden 'omdat er zoveel mensen op duidelijkheid zitten te wachten', aldus een advocaat.

Voorts is een snelle afhandeling van prejudiciële vraagprocedures van belang omdat rechtbanken en hoven andere, gelijksoortige procedures plegen aan te houden indien de rechtsvraag in prejudiciële vraagvorm bij de Hoge Raad ligt.[61] Als de beantwoording van prejudiciële vragen (te) lang op zich laat wachten kunnen 'de kasten bij de rechtbanken en hoven overlopen' met als gevolg dat een efficiënte rechtspleging bij de rechtbanken en hoven onder druk komt te staan. In paragraaf 4.11.5 wordt hier nader op ingegaan. Ook vanuit het Parket komt het signaal dat het uitgangspunt van 'ruim baan voor prejudicieel' organisatorische grenzen kent. Een A-G: 'Stel nu dat er drie prejudiciële vragen per maand binnen zouden komen. Ik denk dat we dan als organisatie een probleem krijgen'. Tijdens de interviews zijn overigens geen signalen geuit dat de grenzen thans al zijn bereikt of in het zicht zijn, behalve dat sommige rechters, zoals gezegd, wijzen op de praktische effecten van het aanhouden van zaken waarin een rechtsvraag ligt die als prejudiciële vraag bij de Hoge Raad voorligt. Dit punt komt nader in paragraaf 4.11.5 aan de orde.

4.9 Rechtsvorming

4.9.1 Introductie

Om zicht te krijgen op de mate waarin de prejudiciële vraagprocedure in de ogen van de geïnterviewden bijdraagt aan rechtsvorming door de Hoge Raad, hebben we de geïnterviewden eerst de vraag gesteld wat zij onder het begrip rechtsvorming verstaan. Vervolgens hebben we ze de vraag gesteld of de prejudiciële vraagprocedure bijdraagt aan rechtsvorming, zoals zij dat verstaan. Hieronder worden eerst de belangrijkste elementen van het concept rechtsvorming zoals dat door de geïnterviewden is omschreven, besproken (paragraaf 4.9.2). Vervolgens wordt in de daaropvolgende paragrafen besproken of de prejudiciële procedure in de ogen van de geïnterviewden bijdraagt aan rechtsvorming. Daarbij komt eerst de vraag aan de orde of de prejudiciële procedure, in vergelijking met de normale cassatieprocedure, bijdraagt aan de rechtsvormende aard van beslissingen van de Hoge Raad (paragraaf 4.9.3). Vervolgens behandelen we de vraag of de prejudiciële procedure rechtsvorming door de Hoge Raad mogelijk maakt op gebieden waar dat voorheen wellicht minder snel of in het geheel niet mogelijk was (paragraaf 4.9.4). Eveneens komt, mede in dat licht, aan de orde of wellicht, vanuit het perspectief van rechtsvorming, overbodige vragen aan de Hoge Raad worden gesteld (paragraaf 4.9.5) Afgesloten wordt met de verhouding tussen rechtsvorming via de prejudiciële weg en rechtsvorming door discoursvorming in de eerste- en tweedelijnsrechtspraak (paragraaf 4.9.6).

---

weten, misschien is die zaak wel geschikt. Toen hebben we opgebeld, en toen bleek die daar nog gewoon te liggen, met de gedachte 'die gaat vanzelf wel naar Den Haag'.

[61] Zie nader de paragrafen 3.3.7.3. en 4.11.5.

4.9.2 De vele aspecten van rechtsvorming

Op de vraag wat men onder rechtsvorming verstaat zijn veel verschillende antwoorden gegeven. Sommigen verstaan onder rechtsvorming het 'doorhakken van een knoop', terwijl anderen pas over rechtsvorming spreken als de Hoge Raad 'nieuwe regels ontwerpt' ('uitleggen? Dat is géén rechtsvorming…'). Een eerste rode draad die in ieder geval valt te ontwaren uit de antwoorden, is dat het bij rechtsvorming gaat om een rechterlijke beslissing die sturend is voor de beoordeling (bij rechtbanken en hoven) van soortgelijke gevallen als die waarop de beslissing betrekking heeft. Dat prejudiciële vragen en antwoorden deze werking hebben en van belang zijn voor meerdere procedures, staat voor de geïnterviewden niet ter discussie.[62]

Ten tweede voegt een rechtsvormende rechterlijke beslissing 'iets' toe aan het desbetreffende materieelrechtelijke en/of procesrechtelijke domein en brengt het antwoord een verandering aan in de stand van zaken op dat rechtsgebied.[63]

Het derde (cruciale) punt is dat deze verandering verschillende vormen en gradaties kan aannemen. Een prejudicieel antwoord kan voorzien in nieuwe rechtsregels, hetgeen door iedereen als rechtsvorming pur sang wordt beschouwd.[64] De zaak over het bewijsbeslag wordt in dit verband vaak aangehaald als een voorbeeld. In dat geval zijn, aldus meerdere geïnterviewden, door de Hoge Raad verschillende leemtes in het recht gevuld met nieuw (rechters)recht. Maar rechtsvorming kan ook plaatsvinden doordat een onduidelijkheid over de uitleg of reikwijdte van een regel wordt opgehelderd. Veelal is er in deze situatie een aantal afgebakende opties en 'moet er gewoon een knoop worden doorgehakt omdat mensen gewoon moeten weten welke kant we nou op gaan met z'n allen.' Een voorbeeld: de collectieve buitengerechtelijke stuiting van de verjaring in een collectieve actie-procedure, mag dat wel of niet?[65] Of: verliest een werknemer die arbeidsongeschikt is, zijn recht op doorbetaling van loon gedurende de hele periode waarin hij weigert passende arbeid te verrichte of alleen voor de uren waarin hij weigert passende arbeid te verrichten?[66] En denk, ten slotte, aan de vraag of art. 39 lid 1 Fw ook geldt voor de huur van roerende zaken.[67] Daarnaast kan rechtsvorming slaan op het verfijnen van rechtsregels naar specifieke(re) omstandigheden: 'als ik zeg wat deze boekhouder, als zorgvuldig boekhouder had moeten doen, is dat natuurlijk normstellend en in zekere zin ook rechtsvormend.' Een laatste punt is dat rechtsvorming op verschillende niveaus en door middel van verschillende instrumenten kan geschieden. Hierbij moet naast de prejudiciële vraagprocedure met name worden gedacht aan rechterlijke beslissingen door rechtbanken en hoven en informele en formele afspraken tussen de rechterlijke instanties over hoe om te gaan met bepaalde geschillen. Zoals in paragraaf 4.9.5 wordt besproken, kan deze vorm van rechtsvorming volgens sommige geïnterviewden onder druk komen te staan als gevolg van de prejudiciële vraagprocedure.

Al met al kan het begrip 'rechtsvorming' ook begrepen worden aan de hand van de metafoor van het bouwen en inrichten van een huis. Wordt het huis ontworpen en vervolgens vanaf de fundering gebouwd? Of gaat het 'slechts' om het kiezen van de kleur van de gordijnen of om het open of dicht maken van een raam? De vraag is dan: draagt de prejudiciële vraagprocedure eraan bij dat er sneller een steviger huis kan worden gebouwd?

---

[62] Zie paragraaf 4.10.2.
[63] De Hoge Raad erkent overigens ook dat het hier om moet gaan bij een prejudiciële procedure ('acte éclairé').
[64] Althans iedereen waarbij dit in het gesprek aan de orde is gekomen.
[65] HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:766, *NJ* 2015/306 (stuiting door 3:303a-rechtspersoon).
[66] HR 6 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1341 (verval loonaanspraak bij arbeidsongeschiktheid).
[67] HR 9 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:42, *NJ* 2015/43 (*opzeggen huur roerende zaken door curator*).

4.9.3 Een mooi instrument dat bijdraagt aan rechtsvorming door de Hoge Raad…

In de ogen van het merendeel van de geïnterviewden vormt de prejudiciële vraagprocedure een (zeer) geschikt instrument om rechtsvorming door de Hoge Raad te bewerkstelligen en te bespoedigen. De bijdrage van het instrument aan rechtsvorming zou 'onmiskenbaar' zijn. Het instrument zou (wat betreft de bijdrage aan rechtsvorming) dan ook 'echt een toegevoegde waarde' vormen ten opzichte van de andere routes naar de Hoge Raad, zoals sprongcassatie, cassatie in het belang der wet en de normale cassatieroute. Zo vindt een raadsheer de antwoorden in de zaken over 'kosten van huurbemiddeling,[68] bewijsbeslag bij niet-IE-zaken,[69] telefoonabonnementen[70] en de alleenstaande ouderkop[71] heel mooie antwoorden, waarvan het maar de vraag is of deze zo hadden kunnen worden gegeven, als men had moeten wachten op de traditionele wijze.' 'Prejudicieel kan veel', voegde de desbetreffende raadsheer nog toe.

Dat de prejudiciële vraagprocedure van toegevoegde waarde is voor de rechtsvorming door de Hoge Raad, heeft volgens de geïnterviewden te maken met twee omstandigheden. Ten eerste is de Hoge Raad in een prejudiciële vraagprocedure geen cassatierechter, waardoor hij meer vrijheid heeft om naar gelang hij dat nodig acht te voorzien in bepaalde rechtsvormende antwoorden. Hij is niet gebonden aan de oordelen van het gerechtshof of de rechtbank en de daartegen gerichte specifieke cassatiemiddelen. In prejudiciële vraagprocedures zouden rechtsvragen dan ook in een 'zuivere(der) vorm' kunnen worden voorgelegd aan de Hoge Raad. De rechtsvragen zijn 'ontdaan van de ruis' die bij normale cassatieprocedures meestal wel aanwezig is. Een tekenend voorbeeld van dit grote voordeel van de prejudiciële route ten opzichte van de normale cassatieroute, kan volgens een advocaat worden gevonden in de prejudiciële procedure over het overwaarde-arrangement. Parallel aan deze prejudiciële vraagprocedure liep een sprongcassatie die was opgezet als een proefprocedure.[72] In de sprongcassatieprocedure wilde men duidelijkheid krijgen over dezelfde rechtsvraag die speelde in de prejudiciële vraagprocedure. Dat is evenwel niet gelukt, aldus deze advocaat: 'wat gebeurde er in die sprongcassatie, daar kwam de rechtbank met een heel verrassend vonnis. De rechtbank kwam in de sprongcassatiezaak helemaal niet toe aan het antwoord op de vraag. Dat leidde er vervolgens toe dat partijen behoorlijke kunstgrepen hebben moeten toepassen in het cassatiemiddel om toch nog de gewenste vragen aan de Hoge Raad te kunnen voorleggen. Dat is maar voor een deel gelukt. Dus dan zie je eigenlijk dat je het veel meer uit handen geeft als je kiest voor die sprongcassatieroute.' Dit gegeven heeft volgens deze persoon ook invloed op de bijdrage die de Hoge Raad in cassatie kan leveren aan de rechtsvorming. 'De Hoge Raad is toch een beetje met handen en voeten gebonden aan het strakke regime dat geldt in cassatie, het vonnis en het cassatiemiddel wat daartegen is gericht. Bij deze stand zaken kun je als partij eigenlijk niets anders dan tegen de Hoge Raad zeggen: dit is een proefprocedure, ook als u van oordeel bent dat deze klachten falen, ook bij gebrek aan belang, kunt u dan toch nog ten overvloede ingaan op…?' Daarom is de 'prejudiciële vraagprocedure echt wel een enorme aanvulling op de normale route'.

Ten tweede zou de prejudiciële vraagprocedure van toegevoegde waarde zijn voor de rechtsvorming, omdat de Hoge Raad in een prejudiciële vraagprocedure niet kan 'duiken'. Met de term 'duiken' wordt bedoeld dat de Hoge Raad in (reguliere) cassatieprocedures

---

68 HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099 (*huurbemiddelingskosten*).
69 HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958, *NJ* 2014/455 (*bewijsbeslag*).
70 HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, *NJ* 2015/477 (*telefoonabonnementen I*).
71 HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3011, *NJ* 2015/465 (*alleenstaande ouderkop*).
72 HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3094, *RvdW* 2015/114 (*Ingmers/ING*). Zie hierover ook paragraaf 3.7.4.

rechtsvragen die met het oog op de rechtsvorming van belang zijn, maar die in de ogen van de Raad in de specifieke procedure (nog) niet rijp zijn voor beantwoording, onbeantwoord laat door op andere gronden het cassatieberoep te honoreren of te verwerpen. In een prejudiciële vraagprocedure kan men, zodra de vraag ontvankelijk is verklaard, niet aanstonds van beantwoording afzien (393 lid 2 jo lid 8).[73]

4.9.4 …en de toegang tot de Hoge Raad vergroot

Een ander punt dat vermelding verdient, is dat volgens veel van de geïnterviewde personen de prejudiciële vraagprocedure eraan bijdraagt dat de Hoge Raad in de gelegenheid wordt gesteld tot rechtsvorming ten aanzien van rechtsvragen die anders minder snel of in het geheel niet bij de hem zouden belanden. 'Huurbemiddeling? Die was vast niet zo snel bij de Hoge Raad gekomen. Misschien helemaal niet.' En zo zou de procedure over de vergoeding van buitengerechtelijke incassokosten in consumentenzaken (de zogeheten veertiendagen-brief-procedure) de Hoge Raad normaliter, aldus een feitenrechter, nooit bereiken.[74] De prejudiciële vraagprocedure verlaagt dan ook de drempel, conform de verwachtingen, voor toegang tot de Hoge Raad.

Het voorgaande geldt, zo maken wij op uit de interviewverslagen, in het bijzonder met betrekking tot procedures die bepaalde kenmerken hebben. Het betreft hier meestal vragen waarin er géén repeat player als procespartij opduikt. Daarbij gaat het als eerste om procedures waarbij het voor één van de procespartijen vanwege financiële redenen onaantrekkelijk of zelfs onmogelijk is om tot de Hoge Raad door te procederen. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn omdat de cliënt zelf de proceskosten – zoals de kosten van rechtsbijstand (in het bijzonder van de cassatieadvocaat) en de griffierechten – moet dragen (de zogeheten 'betalende cliënten') en deze kosten niet opwegen tegen de potentiële opbrengsten van verder procederen, bijvoorbeeld omdat het financiële belang waarover wordt geprocedeerd te gering is of omdat de cliënt simpelweg het geld er niet voor heeft ('iedere euro is voor sommige mensen teveel', aldus een advocaat). Zo meldt een advocaat dat naar verwachting in vele van de telefoonabonnement-zaken niet (snel) tot de Hoge Raad zou zijn doorgeprocedeerd, omdat het jonge mensen betreft waarbij de eigen bijdrage een flinke drempel kan opwerpen om verder te procederen.[75]

Daarnaast kan ook de emotionele impact van een juridische procedure op één van de procespartijen en daaruit voortvloeiende procesmoeheid, eraan in de weg staan dat men gaat doorprocederen tot de Hoge Raad. Omdat het uiteindelijk aan de rechter is om te beslissen al dan niet een vraag te stellen en, zo wordt in paragraaf 4.11.3 nader uitgewerkt, de kosten van een prejudiciële vraagregeling relatief laag zijn, verlaagt de prejudiciële vraagprocedure met name voor deze gevallen de drempel om toegang te krijgen tot de Hoge Raad. Daarnaast maakt de prejudiciële vraagprocedure het mogelijk om de Hoge Raad te bereiken in (kanton)zaken die voorheen vanwege de appélgrens (art. 332 Rv) of een appélverbod de Hoge Raad niet konden bereiken.[76] Ten slotte zouden nu ook rechtsvragen de Hoge Raad kunnen bereiken die daar voorheen niet zouden belanden vanwege het spoedeisende belang dat zich aandient in de desbetreffende zaak en men na een uitspraak in eerste aanleg geen belang erbij heeft om door te procederen. Illustratief, aldus de geïnterviewden, voor de hiervoor bedoelde punten zijn onder andere de prejudiciële

[73] De Hoge Raad kan alsnog op de voet van art. 393 lid 8 Rv beslissen dat de vraag zich niet leent voor beantwoording (of minder waarschijnlijk in dit stadium: van gering belang is). Dit criterium is dermate ruim dat het de Hoge Raad veel vrijheid laat.

[74] HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1405, *NJ* 2014/406 (*veertiendagenbrief*).

[75] In hoeverre de kosten een drempel opwerpen voor prejudicieel procederen, is ons in dit verband niet helemaal helder geworden. Zie hierover ook paragraaf 4.11.3.

[76] Zie voor kantonzaken ook art. 80 RO.

vraagprocedures over de buitengerechtelijke incassokosten na verzending van een veertiendagenbrief[77], over de last tot inbewaringstelling op grond van art. 21 wet BOPZ[78], de kosten voor huurbemiddeling,[79] de eerste prejudiciële procedure over de telefoonabonnementen,[80] de verlenging van een schuldsaneringstraject na het verstrijken van de wettelijke termijn van art. 349a Fw,[81] het verzoek tot toelating tot de schuldsaneringsregeling[82], de zaak over bewijsbeslag in niet-IE-zaken[83] en vraag over de kinderalimentatieberekening.[84] Een bijkomend gunstig effect van de procedure is dat in procedures die, zoals een raadsheer het noemde, 'rechtsbeschermingsachtige vragen' bevatten (denk bijvoorbeeld aan vragen over de schuldsanering), de Hoge Raad de prejudiciële procedure kan inzetten als rechtsbeschermingsinstrument.

De verlaging van de drempels tot de Hoge Raad is bepaald niet overbodig, aldus een geïnterviewde raadsheer. Deze gaf aan dat onder meer 'door de verhoging van de griffierechten in alle instanties, de aantrekkelijkheid van de civiele rechter in het algemeen is verkleind. Daar komt bij dat de positie van de Hoge Raad als ons belangrijkste rechtsprekende college op het terrein van het civiele recht onder druk staat. Anders dan de strafrechter en de belastingrechter, opereert de civiele rechter in een klimaat met veel concurrenten van geschilbeslechting.' Deze twee ontwikkelingen hebben, zo beaamden ook anderen, een (bepaalde mate van) vermindering van belangrijke rechtsvragen bij de rechtbanken, de hoven en met name de Hoge Raad tot gevolg gehad. In het bijzonder zou 'het middensegment' zijn weggevallen. De mogelijkheid om tegen geringe kosten prejudiciële vragen te stellen[85] kan tot op bepaalde (lees: beperkte) hoogte deze leemte opvullen.

4.9.5 Maar er zouden ook overbodige vragen (kunnen) worden gesteld…

Het is, mede met het oog op een efficiënte rechtspleging, evenwel uitkijken dat voor de juiste zaken en de juiste partijen de drempels tot de Hoge Raad worden verlaagd. Sommige rechters vragen zich bijvoorbeeld het nut af van bepaalde vragen: 'er zijn bijvoorbeeld vragen geweest over de vraag of de veertiendagenbrief, bij buitengerechtelijke incassokosten, of dat dan een veertiendagenbrief, een vijftiendagenbrief of een zestiendagenbrief is. Dan denk ik ja jongens, dit gaat dus echt helemaal nergens over. Dat moet je gewoon beslissen (…). Dat is de verantwoordelijkheid van de eerste lijn.' Ook een cassatieadvocaat merkte op dat, ook op initiatief van *repeat players*, sommige vragen 'te snel aan de HR worden voorgelegd, terwijl men in de praktijk normaliter ook wel een weg zou hebben gevonden.' Niet in alle procedures is dus de behoefte in de rechtspraktijk aan rechtsvorming door de Hoge Raad even groot. Een waarschuwing die in deze context relevant is, is dat de regeling aan zijn eigen succes ten onder kan gaan. Mede vanwege de toegankelijkheid en aantrekkelijkheid van de regeling kan het voor bepaalde partijen zeer aantrekkelijk zijn om een prejudiciële vraag te stellen. Als dit er te veel worden, kan het

77 HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1405, *NJ* 2014/406 (*veertiendagenbrief*).
78 HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3011 (*alleenstaande ouderkop*).
79 HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099, *RvdW* 2015/1125 (*huurbemiddelingskosten*).
80 HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385 (*telefoonabonnementen I*). Onlangs is over deze materie een tweede prejudiciële beslissing gewezen, zie HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236 (*telefoonabonnementen II*). Ten tijde van de interviews was deze beslissing er nog niet. Wij kunnen ons evenwel voorstellen dat ook deze beslissing past in het opgenomen rijtje van procedures die voorheen minder snel de Hoge Raad zouden bereiken.
81 HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2935, *NJ* 2014/470 (*verlenging schuldsanering*).
82 HR 13 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:589, *NJ* 2015/157 (*omzetting faillissement*).
83 HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958, *NJ* 2014/455 (*bewijsbeslag*).
84 HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3011, *NJ* 2015/465 (*alleenstaande ouderkop*).
85 Zie over dit kostenaspect paragraaf 4.11.3.

succes van de regeling volgens meerdere geïnterviewden onder druk komen te staan, zoals reeds in paragraaf 4.8.3 is besproken.[86]

4.9.6 De verhouding tot rechtsvorming door discoursontwikkeling bij de rechtbanken en hoven

De prejudiciële vraagprocedure is niet het enige instrument waarmee rechtsvorming gestalte kan worden gegeven. Rechtsvorming door 'discoursontwikkeling' bij de rechtbanken en hoven, d.w.z. een reeks van uitspraken van rechtbanken en hoven, wordt vaak genoemd als rechtsvormingsinstrument. De vraag is hoe de prejudiciële vraagprocedure zich verhoudt tot dit mechanisme van rechtsvorming. Een voordeel van de prejudiciële vraagprocedure is dat indien er een 'clash of opinions' is tussen rechtbanken en/of hoven – zoals het geval zou zijn geweest bij onder meer de vragen over de kinderalimentatie[87] en over doorbetaling van loon bij ziekte[88]– de Hoge Raad snel een knoop kan doorhakken en ervoor kan zorgen dat de neuzen dezelfde kant op gaan staan. Zo hield de problematiek rondom de alleenstaande ouderkop heel Nederland bezig, mede omdat de uitspraken van de rechtbanken en hoven van 'links naar rechts gingen'. Dat komt de rechtszekerheid en -duidelijkheid niet ten goede. 'Het was zelfs een soort Russisch roulette, iets dat niet kan in een rechtsstaat', aldus een advocaat. Daarom verwelkomde deze advocaat, net als andere geïnterviewden, de prejudiciële vraag van het Hof Den Haag en het antwoord van de Hoge Raad. Met behulp van de prejudiciële vraagprocedure is snel rechtseenheid verkregen en rechtszekerheid verschaft. Ook rechters beamen dit voordeel van de prejudiciële vraagprocedure. Indien er tegenstrijdige uitspraken van rechtbanken en hoven zijn, zou de feitenrechter dan ook 'niet een te grote broek moeten aantrekken (aldus een rechter)' door zelf te beslissen, maar juist prejudiciële vragen moeten stellen.

Maar er zijn, door nagenoeg alle feitenrechters, ook kritische kanttekeningen geplaatst bij de verhouding tussen rechtsvorming door discoursontwikkeling en rechtsvorming via de prejudiciële vraagprocedure. Een eerste nadeel van de prejudiciële vraagprocedure, dat door meerdere feitenrechters naar voren is gebracht,[89] is dat rechtsvorming door discoursontwikkeling bij de rechtbanken en hoven de pas kan worden afgesneden door een te vroege prejudiciële vraag aan de Hoge Raad. In bepaalde gevallen zou het veeleer wenselijk zijn om eerst een bepaalde mate van rechtsvorming bij de rechtbanken en hoven te laten plaatsvinden, alvorens een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad wordt voorgelegd. Zo zou rechtsvorming via de route van discoursontwikkeling wenselijk zijn ten aanzien van rechtsvragen waarop vele verschillende antwoorden mogelijk zijn, vervolgvragen kunnen rijzen en/of de praktische implicaties van mogelijke antwoorden voor de rechtspraktijk nog

---

[86] We komen erop terug in paragraaf 5.2.2.

[87] HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3011, *NJ* 2015/465 (*alleenstaande ouderkop*). Hierin stond, kort gezegd, de vraag centraal of het kindgebonden budget en de *alleenstaande ouderkop* in aanmerking moeten worden genomen bij de berekening van de behoefte van het kind *of* bij de draagkracht van de ouder. Deze berekening werd in den lande anders uitgevoerd.

[88] HR 6 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1341, *RvdW* 2014/780 (*verval loonaanspraak bij arbeidsongeschiktheid*) Het ging in deze procedure om de betekenis van art. 7:628 lid 3 onder c en d, dat bepaalt dat een werknemer bij arbeidsongeschiktheid zijn recht op doorbetaling van loon verliest, 'voor de tijd gedurende welke' hij zonder goede grond passende arbeid niet heeft verricht of weigert om aan redelijke voorschriften te voldoen die erop gezicht zijn hem in staat te stellen tot passende arbeid. De vraag was, in essentie, of de zinsnede 'voor de tijd gedurende welke' zo moest worden volstaan dat het gaat om de *periode* waarin de werknemer dit verwijt treft, met als gevolg dat voor die periode het recht op door betaling van loon voor die periode vervalt of dat het gaat om de uren waarin ten onrechte geen passende arbeid is verricht, met als gevolg dat de werknemer alleen voor die uren het recht op doorbetaling van loon verliest. Zoals de vraagstellende rechter ook vermeldt in zijn vraagstellende vonnis, wordt deze vraag verschillende beantwoord. Zie Rb. Midden-Nederland 18 december 2013 ECLI:NL:RBMNE:2013:7614 (*verval loonaanspraak bij arbeidsongeschiktheid*), r.o. 5.3.2.

[89] En dat overigens ook al is genoemd in Van Kampen & Giesen 2013, p. 13.

niet (voldoende) duidelijk zijn. Zo vroeg een rechter zich af of bij de eerste telefoonabonnementen-zaak (waarin een vraag voorlag die voor zijn rechtbank 'iets totaal nieuws was') de problematiek wel voldoende was uitgekristalliseerd. Kennelijk was dit in zijn ogen niet het geval en hij voegde hier aan toe dat 'er best eerst wel verschillende uitspraken hadden mogen zijn' alvorens werd overgegaan tot het stellen van een prejudiciële vraag. Rechtsvorming via discoursontwikkeling zou als voordeel hebben dat het palet aan verschillende vragen, antwoorden en consequenties daarvan (meer) 'uitgekristalliseerd wordt'. Anderzijds kan, zo merkt een rechter op, een gebrek aan discoursvorming en een daaruit voortvloeiend gebrek aan mogelijke oplossingsrichtingen en implicaties van deze oplossingsrichtingen, worden gecompenseerd 'doordat bij de prejudiciële vraagprocedure de input van belangenorganisaties kan worden verkregen.'

Ten slotte zou rechtsvorming via discoursvorming een mogelijke route zijn in veel voorkomende procedures waarin een rechtsvraag met een zaaksoverstijgend belang voorligt, maar waarin men in de *specifieke* procedure belang heeft bij een zeer vlotte afwikkeling.[90] Een voorbeeld dat door verscheidene rechters wordt genoemd, is het nieuwe arbeidsrecht. Men kan over de 'Wet Werk en Zekerheid aan de lopende band prejudiciële vragen stellen: bijvoorbeeld of een voorwaardelijke ontbinding wel of niet kan binnen de Wet Werk en Zekerheid.' Over dit soort vragen zou volgens deze rechter tussen de rechterlijke instanties al een heel debat gaande zijn. 'Er zijn rechtbanken die het wel doen, er zijn rechtbanken die het niet doen.' Maar als, aldus deze rechter, 'onze rechtbank beslist prejudiciële vragen te stellen, dan gaan wij dus in WWZ-zaken, arbeidszaken waarbij je dus tempo moet hebben, zes à zeven maanden op onze handen zitten.' Dat betekent, aldus deze rechter, 'dat men geen arbeidsovereenkomsten in de periode, mede vanwege de hoeveelheid zaken die dan worden aangehouden, zou kunnen ontbinden.' Bij die stand van zaken zou een prejudiciële vraag 'hartstikke ongewenst zijn'.[91] Zeker omdat het debat al gaande is. De keerzijde van deze situatie is evenwel dat er voor een bepaalde periode rechtsongelijkheid is. Maar, althans zo vraag deze rechter zich af, 'is dat erg?' 'Het blijft ongelukkig als de ene rechtbank rechtsaf gaat en de andere rechtbank linksaf, maar partijen hebben wel duidelijkheid in hun geschil. Mensen weten waar ze aan toe zijn.' Anderzijds, zo merkt een rechter op, moet men het ook in een breder perspectief zien. 'Uiteraard moet men even wachten, maar misschien dat het voor de toekomst de afdoening weer versnelt. Dan kun je zeggen: ik heb als individuele consument er niets mee te maken dat over een of twee jaar een andere consument sneller duidelijkheid heeft. Maar er is ook wel een breder plaatje natuurlijk….'

Een (ogenschijnlijk) fundamenteel punt, dat door een cassatieadvocaat is aangestipt, betreft de vraag of de prejudiciële vraagprocedure een geschikt instrument is voor rechtsvorming in de grote en complexe aansprakelijkheidszaken (denk aan 'Urgenda en de productaansprakelijkheidszaak over tabak[92]') waarbij macro-effecten in het geding kunnen zijn die, met het oog op rechtsvorming, van bepalend belang zijn voor de inhoud van de rechterlijke beslissing.[93] Volgens deze persoon spreekt het niet voor zich dat de Hoge Raad in complexe procedures waarin dit soort macro-effecten een belangrijke rol spelen, zich in een vroeg stadium uitlaat. Want 'het is bijna ondenkbaar dat je over dat soort feiten enig zinnig debat zou kunnen voeren voor de Hoge Raad, bij de huidige stand van zaken. Dan

[90] Dat is enigszins opmerkelijk te noemen omdat de prejudiciële procedure bij uitstek bedoeld is voor dit soort vragen.

[91] Daarbij dient te worden opgemerkt dat men niet hoeft aan te houden. Zie art. 392 lid 6 Rv en paragraaf 3.3.7.3.

[92] Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (zie over dit punt met betrekking tot de Urgenda-procedure ook de noot van De Jong in *NTBR* 2015/46, p. 325-326) resp. Rb. Amsterdam 17 december 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BG7225.

[93] Over macro-effecten, zie paragraaf 4.7.2. en De Jong 2016, p. 52 e.v.

moet je de procedure bij de Hoge Raad totaal anders gaan inrichten. Tot dusverre werkt het alleen nadat er al een stevig en uitgewerkt debat over de (macro)feiten heeft plaatsgevonden. Dat debat moet zich hebben uitgekristalliseerd en de feitenrechters die hebben daarvoor de instrumenten en zijn geëquipeerd om feitenonderzoek te doen. En als het gaat over macro-informatie over bijvoorbeeld de betrokken maatschappelijke belangen, dat is een soort van feitenvaststelling die in veel gevallen eigenlijk vrij dicht aanligt tegen wat een feitenrechter eigenlijk doet. Dat is precies de gedachte waarom je met name in de grote aansprakelijkheidszaken, die feitenrechters eerst een groot deel van het werk moet laten doen.'

Of de procedure bij de Hoge Raad inderdaad onvoldoende hierop is toegerust, laat zich echter nog niet met zekerheid zeggen omdat dit type zaak nog nooit onderwerp is geweest van een prejudiciële vraagprocedure. Wel is het zo dat de wettelijke regeling processuele mogelijkheden bevat om hieraan tegemoet te komen indien gewenst. Zoals deze cassatieadvocaat eveneens erkende, kan men in dit verband denken aan het inschakelen van derden als 'experts' en aan de mogelijkheid van een mondelinge toelichting bij de Hoge Raad (resp. 393 lid 2 en lid 4 Rv). Daarbij moet men echter, vanwege in paragraaf 4.6.6 behandelde redenen, niet teveel verwachten van de mondelinge behandeling. Het blijft, ook bij een mondelinge behandeling, moeilijk voor de rechter om de adequaatheid en betrouwbaarheid van de (macro-)informatie te beoordelen. Dat probleem speelt echter zowel bij de Hoge Raad als bij de feitenrechter.[94]

4.10 Rechtszekerheid en rechtseenheid

4.10.1 Introductie

Om te achterhalen of de prejudiciële vraagprocedure naar de ervaring van de betrokkenen de rechtszekerheid en rechtseenheid ten goede komt, hebben we tijdens de interviews eerst gevraagd naar de betekenis van (bepaalde) prejudiciële antwoorden voor soortgelijke procedures (paragraaf 4.10.2). In het verlengde hiervan hebben we de vraag gesteld of de prejudiciële procedure naar de ervaring van de geïnterviewde andere procedures voorkomt (paragraaf 4.10.3)[95] en of de prejudiciële procedure de schikkingsbereidheid van de (proces)partijen al dan niet kan verhogen (paragraaf 4.10.4). Vermelding dient dat bij de analyse van deze bevindingen enkele methodologische beperkingen, die hieronder in aanvulling op paragraaf 1.7 nader worden besproken, in ogenschouw dienen te worden genomen.

4.10.2 Het belang van de antwoorden voor soortgelijke procedures

Op de vraag of de prejudiciële vraagprocedure een goed instrument is om rechtseenheid en rechtszekerheid te bereiken, werd eigenlijk eensluidend antwoord gegeven. 'No doubt about it,' aldus een A-G in bewoordingen die illustratief zijn voor de meeste antwoorden: 'Je stelt een vraag en je krijgt van de hoogste rechter het antwoord. Die ook inderdaad scheutig is met beantwoording en diverse aspecten daarvan. Daar kun je dus gewoon iets mee. En aangezien we hier in Nederland het goede systeem hebben dat de feitenrechter zich richt naar het oordeel van de Hoge Raad, is dat een prima weg.'

---

94 Zie hierover ook De Jong 2016.

95 Hetgeen bij een bevestigend antwoord een indicatie van rechtszekerheid kan zijn. Andersom geldt dat overigens niet *per se*. Het feit dat de prejudiciële procedure naar de mening van een betrokkene geen procedures voorkomt of juist genereert, betekent niet dat daarmee de rechtszekerheid onder druk staat. Het is goed mogelijk, zo bespreken we in paragraaf 4.10.3, dat een prejudiciële beslissing juist procedures mogelijk maakt en dat tegelijkertijd uit die beslissing duidelijk blijkt waarom en hoe deze procedures mogelijk zijn (bijvoorbeeld over de stuiting van de verjaring.)

Die ervaring hebben meer geïnterviewden. Zo menen meerdere advocaten dat bepaalde prejudiciële antwoorden de praktijk duidelijkheid hebben verschaft voor soortgelijke zaken: 'de hele faillissementspraktijk weet waar die aan toe is.' Ook kan het gebeuren dat een advocaat een aanzienlijk aantal dossiers onder zich heeft waarin de desbetreffende onduidelijkheid zich voordoet, waarbij gedacht kan worden aan de telefoonabonnement-zaken. En 'die alleenstaande ouderkop, iedereen weet waar die aan toe is' en 'voor de rechtszekerheid is het denk ik heel belangrijk.' 'Het antwoord van de Hoge Raad is zeker van belang voor de andere 750 procedures die destijds liepen over deze materie', aldus een andere advocaat over die zaak. Ook rechters zijn over het algemeen positief gestemd over de bijdrage van de prejudiciële procedure aan de rechtseenheid en rechtszekerheid. Zo zou nu 'elke rechter die wil verlengen bij schuldsanering weten: nou, zo moet ik het doen'. Ook het *'bewijsbeslag* geeft een kader voor soortgelijke zaken. Dus het is zeer van belang.' En eveneens is het prima dat 'compensatieregeling bij buitengerechtelijke kosten is beslist. Dan weet iedereen waar hij aan toe is.'

Daarnaast wordt in voorkomende gevallen de uitspraak van de Hoge Raad verwerkt in (interne) richtlijnen die rechters hanteren bij het behandelen van bepaalde gevallen. Zo is het antwoord in de *bewijsbeslag-zaak* verwerkt in de beslagsyllabus. Een andere relevante omstandigheid is dat op basis van de gesprekken met feitenrechters het beeld ontstaat dat rechtbanken (en dan met name de kantonsecties) en hoven zaken aanhouden waarin een rechtsvraag speelt die op dat moment ook in prejudiciële vraagvorm bij de Hoge Raad ligt.[96] In de feitenrechtspraak stemt men de rechtspleging dus af op lopende prejudiciële procedures. De reden om zaken aan te houden is dat men, mede met het oog op het belang van rechtszekerheid en een efficiënte rechtspleging, 'geen beslissingen wil nemen die daarna onjuist kunnen blijken te zijn.'

Ondanks de positieve signalen zijn er in het kader van de rechtszekerheid ook nog enkele bedenkingen naar voren gebracht, bezwaren die met name verband houden met de kwaliteit van de antwoorden. Zo plaatsen enkele rechters vraagtekens bij antwoorden die een omstandigheden- en gezichtspuntencatalogus verschaffen. Dit soort uitspraken zouden de rechtszekerheid minder ten goede komen. 'De praktijk had bijvoorbeeld bij de B2B-uitspraak[97] liever iets steviger handvatten gehad,' aldus een rechter. 'Want het blijft nu toch op alle feiten en omstandigheden hangen. (…) Voor de praktijk was het denk ik handiger geweest als ze zich wat meer bloot hadden gegeven.' Weliswaar is het voor de rechter wel duidelijk hoe hij om dient te gaan met buitengerechtelijke incassokosten en 'welke omstandigheden en feiten daarbij een rol spelen,' maar het is voor de rechtszoekende moeilijk(er) om te voorspellen welke omstandigheden in zijn geval doorslaggevend zullen zijn. Een andere rechter kraakte een soortgelijke kritische noot over de B2B-uitspraak: 'B2B-relaties, ehm, ik vond dat een ingewikkelde uitspraak'. Volgens deze rechter lag dat evenwel niet alleen aan de Hoge Raad 'maar kwam dat eerlijk gezegd ook' omdat hij de vragen van het hof 'heel ingewikkeld geformuleerd vond."[98]

4.10.3 Voorkomt de prejudiciële vraagprocedure procedures?

Een verwante vraag is of de prejudiciële procedure andere procedures voorkomt. Hierbij dient men de beperkingen van de gehanteerde onderzoeksmethode in ogenschouw te houden. Er is geen getalsmatig onderzoek gedaan naar deze vraag, voor zover het al mogelijk is om überhaupt aan de relevante cijfers te komen. Sommige rechters geven bijvoorbeeld aan dergelijk gegevens niet te hebben en 'daar dus niks zinnigs over te kunnen

[96] Zie ook paragraaf 3.3.7.3.
[97] HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1868, *RvdW* 2015/920 (*imputatie incassokosten*).
[98] Hierbij dient te worden aangetekend dat de Hoge Raad niet zonder meer gebonden is aan de formulering van de vragen. Zie ook de paragrafen 4.5.3 en 4.6.2.

zeggen.' Er wordt tevens aangegeven dat men niet kan zeggen 'goh, we hebben nu ineens honderd procedures meer of minder en die toe- of afname koppel ik aan het antwoord dat de Hoge Raad heeft gegeven.' Daar komt bij dat het met de in dit onderzoek gehanteerde methode niet mogelijk was om de (onderlinge verhouding tussen) variabelen die invloed hebben op een toe- of afname in procedures te benoemen en hoe de prejudiciële vraagprocedure zich verhoudt tot deze variabelen.

Een eerste indicatie dat de prejudiciële procedure andere procedures kan voorkomen biedt het feit dat sommige advocaten aangeven een regeling te hebben getroffen in soortgelijke zaken, mede naar aanleiding van het prejudiciële antwoord. Een andere relevante indicatie is dat, zoals besproken in paragraaf 4.8.1, het prejudiciële antwoord van de Hoge Raad er in meerdere gevallen toe heeft geleid dat partijen niet doorprocederen. Dit effect (het prejudicieel antwoord is het einde van de rechtsstrijd) vindt in de ogen van sommige geïnterviewden ook plaats in procedures waar dezelfde rechtsvraag speelt als de vraag die prejudicieel is beantwoord, maar waarin de rechter geen prejudiciële vraag heeft gesteld.[99] Desalniettemin zijn deze indicaties niet sterk genoeg om harde uitspraken te doen.

Op basis van de analyse van de interviews, lijkt met name van belang te zijn de combinatie van de aard van de prejudiciële vraag/antwoord en de rol van deze vraag in een procedure. Over procedures waarin zogeheten 'digitale' of 'eendimensionale' rechtsvragen (d.w.z. de vragen waar het 'A of B' is en de Hoge Raad dus een knoop heeft doorgehakt)[100] die de kern van het geschil raken centraal staan, hebben meerdere personen aangegeven dat ze verwachten dat het antwoord van de vraag procedures voorkomt. Zo merkte een advocaat op dat 'als nog eens iemand in een conflict met de curator zegt, ja maar dit is een roerende zaak dus daarom is deze bepaling wel of niet van toepassing… Dat punt is duidelijk. Dat hoeft niet te worden uitgemaakt, dus daar hoeft niet verder over te worden geprocedeerd.'

Het is echter nog maar de vraag of, en in hoeverre, de vragen die niet 'meteen aan de kern van de zaak raken' procedures (kunnen) voorkomen. Het ligt in de rede om te verwachten dat er geen procedures worden gestart over het specifieke punt waarover prejudicieel is beslist. Dat neemt evenwel niet weg dat er alsnog procedures kunnen worden gestart.[101] Zo zou de prejudiciële beslissing over de dagvaarding van de bewindvoerder bij een beschermingsbewind geen procedures voorkomen. 'Want die incasso gaat gewoon door. Het is volstrekt duidelijk wanneer de buitengerechtelijke incassokosten gaan tellen en die huurachterstand is er ook gewoon. Alleen de verhuurder weet nou dat die de bewindvoerder moet dagvaarden.' Iets soortgelijks geldt bijvoorbeeld bij de prejudiciële beslissing over de collectieve stuiting van de verjaring in collectieve actie-zaken op grond van art. 3:305a.[102] En zo zouden, aldus een rechter, de overgrote meerderheid van de kantonzaken 'simpele procedures zijn waarin prejudiciële vragen maar voor een deel antwoord geven.' Over 'buitengerechtelijke kosten kunnen bijvoorbeeld hele mooie vragen worden gesteld, maar die vragen zijn maar een onderdeel van de totale vordering. Dus of je dat regelt of niet, ja, dat hangt af van of het daadwerkelijk betaald wordt. Maar of je nou honderd euro aan buitengerechtelijke kosten, of honderdvijftig, of helemaal niks krijgt, ja dat staat los van de hoofdsom die zeven- of achthonderd euro is. Dat zijn aspecten die wel een rol spelen, maar voor de totale procedure niet zo doorslaggevend zijn.' De zaken waarin de prejudiciële vraag de kern vormt van het geschil, zou voor de sectie kanton niet 'eens één promille van de

[99] Met die kanttekeningen dat deze gevallen niet betrokken zijn in de analyse, mede omdat wij ze niet kennen. Zie hierover ook de paragrafen 1.7 en 3.3.2.3.

[100] Zie voor voorbeelden paragraaf 4.9.2.

[101] Dit effect is evenwel niet per se gerelateerd aan het prejudiciële karakter van de procedure, maar aan de inhoud van het recht.

[102] HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:766, *NJ* 2015/306 (stuiting door 3:305a rechtspersoon).

zaken zijn. Dat is dan ook zo'n klein deel van wat men aan zaken heeft op de sector kanton, dan merk je ook niet of partijen naar aanleiding van dat antwoord nu ineens zaken gaan regelen.' Ook is de (materieelrechtelijke) inhoud van het antwoord van belang. Zo kan een prejudicieel antwoord vervolgvragen oproepen ('hoe berekenen we nu huurtoeslag en zorgtoeslag in het kader van de alleenstaande ouderkop?') of onduidelijkheden openlaten waarover nader of opnieuw geprocedeerd moet worden om deze te verhelderen. De telefoonabonnementen-zaken wordt door meerdere geïnterviewden in dit verband als voorbeeld genoemd. Daarin had wellicht in de eerste zaak[103] op de vraag over onder meer de ambtshalve beoordeling door de rechter, zoals die (uiteindelijk) in de tweede zaak is gesteld,[104] kunnen worden geanticipeerd.[105]

Een andere omstandigheid is dat het prejudiciële antwoord het op inhoudelijke gronden in bepaalde gevallen ook juist aantrekkelijker kan maken om een procedure te starten, bijvoorbeeld omdat een antwoord een nieuwe juridische aanspraak in het leven roept. Een cassatieadvocaat merkte op dat na de uitspraak over huurbemiddeling[106] 'allerlei huurders nu centjes willen zien. En niet goedschiks dan kwaadschiks.' Bij die stand van zaken verwacht een rechter dat deze uitspraak tot nieuwe procedures zal gaan leiden. Er zouden al 'bureaus zijn die zich hebben aangemeld voor mensen om die claim voor hun *no cure no pay* te doen. Dat gaat natuurlijk altijd om een maand huur, dus dat zijn kleine bedragen. Maar als je dat risicoloos kunt laten uitprocederen…' Anderzijds dient men zich in dit verband – zoals een geïnterviewde deed – ook te bedenken dat hier een rol kan spelen dat men, gegeven het prejudiciële antwoord, er juist voor kiest om te schikken. 'Ja ik denk dat die uitspraak (lees: huurbemiddeling) van de Hoge Raad toch wel heel duidelijk is. Dan kun je maar beter niet procederen. Bij die stand van zaken zou het antwoord niet tot meer procedures leiden,' aldus deze geïnterviewde. Soms maakt een antwoord het zelfs noodzakelijk om een (nieuwe) procedure te starten. Zo bepaalde de Hoge Raad in zijn eerste prejudiciële antwoord 'dat een notariële hypotheekakte niet kan worden aangemerkt als een executoriale titel in de zin van art. 430 Rv voor de na uitwinning van het hypotheekrecht resterende vorderingen uit hoofde van de overeenkomsten van geldlening.'[107] Men (lees: de bank) zal voor deze gevallen een (nieuwe) executoriale titel moeten halen bij de rechter.

Tot slot is in dit verband ook relevant dat rechtbanken, zoals eerder al is vermeld, procedures plegen aan te houden wanneer er een relevante vraagprocedure aanhangig is bij de Hoge Raad.[108] Als gevolg van deze aanhoudingen loopt de kast weliswaar enigszins vol totdat er een antwoord van de Hoge Raad is, maar kan men na beantwoording van de vraag door de Hoge Raad, in bepaalde gevallen deze procedures vlot afhandelen en bestaat er een gerede kans dat soortgelijke procedures niet meer worden aangebracht. Een mooi voorbeeld van dit effect is, volgens een advocaat, de procedure over de kinderalimentatie. 'Doordat de Hoge Raad duidelijkheid gegeven heeft zijn er heel veel mensen die vorige keer een verkeerde uitspraak hebben gekregen. Die mensen zullen nu een wijziging vragen en dat leidt tot een toename in de procedures. Maar als het antwoord langer op zich had laten wachten, waren er veel meer mensen geweest die wijziging hadden gevraagd.' Door de snelheid waarmee de Hoge Raad een antwoord heeft gegeven, is in ieder geval het aantal herstelprocedures dat moet worden gevoerd, enigszins beperkt gebleven.

---

[103] HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, *NJ* 2015/477 (*telefoonabonnementen I*).

[104] HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236 (*telefoonabonnementen II*).

[105] Het anticiperen op vervolgvragen kan evenwel omgeven zijn met processuele beperkingen. Zo moeten de vervolgvragen wél relevant zijn voor het voorliggende geschil. Zie paragraaf 3.3.4.5 over 'verkort afdoen'.

[106] HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099, *RvdW* 2015/1125 (*huurbemiddelingskosten*).

[107] HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4889, *NJ* 2013/123 (grosse hypotheekakte).

[108] Hierbij dient men in ogenschouw te nemen dat aanhouden niet verplicht is; het is een discretionaire bevoegdheid van de rechter, zie art. 392 lid 6 Rv.

4.10.4 Verhoogt de prejudiciële procedure de schikkingsbereidheid?

Bij de vaststelling of de prejudiciële procedure de schikkingsbereidheid van partijen beïnvloedt, dient men speciaal de methodologische beperkingen van de gehanteerde aanpak van dit onderzoek in ogenschouw te houden. Allereerst kunnen er vele variabelen van invloed zijn op de schikkingsbereidheid van partijen, en het is met de gehanteerde aanpak onmogelijk om al deze variabelen in kaart te brengen en om hun onderlinge verhouding te duiden. Daar komt bij dat er geen *ex ante* (lees: voor de invoering van de prejudicieel vraagprocedure) meting is gedaan van deze variabelen, waardoor het onmogelijk is om de invloed van de prejudiciële vraagprocedure op de schikkingsbereidheid daadwerkelijk te duiden. Een punt van praktische aard is bovendien dat het moeilijk is om zicht te krijgen op de gevallen waarin partijen kiezen om in het geheel niet te procederen en hun zaak te schikken vanwege de prejudiciële procedure. Desalniettemin is getracht om via de interviews enig zicht te krijgen op de percepties, ervaringen en verwachtingen van de betrokkenen over de mate waarin de prejudiciële vraagprocedure bijdraagt aan de schikkingsbereidheid van partijen.

Allereerst is het bij de analyse van de antwoorden van de geïnterviewden van belang om de betekenis van de term 'schikkingsbereidheid' helder voor ogen te hebben. Een centraal punt daarbij is de bereidheid van één van de procespartijen om 'water bij de wijn' te doen in de afwikkeling van een concreet geschil en om af te zien van het in gang zetten of het voortzetten van een juridische procedure. Om de antwoorden van de geïnterviewde personen goed te kunnen duiden, is voorts het meetmoment dat men hanteert van belang: spreekt men over de schikkingsbereidheid voordat een prejudiciële vraag is gesteld zodat (dus nog) de mogelijkheid bestaat om een prejudiciële vraag te stellen, of kijkt men naar de schikkingsbereid nadat de prejudiciële vraag is gesteld en beantwoord? De vraag of de schikkingsbereidheid van partijen wordt beïnvloed *nadat* een prejudiciële vraag is gesteld én beantwoord, is in essentie dezelfde vraag als wat de betekenis is geweest van een prejudicieel antwoord voor het verdere verloop van het desbetreffende geschil (zie hierover paragraaf 4.8.1) en of dat antwoord naar verwachting procedures ten aanzien van de desbetreffende rechtsvraag heeft voorkomen (zie hierover de vorige paragraaf). Vermeldenswaard in dat verband is dat twee advocaten hebben aangegeven dat hun zaak als gevolg van het prejudiciële antwoord is geschikt. Eén van deze twee advocaten gaf bovendien aan dat het prejudiciële antwoord er waarschijnlijk ook aan heeft bijgedragen dat in een soortgelijke zaak een schikking is getroffen. 'Het is zo'n krachtig middel eigenlijk..', aldus de desbetreffende advocaat. Andere advocaten beamen dat. Zo heeft volgens een andere advocaat het prejudiciële antwoord over telefoonabonnementen met een 'gratis' telefoon bijgedragen dat de wederpartij wilde schikken in een aanzienlijk aantal soortgelijke procedures dat hij destijds in zijn praktijk had.[109]

Andere geïnterviewden hebben het over de *mogelijkheid* om (gedurende een geschil) een prejudiciële vraag te stellen wanneer zij spreken over schikkingsbereidheid.[110] In dat verband hebben verschillende advocaten aangegeven dat die mogelijkheid niet zonder meer de schikkingsbereidheid van partijen verhoogt. Voor (het verhogen van de) schikkingsbereidheid van partijen zijn juist onduidelijkheden en onzekerheden over hoe een juridische procedure voor de cliënt kan uitpakken, van essentieel belang. De beantwoording van een prejudiciële vraag zal er veelal juist aan bijdragen dat onduidelijkheden over de rechtsvraag worden weggenomen. Na een prejudicieel antwoord 'weet men per definitie dat

[109] HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, *NJ* 2015/477 (*telefoonabonnementen I*).

[110] We hebben deze vraag ook voorgelegd aan rechters en raadsheren, maar zij geven aan dat ze hierop niet voldoende zicht hebben.

het zwart of wit is. Terwijl men het voor een schikking graag grijs wil houden', aldus een advocaat. Een cassatieadvocaat verwoorde wat ons betreft treffend hoe de mogelijkheid van het stellen van een prejudiciële vraag zich kan verhouden tot de schikkingsbereidheid van partijen: 'Schikken is net zoals het kiezen van een nieuwe paus, we gaan met z'n allen in een kamer zitten, en niemand mag eruit, tot we het antwoord hebben. Je hebt die snelkookpan nodig. De wetenschap dat je bepaalde deelaspecten even snel aan de Hoge Raad kan gaan vragen, dat hoeft niet per se te helpen.' Eveneens van belang is dat in sommige prejudiciële vraagprocedures de partijen de procedure zien als een instrument om duidelijkheid te krijgen van de Hoge Raad. Deze partijen procederen met een 'zaaksoverstijgend belang' en niet zozeer om met de wederpartij in de concrete procedure tot een schikkingsovereenkomst te komen: 'de financiële partij die ik vertegenwoordigde, die zei; daar heb ik gewoon belang bij, dat wil ik nu gewoon een keer weten, dus ik wil 'm niet schikken.'

4.11 Praktische effecten van een prejudiciële vraagprocedure

4.11.1 Introductie

Het laatste thema dat tijdens de interviews aan de orde is gekomen, betreft de praktische (neven)effecten van een prejudiciële procedure. Het gaat hierbij om de werklast en het werkplezier voor de betrokkenen (paragraaf 4.11.2), de kosten van prejudicieel procederen, zowel op macroniveau (voor het gerechtelijke apparaat) als op microniveau (voor de partijen) (paragraaf 4.11.3), en de mogelijke effecten van de prejudiciële procedure voor de rechtspleging bij de rechtbanken en hoven (paragraaf 4.11.5). In het kader van de kosten voor partijen wordt hieronder ook aandacht besteed aan de (noodzaak van de) verplichting om een cassatieadvocaat in te schakelen (paragraaf 4.11.3) en de mogelijkheid om een 'rechtsvormingsfonds' in te stellen waaruit de kosten van prejudicieel procederen voor partijen kunnen worden gedekt (paragraaf 4.11.4).

4.11.2 Werklast en werkplezier door prejudiciële procedures

Voor de vraagstellende rechters geldt dat de behandeling van prejudiciële vraagprocedures doorgaans meer inspanning vergt dan andere procedures. De thematiek is bij prejudiciële vragen doorgaans juridisch gecompliceerder, aangezien het echt gaat om de rechtsvragen. Zo is een rechter naar eigen zeggen wel even bezig als 'hij prejudiciële vragen in een beleggingskwestie of in een renteswapzaak moet gaan stellen.' Hij voegt hier wel aan toe dergelijke vragen juist inhoudelijk interessant en uitdagend te vinden. Ook voor de Hoge Raad geldt dat, naast 'de echt eenvoudige zaken die men zo kan uittikken', er 'hele lastig vragen bij zitten die erg tijdrovend zijn,' aldus een raadsheer. Bij dat soort zaken heeft men bij de Hoge Raad 'er echt tijd voor nodig om alle facetten onder ogen te zien'. Dat kunnen ze niet altijd alleen af en ze zullen dan ook 'vaak meer op de schouders van de conclusie' en van de ondersteuning door het wetenschappelijk bureau moeten rusten. Het Parket werkt met een zogeheten kruisen-systeem. Dit systeem is bedoeld als hulpmiddel bij het toedelen van zaken aan de Advocaat-Generaal. Aan een procedure worden kruisjes toegekend die de vooraf, door het civiele Parket, ingeschatte bewerkelijkheid (bijvoorbeeld veel of weinig klachten, gemakkelijke of eenvoudige klachten, etc.) van een zaak uitdrukken. Het maximale aantal kruisjes dat aan een zaak kan worden gegeven, is vier en bij uitzondering vijf.[111] Standaard-zaken krijgen twee kruisjes en prejudiciële vragen krijgen doorgaans in ieder geval drie kruisjes.[112]

[111] De toekenning van kruisjes is niet gebaseerd op de mogelijke uitkomst. Het feit dat een zaak vier kruisjes heeft, sluit niet uit dat na behandeling van de klachten, de zaak toch op art. 81 RO wordt afgedaan.

[112] Met dank aan mr. C. Streefkerk, lid van de begeleidingscommissie, voor het verstrekken van deze informatie.

Men dient zich er evenwel van bewust te zijn dat per saldo werk kan worden bespaard met een prejudiciële vraagprocedure, door vroegtijdig de kern van het geschil bij de kop te pakken. Dat een prejudicieel antwoord in één keer voor meerdere procedures duidelijkheid biedt, scheelt ook veel werk. Deze werkbesparing staat echter op gespannen voet met de ervaring van sommige rechters dat een prejudiciële vraagprocedure een *toename* in de werklast met zich brengt. Het ligt dan ook voor de hand om hun antwoord zo te begrijpen dat een goede behandeling (bijvoorbeeld in de zin van het formuleren van een adequate vraag) van een prejudiciële vraagprocedure 'in een specifieke zaak veel inspanning vergt. Maar mogelijk voor de toekomst weer niet, omdat je dan meer duidelijkheid hebt dus sneller bepaalde dingen kunt beslissen. Dus als je dat dan weer met elkaar afweegt…'

Ook al vergt een prejudiciële vraag meer inspanning, men ervaart het werken aan prejudiciële vragen niet als onprettig. Sterker nog, de meerderheid van de geïnterviewden geeft aan dat een prejudiciële vraagprocedure juist bijdraagt aan hun werkgenot. Prejudiciële vragen zijn, zo erkennen ook advocaten, mede vanwege de uitdagende rechtsvragen, juist leuk en prestigieus.

4.11.3 Kosten van een prejudiciële vraagprocedure

Met het oog op de kosten van prejudicieel procederen ervaren de geïnterviewde personen de prejudiciële vraagprocedure als een kostenefficiënte regeling, zowel wat betreft de kosten(besparing) voor partijen als voor het gerechtelijke apparaat. Veelzeggende opmerkingen waren: 'gratis naar de Hoge Raad' en 'het is eigenlijk heel goedkoop.' De belangrijkste verklaringen die hiervoor worden gegeven, zijn dat bij de Hoge Raad géén extra griffierechten worden geheven en dat men het (uitgebreid) procederen bij de rechtbanken en hoven en de daarbij behorende kosten veelal, als gevolg van de prejudiciële vraag, overslaat. Zo is de prejudiciële weg voor een advocaat en zijn cliënt 'uiteindelijk vooral een grote besparing geweest van de kosten. Omdat je met één rondje bij de rechtbank meteen bij de Hoge Raad terecht kwam en daar een rechtsgang kon doorlopen die heeft geleid tot een definitief antwoord.' Dat levert ook een besparing voor het systeem op: 'het kost de rechterlijke macht gewoon minder', aldus dezelfde advocaat. Hierbij is wel van belang dat in dit geval de procedure was opgezet als een prejudiciële vraagprocedure en naar verwachting van deze advocaat de procedure ook via de normale cassatieroute bij de Hoge Raad zou zijn terechtgekomen. Een dergelijke kostenbesparing is minder evident *voor partijen* indien de procedure, zonder de mogelijkheid van een prejudiciële vraagprocedure, waarschijnlijk niet bij de Hoge Raad zou zijn terechtgekomen. De meerwaarde van de prejudiciële route voor partijen zit hem dan, aldus meerdere personen, in het feit dat men gratis of relatief goedkoop een finaal oordeel van ons hoogste rechtscollege krijgt. In deze situatie worden mogelijkerwijs wel kosten bespaard voor het gerechtelijke apparaat, omdat partijen, bij gebrek aan een prejudiciële beslissing, het mogelijk moeten doen met tegenstrijdige uitspraken.[113]

De procedure mag dan als een kostenefficiënt instrument worden ervaren, prejudicieel procederen is niet gratis. De belangrijkste kostenposten die voor partijen verbonden (kunnen) zijn aan een prejudiciële vraagprocedure, zijn met name (de voorbereiding van) extra proceshandelingen en het inschakelen van een cassatieadvocaat.[114] De proceskosten worden, aldus een feitenrechter, 'volgens art. 237 Rv meegenomen. Griffierecht, dagvaardingskosten, explootkosten, en het salaris van de gemachtigden in dit geval. Meer niet.' Extra kosten kunnen er zijn door extra proceshandelingen, maar daarvoor worden

[113] Zie ook paragraaf 4.9.6.

[114] We kijken hierbij niet naar eventuele kosten die ontstaan als gevolg van de (materieelrechtelijke) inhoud van het antwoord.

'gewoon punten toegekend.' De inbreng van derden brengt voor partijen geen kosten met zich. 'Als derden zich in de strijd mengen – die maken natuurlijk ook kosten – brengt de Hoge Raad die kosten niet ten laste van partijen. Wie wil meepraten, doet het op eigen kosten', aldus een raadsheer.

Ten aanzien van de kosten van de cassatieadvocaat geven meerdere advocaten aan dat dit de grootste kostenpost is geweest. Sommige partijen hebben aangegeven dat deze kosten ertoe hebben geleid dat ze zich niet hebben uitgelaten bij de Hoge Raad. In een enkel geval heeft het cassatiekantoor minder kosten in rekening gebracht dan gebruikelijk omdat het een prejudiciële vraagprocedure betrof. Zonder deze financiële tegemoetkoming zou de desbetreffende cliënt zich niet hebben uitgelaten bij de Hoge Raad. Volgens de advocaat die dit kantoor inhuurde, deed men dit omdat prejudiciële vragen, en met name het winnen daarvan, 'interessant en prestigieus' is.

In het licht van de kosten van een cassatieadvocaat en het feit dat de techniek van procederen in de prejudiciële vraagprocedure verschilt van een normale cassatieprocedure,[115] betwijfelen sommigen de noodzaak van de verplichting om een cassatieadvocaat in te schakelen.[116] 'Wat is, zo vroeg een advocaat zich af, het nut van de cassatieadvocaat? Ja, dat die de regeltjes kent? Hoewel, het zijn hele andere regels in een prejudiciële vraagprocedure.'

Niet iedereen deelt het hiervoor beschreven inzicht. Er zijn verscheidene redenen aangestipt waarom de verplichting tot het inschakelen van een cassatieadvocaat niet geschrapt zou moeten worden. Ten eerste zou de eis om een cassatieadvocaat in te schakelen garant staan voor een bepaalde kwaliteitswaarborg. Een cassatieadvocaat, die het overigens terecht vindt dat er vraagtekens worden geplaatst bij de verplichting om een cassatieadvocaat in te schakelen, merkte op dat 'er natuurlijk wel allemaal kwaliteitseisen voor cassatieadvocaten zijn. Dus de kern van cassatieadvocaten die nu (lees: na de invoering van de civiele cassatiebalie) overblijft zijn in ieder geval advocaten die hun vak verstaan, dat weet je zeker, en al die kwaliteitseisen gelden niet per definitie voor al die advocaten die geen cassatieadvocaat zijn. Dus je waarborgt wel een zekere kwaliteit, ja.' Die kwaliteitswaarborgen zouden met name van belang zijn omdat de techniek van procederen in cassatie in een prejudiciële vraagprocedure zijdelings toch een rol kan spelen. Dat geldt bij de vragen 'waarin je een soort gemengd oordeel van de Hoge Raad verwacht. Bij dat soort vragen is het', aldus de cassatieadvocaat, 'wel heel nuttig dat er een advocaat betrokken is die zich bewust is van de beperkingen die voor de Hoge Raad gelden als er ook feiten in het geding zijn. Je wilt namelijk voorkomen dat van de Hoge Raad dingen gevraagd worden waar hij geen antwoord op kan geven.'[117] In dat soort gevallen kan deze cassatieadvocaat zich 'voorstellen dat het gerechtvaardigd is om te zeggen: je moet een cassatieadvocaat inschakelen.'

In aanvulling op het voorgaande hebben enkele personen naar voren gebracht dat wanneer men ervoor kiest om geen cassatieadvocaat in te schakelen, het niet onmogelijk is om de partijstandpunten toch duidelijk te maken aan de Hoge Raad. Wat partijen, aldus meerdere geïnterviewden, 'ook kunnen doen is natuurlijk input aanleveren in de fase van de vraagstelling.' Daarbij kunnen zij ook de in hun ogen geïndiceerde antwoorden schetsen. In paragraaf 4.5.4 is hiervan een voorbeeld besproken. In dit verband is eveneens relevant dat de Hoge Raad standaard om het volledige procesdossier vraagt, zoals vermeld in paragraaf 3.3.6.4. Eveneens van belang is dat, zoals in paragraaf 4.5.4 is besproken, rechters veelal

[115] Zie ook paragraaf 4.9.3.
[116] Zie nader paragraaf 3.3.8.2 hiervoor, en hierna paragraaf 5.2.4.
[117] Uiteraard is het uiteindelijk aan de rechter om de vraag te stellen.

de input van partijen ook (kunnen) opnemen in hun vraagstellende vonnis. Een andere aanpak is ook denkbaar. In twee gevallen hebben advocaten aangegeven dat zij zélf de schriftelijke opmerkingen hebben opgesteld en dat de cassatieadvocaat deze heeft voorzien van een handtekening en ingediend heeft bij de Hoge Raad. Op die schriftelijke opmerkingen zouden zij geen of een marginale inhoudelijke reactie van de cassatieadvocaat hebben ontvangen.

Een raadsheer gaf daarnaast aan dat het voor 'een partij (die) maar toevallig verzeild raakt' in een zaak waar een bredere rechtsvraag speelt, inhoudelijk ook niet altijd noodzakelijk is om zich uit te laten bij de Hoge Raad. Doorgaans zal de Hoge Raad abstraheren van de concrete zaak en zich richten op de rechtsvraag. 'Hij kijkt naar het veld wat voor hem wordt blootgelegd,' aldus deze raadsheer. Daar komt bij dat hij, zoals we elders al bespraken,[118] zich bij het geven van een antwoord baseert op allerlei verschillende informatiebronnen die hem ter beschikking staan. Deze informatie kan via verschillende wegen tot hem komen en daarvoor is niet altijd de input van partijen nodig. 'Vaak kunnen partijen kosten besparen en belangstellend achterover leunen; wij merken het wel.'

Toch is het de vraag of dit een wenselijke oplossingsrichting is. Advocaten wijzen op de mogelijkheid dat de wederpartij – en wellicht derden – zich wél uitlaten bij de Hoge Raad, waardoor het wenselijk is om alsnog bij de Hoge Raad te verschijnen. Een advocaat gaf bijvoorbeeld aan dat zijn cliënt niet in aanmerking kwam voor gefinancierde rechtshulp, maar de wederpartij wel en die had een cassatieadvocaat. Hij gaat er daarbij vanuit dat als zijn cliënt gefinancierde rechtshulp had gehad, dat hij dan zijn tegengeluid had laten horen. Nu is zijn standpunt bij de Hoge Raad niet voldoende voor het voetlicht gebracht: 'helemaal niet, punt,' aldus de desbetreffende advocaat. Voorts is opgemerkt dat partijen ook graag kunnen reageren op de conclusie van de A-G, waarvoor het noodzakelijk is om je uit te laten bij de Hoge Raad. Immers, in de conclusie kunnen punten worden aangesneden die bij de rechtbank of het gerechtshof nog niet (voldoende) aan de orde zijn gekomen. Al met al 'kunnen mensen zich dan ook, heel begrijpelijk, genoodzaakt voelen om die kosten wel te gaan maken,' aldus een raadsheer.

In het licht van het voorgaande hebben we met de geïnterviewden ook gesproken over de wenselijkheid van het instellen van een 'rechtsvormingsfonds', waarop we in de volgende paragraaf nader ingaan.

4.11.4 Op weg naar een rechtsvormingsfonds voor prejudiciële zaken?

Kenmerkend aan de prejudiciële vraagprocedure is dat in een specifieke procedure (rechtsvormende) antwoorden worden gegeven die ook van belang zijn voor niet bij het specifieke geding betrokken actoren. Dat roept de vraag op of de kosten van een prejudiciële vraagprocedure door de gemeenschap, bijvoorbeeld via een fonds 'rechtsvorming via prejudiciële vragen', het 'rechtsvormingsfonds', moeten worden gedragen.

Meerdere geïnterviewden zagen wel iets in het idee van zo'n rechtsvormingsfonds: 'Ja, het zou mooi zijn als er voor al dit soort gevallen de gemeenschap, dus de staat, iets zou willen doen'. Daarbij tekende deze raadsheer evenwel meteen aan dat men zich moet bedenken dat deze vraag in essentie ook speelt bij reguliere cassatieprocedures. 'Het is wat pregnanter bij de prejudiciële vragen, maar het is niet wezenlijk anders dan in andere zaken, waar partijen ook enorme kosten moeten maken in de poging om hun zaak alsnog te winnen of gewonnen te houden, terwijl de samenleving daar dan van profiteert omdat er

[118] Zie paragraaf 4.6.6.

misschien iets moois uitkomt.' Een nuancering op de behoefte aan een rechtsvormingsfonds is daarnaast dat de prejudiciële vraagprocedure (relatief) goedkoper is. 'Dat er geen griffierecht verschuldigd is, dat is al iets. Die zijn tenslotte ook niet kinderachtig tegenwoordig.'

Sommige feitenrechters zien echter geen heil in een rechtsvormingsfonds, mede omdat de procedure al (relatief) goedkoop is en de partij zelf ook belang heeft bij een antwoord. Een rechter: 'ik zie niet in dat partijen de kosten niet zouden moeten dragen. Zeker niet als het antwoord van belang is in hun procedure.' Een andere rechter beaamde dit 'ik vind het terecht dat ze daarvoor moeten betalen. Ze krijgen natuurlijk een antwoord op het hoogste niveau op een belangrijke vraag. Dus dat vind ik zelf (voor wat het waard is) terecht ja.'

4.11.5 Praktische (neven)effecten van prejudiciële vragen voor de rechtspleging in de eerste lijn.

Prejudiciële vraagprocedures (en antwoorden) hebben ook praktische effecten voor de rechtspleging bij de rechtbanken en de hoven. Zo zijn er gevallen waarin het antwoord op een prejudiciële vraag met zich brengt dat een extra handeling moet worden verricht,[119] hetgeen leidt tot uitgebreidere procedures en meer werk in de rechtsplegingsketen. Daarbij dient wel te worden aangetekend dat dit effect niet gerelateerd is aan het prejudiciële karakter van de procedure, maar aan de inhoud van het recht. Hetzelfde effect kan plaatsvinden in normale cassatieprocedures.

Daarnaast heeft met name het aanhouden van zaken praktische consequenties, die hieronder nader worden besproken. Vooral bij kantonzaken laten deze zich gelden. Kantonzaken zijn vanwege de hoge aantallen bij uitstek geschikt voor prejudiciële vragen, maar vanwege deze hoge aantallen zijn het ook de zaken waarin de praktische consequenties zich het meest laten voelen. Een gevolg van het aanhouden van procedures is bijvoorbeeld dat men moet filteren welke zaken al dan niet voor aanhouding in aanmerking komen. Dat kost manuren. Een tweede punt is dat al de procedures die op 'de stapel belanden', na het antwoord van de Hoge Raad moeten worden weggewerkt. Zo kan er in korte tijd veel werk op het bordje van de rechters en hun ondersteunend personeel belanden. Bovendien moeten partijen op grond van art. 394 lid 1 Rv zich nog over het antwoord kunnen uitlaten. Het ligt in de rede dat dit ook geldt voor andere zaken waarin dezelfde rechtsvraag speelt.

Daarnaast kan de tijdelijke uitval van de input en output aan zaken, volgens een rechter, ook financiële implicaties hebben. 'Het feit dat men, bijvoorbeeld, telefoniezaken aanhoudt, betekent dat er ongeveer, achtduizend zaken op jaarbasis minder kunnen zijn.' Dat heeft consequenties voor de financiering. 'Want, zegt de Raad voor de Rechtspraak, u heeft achtduizend zaken minder zaken gedaan, dat betekent dat u een tekort heeft.' Als men in die rechtbank in die achtduizend zaken wel zou (zijn gaan) beslissen, ontvangt men meer financiering. Volgens deze rechter betekent dit mogelijke effect van het aanhouden van zaken overigens niet dat er geen prejudiciële vragen meer zouden moeten worden gesteld of dat zaken niet meer zou moeten worden aangehouden, maar het is in zijn ogen wel een punt van zorg. 'Want na een antwoord van de Hoge Raad gaat die kurk er natuurlijk weer af en komen de procedures weer binnen. En omdat we in 2015 dan minder zaken hebben gedaan, hebben we minder geld en minder mensen, maar in 2016 komen die zaken wel

[119] Denk aan de ambtshalve toetsing van telefoonabonnementen (HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236 (*telefoonabonnementen II*)) en de vraag over de reikwijdte van de executoriale kracht van een hypotheekakte, hetgeen kan meebrengen dat men in bepaalde gevallen een nieuwe executoriale titel moet verkrijgen (Rb. Utrecht 3 augustus 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX3391 (grosse hypotheekakte).

weer terug en dan heb je je mensen net weggestuurd.' Mede om deze reden is snelheid geboden in de beantwoording van prejudiciële vragen die zich in veel procedures aandienen. Het aanhouden van zaken heeft tevens gevolgen voor rechtszoekenden. Een andere rechter: 'stel nou dat er tienduizend consumenten-incassozaken zijn die worden aangehouden. Voor degenen die dat geld willen hebben vervelend, maar ook voor degene die moet betalen vervelend want die weet ook niet wat die precies moet betalen. Dat levert wel wat roering op.' Rechters zijn zich er dan ook van bewust dat 'men moet, zeker bij zaken met een spoedeisend belang (denk aan het voorbeeld van de Wet Werk en Zekerheid dat is besproken in paragraaf 4.9.6.) toch beslissingen moet blijven nemen, aangezien sommige zaken eindeloos kunnen worden aangehouden in afwachting van een antwoord.' Ook om deze reden is een snelle beantwoording van de Hoge Raad van prejudiciële vragen zo belangrijk.

4.12 Afronding

Onze belangrijkste conclusie op basis van de afgenomen interviews luidt dat de Wet prejudiciële vragen in de perceptie van de betrokkenen goed werkt: de wet voorziet in een behoefte, voldoet aan de verwachtingen en wordt principieel als wenselijk gezien. Het algemene beeld dat na de analyse van de interviews ontstaat, is dan ook dat de geïnterviewde personen (zeer) positief zijn over de regeling ten aanzien van de behandelde thema's. Het instrument fungeert 'als smeerolie voor het hele systeem' en draagt bij aan een 'efficiënte(re) rechtspleging', zowel wat betreft de afronding van specifieke geschillen als het snel voorzien in de behoefte aan rechtseenheid, rechtszekerheid en rechtsvorming. Bovendien draagt de regeling in de ogen van meer geïnterviewden eraan bij dat zaken waarin behoefte is aan rechtsvorming door de Hoge Raad die voorheen niet of veel minder snel bij de Hoge Raad zouden komen, nu wel bij de Hoge Raad belanden.

De aandachtspunten die naar voren zijn gekomen tijdens de interviews, zijn in het bijzonder van belang voor de manier waarop – mede in het licht van de door meerdere geïnterviewde verwachte verdere toename in prejudiciële vraagprocedures – verschillende elementen van de procedure in de toekomst (kunnen) worden gemodelleerd. Het betreft hier aspecten die zijn gerelateerd aan de selectie van relevante (rechts)vragen, de kenbaarheid van communicatie tussen rechterlijke instanties over prejudiciële vragen, de kwaliteit van de vragen door de feitenrechter, de mate waarin de Hoge Raad de (praktische) implicaties van zijn antwoorden kan (en zou moeten) overzien, de verhouding tussen rechtsvorming door de Hoge Raad enerzijds en rechtsvorming door discoursvorming bij de hoven en rechtbanken anderzijds, en de praktische gevolgen (o.a. de kosten) voor de rechtspleging bij hoven en rechtbanken van bepaalde prejudiciële vragen en antwoorden. De omgang met deze aspecten zal moeten plaatsvinden door middel van een, zoals een cassatieadvocaat het noemde, 'leerproces' op verschillende niveaus. Waar wijzigingen in de procedure nodig zouden zijn, kan gedacht worden aan nadere rechtsvorming door de Hoge Raad – daarmee kan het instrument immers ook nadere invulling krijgen – en aan een andere aanpak bij de manier waarop in de praktijk door de betrokkenen (advocaten en vraagstellende rechters) invulling wordt gegeven aan de mogelijkheden van de regeling.

5. Conclusies ten aanzien van de civielrechtelijke regeling

5.1 Antwoord op de onderzoeksvragen

Als eerste en meest algemene conclusie uit de door ons uitgevoerde evaluatie van de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad – het eerste deel van de tweeledige probleemstelling, zie paragraaf 1.4[1] – blijkt dat die wet een onverdeeld succes is geworden. De regeling wordt inmiddels regelmatig gebruikt, misschien zelfs wel meer dan verwacht werd. De regeling lijkt ook genoegzaam bekend te zijn bij het relevante publiek, hieruit blijkend dat niet alleen rechters erover nadenken om vragen te stellen maar ook civiele procespartijen die de regeling regelmatig betrekken bij hun processtrategie.[2] De regeling is bovendien voldoende 'toegankelijk', want eenvoudig van aard en opzet; (processuele) problemen bij de inzet en het gebruik ervan doen zich volgens onze bevindingen niet of nauwelijks voor.[3] Niet onbelangrijk is verder dat de wet door alle hoofdrolspelers in het veld wordt verwelkomd, niet in de laatste plaats door de Hoge Raad en het Parket. 'Ik maak reclame voor de regeling, ja. Absoluut', zo vertrouwde een A-G ons toe.[4] De regeling heeft 'aangetoond bestaansrecht te hebben', aldus Korthals Altes & Groen,[5] en is 'een nuttig instrument', zoals Hermans recent nog stelde.[6] Een raadsheer bij de Hoge Raad liet nog optekenen dat het werk in prejudiciële zaken 'in zekere zin leuker is'. Mede gezien een en ander houden de betrokkenen de regeling ook voor principieel wenselijk, omdat de rechtsvorming, de rechtszekerheid en de rechtseenheid naar hun (en onze) perceptie met de regeling gediend worden, ook al is er op (detail)punten enige kritiek, zoals hierna in paragraaf 5.2 blijken zal.[7]

In dat verband staat echter voorop dat er eigenlijk nauwelijks kritiek van betekenis geleverd wordt op de regeling van de prejudiciële vragen, noch in de interviews, zo bleek in hoofdstuk 4, noch in de doctrine. Die doctrine richt zich immers vrijwel geheel naar de materiële inhoud van de betreffende rechtsvraag en niet op de procedure als zodanig; de mogelijkheid dat er vragen gesteld kunnen worden, wordt als welhaast vanzelfsprekend aanvaard. De conclusie kan dan ook geen andere zijn – wellicht is dat zelfs ten overvloede – dat de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad aan de eigen doelstelling voldoet: in die gevallen waarin de behoefte aan een richtinggevende uitspraak gevoeld wordt, lukt het om vroeg in een civiele procedure en op korte termijn het antwoord op een prangende rechtsvraag te verkrijgen van de Hoge Raad. In zoverre kan de regeling dan ook zonder aarzelen onverkort worden gehandhaafd. *Vanuit het privaatrechtelijke veld* zijn er mitsdien

---

1 Die eerste vraag luidt: 'Hoe werkt de huidige procedure voor het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad in het civiele recht?'. Het tweede deel, de vraag naar de mogelijke invoering van een zelfde of soortgelijke regeling in het strafrecht, komt hierna in de hoofdstukken 6-8 aan de orde. Aldaar komen ook de relevante verschillen tussen het strafrecht en privaatrecht, alsmede de mogelijke impact daarvan, aan de orde.

2 Meer daarover in paragraaf 4.4.4.

3 Er is, zo blijkt, wel enige onduidelijkheid over hoe (met een cassatieadvocaat of niet?) men als procespartij kan 'meedoen' aan een prejudiciële procedure, zo bleek in paragraaf 4.6.3. Die kennis zou weliswaar in de bagage van elke advocaat moeten zitten, maar als een procespartij zelf procedeert bij een kantonrechter die vervolgens een vraag stelt, is dat geen afdoende antwoord. Voor die gevallen zou een korte, heldere duiding (op de website van de Hoge Raad) van dit soort procedurele aspecten wellicht helpen (in aanvulling op wat er al te vinden is op https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Hoge-Raad-der-Nederlanden/Over-de-Hoge-Raad/Bijzondere-taken-HR-en-PG/Paginas/Prejudiciele-vragen-aan-de-civiele-kamer-van-de-Hoge-Raad.aspx).

4 Zie ook paragraaf 1.2. en 4.6.2.

5 Zie Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/338.

6 Hermans, *TCR* 2015, p. 159.

7 Die verbeterde rechtseenheid is dan vooral een bijproduct van de bijdrage aan de rechtsvorming. Volgens F. Maultzsch, *Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozes*, Mohr Siebeck: Tübingen 2010, p. 2, is rechtsvorming een voorwaarde voor meer rechtseenheid.

ook geen principiële obstakels te benoemen voor een uitbouw van de wet naar andere delen van het recht, zoals het strafrecht (en het belastingrecht, maar dat is reeds een gepasseerd station), afgezien van de vraag of er daaraan behoefte zou bestaan en hoe dat dan gerealiseerd zou moeten worden.

Wat zijn tot nu toe dan de succesfactoren van de wet? Wij wijzen daarbij vooreerst en met klem op de welwillendheid van de Hoge Raad bij beantwoording van de vragen en de snelheid die daarbij betracht is, zowel door de Hoge Raad als door het Parket bij de Hoge Raad.[8] De Hoge Raad heeft hier het (vooraf) gevraagde leiderschap getoond, en duidelijk prioriteit toegekend aan dit type zaken om ervoor te zorgen dat de feitenrechter niet ontmoedigd zou worden om vragen te stellen. Dat het bureau vrijwel letterlijk 'schoongeveegd wordt' om prejudiciële vragen met voorrang te behandelen, zoals een A-G ons toevertrouwde, heeft dus goed uitgepakt.

De huidige regeling kent geen knelpunten van importantie. Soms is er enige vertraging in de afwikkeling maar dat ligt dan vrijwel steeds buiten de macht van de Hoge Raad (partijen die uitstel willen; fouten bij de griffie door het doorsturen van de uitspraak).[9] Van (ongewenste) neveneffecten van de prejudiciële procedure is weinig gebleken, maar daarbij past wel de nodige voorzichtigheid en een grote mate van terughoudendheid, want juist op het punt van de mogelijke neveneffecten (Zijn er minder zaken aangebracht door de antwoorden in een besliste zaak? Zijn andere, vergelijkbare zaken eerder door feitenrechters afgewikkeld? Etc.) bleek het vrijwel onmogelijk om vaste aanknopingspunten voor een deugdelijke beantwoording te vinden. Niemand in de rechtsplegingsketen kan met enige mate van nauwkeurigheid inschatten wat prejudiciële antwoorden voor een effect hebben (gehad) op andere, vergelijkbare zaken – al wordt dat effect wel onderkend, zie ook paragraaf 4.10[10] – juist omdat die zaken zich wellicht niet meer voorgedaan hebben, ingetrokken zijn, aangehouden zijn, etc., zonder dat we zeker (kunnen) weten of dat inderdaad zo is. Wat wij wel kunnen zien en ook terug hebben gehoord, is dat er zaken, soms vele zaken, worden aangehouden door de feitenrechters, in afwachting van een antwoord op een gestelde vraag, dus op dat vlak is wel een effect te zien, maar dat effect kan afhankelijk van het geval positief (vrij snel helderheid door de andere zaak) of eerder negatief[11] zijn (een vrijwel afgeronde zaak is (lang) op de plank blijven liggen). Ook geven de geïnterviewden aan dat de Hoge Raad nu zaken te beoordelen krijgt die zich anders niet (nu al) zouden hebben aangediend (zie paragraaf 4.9.4).

Het zijn ook de zonet besproken (doelbereikings)vragen die (nog) niet beantwoord kunnen worden. Uiteraard is dat te betreuren, maar wij vrezen dat deze vragen ook over vijf of tien jaar niet te beantwoorden zullen zijn, omdat ze een vrijwel onmogelijke opdracht inhouden (vgl. paragraaf 1.7). Wellicht dat dit anders wordt als de feitenrechters vanaf nu uitvoeriger zouden gaan motiveren wanneer en waarom ze in bepaalde zaken geen vragen stellen, en die uitspraken dan ook stelselmatig gepubliceerd worden, zodat onderzoeksdata (beter) te genereren zijn. Dat een rechter besluit geen vraag te stellen, lijkt nu nog zeer sporadisch te gebeuren omdat wij die gevallen nauwelijks terug zien, tenzij het inderdaad zo zou zijn dat vrijwel elk verzoek om een vraag te stellen ook tot een vraag leidt, hetgeen niet direct

8 Zie ook De Groot 2016, p. 11.

9 De uitzondering hier betreft de samenloop van de twee zaken over het overwaarde-arrangement, een sprongcassatie en een prejudiciële vraag (zie HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3023, *RvdW* 2015/1123), waarbij die vraag moest wachten op de cassatiezaak als gevolg van de (begrijpelijke) beslissing daartoe van de Hoge Raad.

10 'Het kan haast niet anders. Maar het is vervolgens niet meetbaar.', aldus een raadsheer in de Hoge Raad die wij spraken.

11 Zie bijv. nog paragraaf 4.11.5, alwaar blijkt dat aanhoudingen van zaken enkele praktische, begrotingstechnische consequenties hebben.

aannemelijk (te maken) is. Een suggestie onzerzijds zou dan ook zijn om ook de 'negatieve resultaten' (afgewezen verzoeken, en gevallen waarin het stellen van een vraag wel overwogen is, maar niet doorgevoerd) stelselmatig en 'verplicht' openbaar te maken.[12] Feitenrechters moeten derhalve gaan motiveren waarom zij in bepaalde zaken geen vragen stellen als de mogelijkheid daartoe zich aangediend heeft of serieus overwogen is; deze uitspraken worden wat ons betreft dan standaard gepubliceerd.

Het voorgaande vormt in onze ogen overigens slechts een beperkt probleem voor dit onderzoek, omdat uit de wel beantwoorde onderzoeksvragen een meer dan voldoende duidelijk beeld opdoemt dat de regeling als zodanig zeer nuttig en bruikbaar wordt geacht, zoals zonet besproken.

Uit de literatuur, doch ook de interviews, rijst verder het beeld dat er in wezen weinig concrete verwachtingen bestonden ten aanzien van de nieuwe wet. De vrijwel volledige oogst in de literatuur beschreef de nieuwe regels zonder uit te diepen of de onderbouwing van de wet wel klopte (dat werd blijkbaar zo geaccepteerd) en zonder uit te spreken welke verwachtingen de wet wekte. Het onderzoek van Van Kampen & Giesen[13] liet echter zien dat de feitenrechters medio 2012 nog wel enige scepsis hadden ten aanzien van de nieuwe wet (te kort samengevat: gaat dat straks niet te veel tijd van procespartijen vergen, en hoe zit het met de kosten?) en een enkeling wellicht nog last had van overspannen verwachtingen (een antwoord dat langer dan enkele maanden op zich zou laten wachten, zou funest zijn), maar verder was men ook toen al de regeling vooral gunstig gezind, en werd de bal bij de Hoge Raad gelegd om er een succes van te maken, zie paragraaf 1.2.3 en 4.6.1. Dat is gelukt, zoals wij al zagen. Wellicht mede daardoor is de regeling inmiddels min of meer gemeengoed geworden, en een deel van het gebruikelijke arsenaal van de rechter.

De wetgever sprak uiteraard wel de nodige verwachtingen uit, en die hadden – kort samengevat – betrekking op de bijdrage aan de rechtsvorming die door de regeling gestimuleerd zou worden, alsmede op de rechtszekerheid en de rechtseenheid die dichterbij zouden komen door prejudiciële vragen te beantwoorden. Te dien aanzien valt zonder terughoudendheid te concluderen – wij vallen in herhaling – dat de rechtsvorming, en in het kielzog daarvan tevens de rechtszekerheid en de rechtseenheid, in hoge mate gediend zijn door de wet.[14] Vrijwel alle vragen leidden immers tot antwoorden die in meer of mindere mate aan de rechtsvorming hebben bijgedragen (dat oordeel is overigens wel afhankelijk van ieders definitie van rechtsvorming, welke definities uiteen kunnen lopen[15]).[16]

Open staat verder nog of er in juridische zin een meerwaarde bestaat van de prejudiciële vraagprocedure ten opzichte van vergelijkbare, mede op rechtsvorming gerichte (cassatie)instrumenten in het civiele recht, en zo ja, welke dat dan is. Die meerwaarde is bepaald door een afweging te maken tussen het al besproken succes van de regeling, de (vrijwel afwezige) knelpunten, zie echter wel nog paragraaf 5.2 hierna, en de al dan niet

---

12 Zie ook al Giesen & Overheul 2015, p. 830.

13 Zie bijv. Van Kampen & Giesen 2013, p. 9.

14 Zie paragraaf 4.9. Met die aantekening dat wellicht niet alle prejudiciële vragen voor iedere geïnterviewde even noodzakelijk waren, vgl. paragraaf 4.9.5.

15 Wij hebben hier voor een betrekkelijk ruim concept gekozen, zie paragraaf 4.9.2, waarbij het aanvullen van een leemte (er was nog geen antwoord) in elk geval ook als rechtsvorming telt.

16 Wij wijzen er ook nog op dat de Hoge Raad ook rechtsvormend te werk is gegaan in relatie tot de Wpv zelf, bijv. door het daarin verwoorde criterium voor toelating op een ruime wijze te interpreteren. Een geïnterviewde raadsheer wees daar uitdrukkelijk op. Het belang daarvan is dat de Hoge Raad bepaalde oneffenheden in de regeling zelf zou kunnen en zal wegwerken als die aan de goede werking van de wet in de wet zouden komen te staan. In die zin is wetgevend ingrijpen, bijv. na deze evaluatie, waarschijnlijk niet nodig.

beoogde, lastig te duiden neveneffecten van de prejudiciële vraagprocedure, specifiek met het oog op de rechtsontwikkeling (rechtsvorming) en rechtseenheid.[17] De einduitkomst van onze analyse op dit punt is dat die meerwaarde er duidelijk is. Alleen al de huidige frequentie van het gebruik van de Wpv, en de hoge rechtsvormende waarde van het gebruik van de wet, toont dat afdoende aan, zeker in relatie tot de zeer uitzonderlijke gevallen waarin (in civiele zaken) een cassatie in het belang der wet wordt opgestart door de Procureur-Generaal. Zo'n cassatie in het belang der wet is meestal wel rechtsvormend maar nu eenmaal ook erg zeldzaam. Ten opzichte van de sprongcassatie ligt de meerwaarde van de Wpv in de ook in dat geval nog steeds aanwezige versnelling van afdoening (bij een sprongcassatie slaan partijen weliswaar een instantie over, maar de zaak gaat dan wel als gewone cassatieprocedure, met bijbehorende termijnen, door). De (informele) proefprocedure wint het ook niet van de prejudiciële vraagprocedure qua snelheid en (dus) kosten, want los van de bijzondere start in zo'n geval (partijen starten na overleg een procedure op om een uitspraak te krijgen over een specifiek juridisch of feitelijk punt) vervolgt men ook dan met een reguliere civiele procedure. Als de proefprocedure eventueel tevens inhoudt dat er getracht zal worden een prejudiciële vraag te stellen, dan is het dát aspect wat de proefprocedure meerwaarde geeft qua snelheid en kosten.

Concluderend: de verdere ontwikkeling van het privaatrecht heeft in ruime mate geprofiteerd van de regeling, en doet dat nog steeds: de rechtsvorming is gestimuleerd,[18] en zodoende tevens de rechtszekerheid en rechtseenheid, want de rechtsvorming neemt bestaande onzekerheden weg en leidt bovendien tot een uniforme rechtstoepassing. Uiteraard is niet zeker of een deel van dezelfde zaken niet ook op enige moment langs reguliere weg bij de Hoge Raad zouden zijn gekomen, en dus langs die weg dezelfde rechtsvormende resultaten zouden zijn bereikt, maar veel van de betreffende zaken zijn er nu in elk geval eerder gekomen, en dat is sowieso al winst, terwijl andere zaken sowieso de Hoge Raad niet zouden hebben kunnen bereiken (vanwege de appelgrens in combinatie met de beperkte cassatiegronden van art. 80 RO).[19]

Voor zover dat drie en half jaar na invoering van de Wpv kan worden overzien, is de regeling in het privaatrecht, gegeven onze interviews, de literatuurstudie en rechtspraakanalyse, zeker succesvol genoeg om daarmee door te gaan, zo stelden wij reeds. Of dat dan ook betekent of betekenen moet dat invoering in het strafrecht inderdaad in het verschiet ligt, en of dat dan zou kunnen via een 'kopie' van de civielrechtelijke regeling, laten wij hier nog graag in het midden. Het antwoord op die vraag hangt immers mede van verschillende andere gegevens en factoren af,[20] en van de mogelijkheden qua inrichting van de regeling, welke in de navolgende hoofdstukken uitvoeriger besproken zullen worden.

5.2 Specifieke kritiekpunten

5.2.1 Opbouw van deze paragraaf

Voordat aan die eventuele strafrechtelijke regeling toegekomen wordt, dienen bij wege van evaluatie van de civielrechtelijke regeling nog enkele (detail)punten van kritiek op die civielrechtelijke regeling besproken te worden. Wij behandelen hierna, omdat die punten in de literatuur en/of de interviews vaker aan bod kwamen, de mogelijkheid dat er wellicht (straks) te veel zaken binnen komen, dat bepaalde vragen wellicht geen antwoord

[17] Al zijn over de (mogelijke) praktische neveneffecten wel vragen gerezen, zie nader paragraaf 4.11.5.
[18] Zie bijv. Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/338.
[19] Dit strookt met de perceptie van de geïnterviewden op dit punt, zie paragraaf 4.9.4.
[20] In het strafrecht zou bijvoorbeeld de positie van de verdachte, zeker als deze in hechtenis zit, een belangrijke rol kunnen spelen bij het antwoord op de vraag of prejudiciële vragen wenselijk zijn. Zie nader en uitvoerig: Kristen 2011, alsmede Knigge 2015, en uiteraard hoofdstuk 6 e.v. hierna.

behoeven, dat de cassatiebalie wellicht overbodig zou zijn, dat de transparantie in het geding lijkt te zijn, en dat een cassatiefonds ter financiering van prejudiciële vragen een optie zou kunnen zijn.

5.2.2 Te veel vragen?

Uit de interviews is naar voren gekomen dat er wellicht op termijn een moment kan komen dat er in feite teveel vragen richting de Hoge Raad gaan. De capaciteit voor de afwikkeling daarvan is, zeker ook bij het Parket, niet eindeloos. Als een A-G zijn andere werk 'laat vallen' als er een prejudiciële vraag voorligt,[21] dan kunnen er op dit moment in feite maximaal 10 vragen tegelijk behandeld worden, maar ook dan zou 'het raderwerk' waarschijnlijk al instorten want dan zou het 'gewone' werk al niet meer gedaan kunnen worden. Een instroom van meer dan enkele zaken tegelijkertijd (hetgeen overigens nog steeds een behoorlijk aantal zaken per jaar toelaat) is dus momenteel niet te verwerken.

De vrees voor een overvloed aan zaken kan echter bijgestuurd worden. De Hoge Raad kan strenger worden bij het in behandeling nemen van de vragen – hetgeen op termijn misschien ook wel voor de hand ligt[22] – en niet langer zo toeschietelijk zijn als hij bijvoorbeeld was ten aanzien van de aangebrachte vragen in de eerste drie zaken die de Hoge Raad bereikten.[23] Die verhoogde mate van 'strengheid' is, onverhoopt, mogelijk ten aanzien van het 'talrijke andere geschillen'-criterium uit art. 392 lid onder b Rv. Indien het aantal aangebrachte vragen inderdaad aanmerkelijk zou stijgen, zouden wij dat ook als suggestie willen meegeven, alleen al om de regeling niet aan het eigen succes ten onder te laten gaan.[24]

Voor de goede orde merken wij hierbij wel nog op dat dit, wat ons betreft, een 'laatste redmiddel' zou moeten zijn omdat (1) het lastig is duidelijke grenzen te trekken tussen wat wel en wat niet talrijk is[25] en omdat (2) het open deur-beleid van de Hoge Raad in hoge mate succesbepalend alsmede passend is. Passend, omdat de Hoge Raad immers zelf wil(de) bewerkstelligen dat bepaalde zaken die zich nu niet of te laat via de gewone cassatieprocedure (kunnen) aandienen, alsnog (tijdig) op hun burelen (zouden) belanden.[26]

5.2.3 Specifieke vragen niet beantwoorden?

Nauw hierbij aansluitend is in de literatuur wel betoogd dat de Hoge Raad niet alle vragen hoeft te beantwoorden, omdat sommige rechtsvragen enkel incidenteel spelen; de Raad zou die vragen als onvoldoende geschikt voor beantwoording moeten afwijzen en alleen de sprekende gevallen moeten beantwoorden.[27] Wij menen echter dat de Hoge Raad ook minder 'sprekende' vragen – voor zover er overigens een onderscheid te maken valt langs

---

21 En dat lijkt nodig te zijn, want zeker in kantonzaken is snelheid van enorm belang, zie paragraaf 4.11.5.

22 Dat is bij het HvJ EU immers ook gebeurd, zie Daalder & De Graaff 2015, p. 328; Giesen & Overheul 2015, p. 833 en noot 52.

23 Zie HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4889 (waarin feitelijk in een eerder arrest de gestelde vraag al beantwoord was en de Hoge Raad beziet of daarop soms teruggekomen moet worden); HR 31 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1614 (waarin vooralsnog wordt afgezien van beantwoording maar met uitnodiging om later alsnog de vraag te stellen en ten aanzien van een nog openstaand verweer nog een inhoudelijke aanwijzing wordt meegegeven), en HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3958 (waarin de conclusie dat voor beantwoording geen plaats is, voorafgegaan wordt door redelijk uitvoerige behandeling van de eerdere rechtspraak waaruit dat volgt). Vgl. tevens paragraaf 4.6.1.

24 Het zou dan wel goed zijn als die 'beleidswijziging' vroegtijdig bekend zou worden gemaakt.

25 Zie reeds Giesen & Overheul 2015, p. 831.

26 In dat verband veroorloven wij ons nog de opmerking dat de vraag in HR 31 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1614, *NJ* 2013/321 (*assurantieportefeuille*), op zich ook beantwoord had kunnen worden, zie nader paragraaf 3.3.4.5.

27 Hermans 2015, p. 159-160.

die lijnen[28] – gewoon moet beantwoorden zolang die vragen voldoen aan de wettelijke vereisten voor beantwoording en dat organisatorisch nog te bolwerken is. Met dat antwoord weten wij immers zeker hoe de stand van zaken luidt. Bovendien speelt hier opnieuw de moeilijkheid dat het verschil tussen incidenteel en talrijk erg ingewikkeld is, zodat de huidige koers (een ruime invulling geven aan het begrip talrijk en weinig eisen stellen aan de feitelijke onderbouwing daarvan)[29] in de rede ligt. Tot slot mag op dit punt ook enig verantwoordelijkheidsbesef van de vraagstellende rechters verwacht worden.

Naar aanleiding van dit betoog rijst echter wél nog de vraag of iedere prejudiciële vraag per se met de grootste snelheid moet worden beantwoord (zoals het procesreglement van de Hoge Raad bepaalt). Dat kan ook anders; de Hoge Raad kan beslissen om bepaalde vragen iets lager te prioriteren.[30] Aldus kunnen de Raad en het Parket hun werklast met betrekking tot de beantwoording van de prejudiciële vragen beter managen. Hierbij geldt echter opnieuw dat dit alleen gaat spelen als de toestroom van vragen te groot zou worden, en dat goed bekeken zal moeten worden waar die snelheid dan omlaag kan (hetgeen ons inziens met name afhangt van de hoedanigheid van de partijen, waarbij de repeat players wellicht vooral behoefte hebben aan duidelijkheid[31]).

5.2.4 Bijstand cassatieadvocaat nodig?

Een ander thema dat aandacht vergt, betreft de positie van de cassatiebalie binnen de regeling van de prejudiciële vragen. Kort gezegd is de discussie deze dat diverse geïnterviewden zich afvragen wat de toegevoegde waarde van de tussenkomst van de cassatieadvocaat is – deze is nu verplicht op grond van art. 393 lid 3 Rv – terwijl tegelijkertijd helder is dat die cassatieadvocaat – los van de bestaande formaliteiten – niet per se nodig is.[32] Immers, art. 393 lid 4 en 5 Rv staan immers toe dat andere advocaten een rol spelen in de (nadere) voorlichting van de Hoge Raad. Bovendien betreft dit een kostenpost die uiteindelijk in de kostenbegroting door de Hoge Raad meeweegt en langs die weg in de oorspronkelijke procedure voor rekening van de verliezende partij kan komen.[33] Andere respondenten (en niet alleen de cassatieadvocaten die wij spraken), vooral op het niveau van de Hoge Raad, zien wél een meerwaarde omdat – kort gezegd – de cassatieadvocaat weet wat de Hoge Raad wil weten qua toelichting op een zaak. Ogenschijnlijk tegenstrijdig daarmee is dan wel dat een prejudiciële vraagprocedure niet meetelt voor het aantal 'vlieguren' dat een lid van de cassatiebalie verplicht moet maken om lid te mogen blijven.[34]

Omdat het genoemde kostenaspect niet wezenlijk anders zal komen te liggen als de procesadvocaat in de feitelijke instantie de vraagprocedure zou begeleiden in plaats van een cassatieadvocaat (en deze procesadvocaat zijn of haar uren tegen een gelijksoortig tarief zal doorrekenen), en omdat verplichte procesvertegenwoordiging door een cassatieadvocaat bij

---

[28] Hermans noemt geen voorbeeld van een minder sprekende zaak; de invulling van art. 10 Fw acht hij wel een sprekend geval (zie inmiddels HR 18 december 2015 ECLI:NL:HR:2015:3636 (*verzet door curator*)) maar waarin die vraag zich dan onderscheidt van andere vragen, is ons niet duidelijk geworden.

[29] Zie nader Giesen & Overheul 2015, p. 831.

[30] Vgl. paragraaf 4.11.2.

[31] Zie ook paragraaf 4.4.4.

[32] Zie ook paragraaf 4.11.3. Een procespartij kan de eigen argumenten voor een bepaalde beantwoording immers ook al bij de feitenrechter kwijt, en via het dossier neemt de Hoge Raad daar dan vervolgens kennis van.

[33] Zie nader paragraaf 3.4, waar blijkt dat het met de (gevolgen van de) doorberekening van kosten tot nu toe meevalt.

[34] Vgl. art. 6 Verordening vakbekwaamheidseisen civiele cassatieadvocatuur (*Stcrt.* 20846, d.d. 28 november 2011), dat spreekt over ten minste 6 inhoudelijk beoordeelde civiele *cassatie*zaken.

de Hoge Raad in beginsel nog steeds wenselijk is,[35] ligt het in de rede om de rol en positie van de cassatieadvocatuur onveranderd te laten. De extra ervaring van de cassatieadvocaat als het om de 'dienstverlening' naar partijen en de Hoge Raad toe gaat, is dan van (meer dan) voldoende meerwaarde om zulks te rechtvaardigen, hoewel de regering daar voor de fiscale procedure weer anders over denkt,[36] opmerkelijk genoeg. Wél ligt het in de rede om dit type zaken mee te laten tellen voor het aantal cassatiezaken dat een cassatieadvocaat op jaarbasis moet behandelen. Hier ligt een taak voor de Hoge Raad en de Vereniging Civiele Cassatieadvocaten (VCCA).

Daarnaast menen wij overigens dat de verplichte inschakeling van een cassatieadvocaat inzake de inbreng van derden (de 'amicus curiae') op zichzelf overbodig is.[37] Echter, omdat een andere regiem voor partijen en voor derden tot het creëren en benutten van een sluiproute ('een procespartij brengt opmerkingen in als een derde, zonder cassatieadvocaat') zou leiden, kiezen wij (alsnog) voor een uniforme regeling (waarbij de cassatiebalie gehandhaafd blijft).

5.2.5 Transparantie: vooroverleg tussen rechters en publicatie van vonnissen e.d.

Kritiek is ook wel geuit op het niet openbare karakter van het vooroverleg dat feitenrechters soms hebben voorafgaand aan het stellen van een prejudiciële vraag.[38] Naar verluidt wordt soms onderling (niet alleen binnen de eigen rechtbank, maar ook tussen verschillende rechtbanken) afstemming gezocht om de bedoelde vraag in een geschikte en passende zaak te kunnen stellen. Dat proces voltrekt zich echter buiten het zicht van partijen in die procedure. Dat is op het eerste gezicht niet erg transparant, maar is dat in dit geval ook bezwaarlijk? Omdat het bij prejudiciële vragen in de kern gaat om antwoorden op vragen die voor meer dan één enkele zaak van belang zijn, is het onzes inziens niet bezwaarlijk dat er vooroverleg plaatsvindt;[39] de vraag is immers in brede zin belangrijk en dan is het verstandig om deze 'goed' op te stellen zodat er een zinvol antwoord kan komen.[40] Wel is het wenselijk, ook voor de Hoge Raad die voor beantwoording van de vraag staat, dat daarover dan helderheid bestaat. Dat past in de algemene trend dat transparantie, ook voor de rechterlijke macht, steeds belangrijker wordt.[41] Die transparantie is ook eenvoudig te bereiken door aan de procespartijen mee te geven dat er overleg zal plaatsvinden of heeft plaatsgevonden, waarna er gelegenheid is voor hen om daarop te reageren, hetgeen toch al is ingebakken in de procedure. Zo gebeurt het ook al in de praktijk, zo blijkt,[42] en voor zover dat nog niet het geval is, zou het streven moeten zijn om dat wel te gaan doen: als er tussen rechters overleg plaatsvindt over de te stellen prejudiciële vragen, worden partijen daarover ingelicht en krijgen zij de kans zich daarover uit te laten, op grond van (desnoods een ruime uitleg van) art. 392 lid 2 Rv.

---

35 Het bredere debat over verplichte procesvertegenwoordiging laten we hier rusten, zie nader *Asser Procesrecht/Giesen 1* 2015/40.

36 Zie hierover nader paragraaf 3.3.7.2.

37 Zie nader paragraaf 3.3.7.3.

38 Vgl. paragrafen 4.4.1 en 4.5.3.

39 Er is hier o.i. ook geen sprake van strijd met art. 6 EVRM (bijv. via de *Borgers*-zaak, EHRM 30 oktober 1991, Series A, Vol. 214-A), want er is in dit geval sprake van overleg over een vraag aan, en niet van overleg over een uitspraak van een rechter, terwijl bovendien partijen de nodige invloed op die vraagstelling kunnen uitoefenen.

40 Vgl. in iets ander en breder verband ook J.E.M. Polak, *NJB* 2016, afl. 6, p. 392.

41 Vgl. in zijn algemeenheid *Asser Procesrecht/Giesen 1* 2015/378-384.

42 Rb. Gelderland (zie de uitspraak van 23 oktober 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:4081) vermeldt in r.o. 2.14 dat het stellen van de vraag mede geschiedt na consulatie van de afdelingsvoorzitters van de sectoren/afdelingen Burgerlijk Recht (of daarmee vergelijkbare sectoren) van de vier rechtbanken in het ressort van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.

Inzake de noodzakelijke transparantie moet ons verder van het hart, al lijkt dit wellicht een detail, dat het zeer onwenselijk is dat een door de feitenrechter gestelde vraag weliswaar bekend wordt gemaakt via de site van de Hoge Raad, maar vervolgens de betreffende uitspraak in een aantal gevallen niet via rechtspraak.nl gepubliceerd is. Wij roepen dan ook op om alle uitspraken inzake prejudiciële vragen via internet te openbaren. Voor het mogelijk kunnen aanhouden van vergelijkbare zaken elders is dat wezenlijk. En ook voor derden is het anders ondoenlijk om te ontdekken of zij wellicht interesse of een belang hebben om te kunnen reageren op de gestelde vraag via art. 393 lid 2 Rv.[43]

Daarbij aansluitend menen wij tevens dat het goed zou zijn als vervolgens ook de schriftelijke opmerkingen die derden in een prejudiciële vraagprocedure maken, openbaar worden gemaakt, bijvoorbeeld (weer) via de site van de Hoge Raad. Dat biedt alle betrokkenen (inclusief partijen en derden), commentatoren en de justitiabele, na beantwoording van de vraag inzicht in de eventuele invloed van die schriftelijke opmerkingen en het geeft een beeld van welke informatie nuttig of van invloed is of kan zijn. Zo kan de rechtspleging in prejudiciële vraagprocedures leren van eerdere ervaringen en dat zou winst zijn.[44]

In het kader van de wederzijdse transparantie is het tot slot nog raadzaam dat de feitenrechter na afronding van de procedure in feitelijke instantie, nadat het antwoord van de Hoge Raad is verwerkt in een einduitspraak, dat vonnis of arrest ter kennisgeving terugzendt aan de Hoge Raad, net zoals dat nu al standaard gebeurt met de arresten die gewezen worden nadat de zaak na cassatie terugverwezen is naar een hof, zodat de Raad kennis kan nemen van wat er met de beantwoorde vraag verder is geschied. Die kennis ontbreekt nu, terwijl dit allicht leerzaam kan zijn voor (het beleid van) de Hoge Raad.

5.2.6 Cassatiefonds nodig?

Een laatste kwestie die de kop op is gestoken, is de vraag wie op zou moeten draaien voor de kosten van de prejudiciële procedure. Via de kostenbegroting door de Hoge Raad (art. 393 lid 10 Rv) en de kostenveroordeling door de vragende rechter bij eindvonnis (art. 394 lid 2 Rv) zijn dat nu uiteindelijk de procederende partijen, althans één van hen, terwijl door de beantwoording en de rechtsvorming en/of rechtszekerheid en rechtseenheid die daarmee in beginsel gepaard gaat, niet enkel de partijen (althans één van de partijen) profiteren, maar de gehele maatschappij. Na afloop weet immers de gehele rechtsorde hoe het antwoord op de voorheen onbeantwoorde vraag luidt. Dan is het wellicht niet zo gek, zo is geopperd,[45] als de maatschappij in zijn geheel, de belastingbetaler dus, voor de kosten die daartoe gemaakt zijn, zou opdraaien.

De reacties hierop verschillen, waarbij de omgeving van de Hoge Raad terughoudend hierop reageert, terwijl de advocatuur iets enthousiaster lijkt te zijn, zie nader paragraaf 4.11.4. In een reguliere cassatieprocedure betaalt een procespartij ook voor de uitkomst, zo wordt gesteld, en dus ook voor de eventuele rechtsvorming die daarmee gegenereerd wordt en welke dan tevens ten voordele strekt aan de maatschappij als geheel, dus waarom zou dat hier anders liggen? Bovendien wordt in prejudiciële vraag-zaken bij de Hoge Raad geen griffierecht geheven, wat tegenwoordig al aanzienlijk scheelt. Aan de andere kant: de rechter kan ambtshalve (en doet dat in de ruime meerderheid van gevallen ook, zie paragraaf 3.3.2.1) bepalen dat er een prejudiciële vraag gesteld zal worden, met alle kosten

[43] Wij kunnen ons overigens ook voorstellen dat ook de lopende agenda van reguliere cassatiezaken openbaar wordt gemaakt, bijvoorbeeld omdat de feitenrechter dan kan inschatten of een eventueel te stellen vraag wellicht al bij de Hoge Raad aanhangig is. Zie nader paragraaf 3.7.7.8.

[44] Zie hiervoor paragraaf 3.3.7.3.

[45] Zie o.a. Giesen 2011b, p. 62, met verdere verwijzingen. Vgl. ook Giesen & Overheul 2015, p. 831.

van dien als partijen (besluiten te) participeren in die gang naar de Hoge Raad,[46] terwijl in een gewone cassatieprocedure de partijen zelfstandig afwegen of zij de kosten daarvan willen maken. Uiteraard kan een partij afzien van het meedoen aan de vraagprocedure bij de Hoge Raad, en omdat het om zaaksoverstijgende vragen gaat, is de inbreng van de procespartijen ook minder noodzakelijk.[47] Maar het is wel hun zaak die de vraag voortbrengt en die met het antwoord zo goed als beslist zal zijn, en dus kan men hen bezwaarlijk het op hoor en wederhoor gegronde recht ontzeggen om daarin hun zegje te doen; en daarmee zou dat ook niet ontmoedigd moeten worden door het kostenaspect.[48]

Gegeven het doel van de Wpv (te kort: tijdig vragen bij de Hoge Raad krijgen die anders niet of te laat aldaar zouden geraken) ligt het wat ons betreft in de rede om de kosten van dat publieke belang niet enkel bij de toevallige procespartijen te laten rusten. En dus ligt het voor de hand om in overweging te nemen om een regeling te bedenken voor de door partijen gerechtvaardigd gemaakte kosten voorafgaand aan de beantwoording van een prejudiciële vraag, gegeven het daaraan verbonden publieke belang. Een tegemoetkoming uit een daartoe op te richten fonds of ten minste een compensatie in de uiteindelijke proceskosten, zijn daartoe mogelijk inzetbare instrumenten.

5.3 Afronding

Uit onze evaluatie blijkt dat de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad een groot succes is. De regeling wordt regelmatig gebruikt, misschien zelfs wel meer dan verwacht. De regeling lijkt ook genoegzaam bekend te zijn bij het relevante publiek, en is bovendien voldoende 'toegankelijk', want eenvoudig van aard en opzet. Niet onbelangrijk is verder dat de wet door alle hoofdrolspelers in het veld verwelkomd wordt, en door hen voor principieel wenselijk wordt gehouden, ook als er op (detail)punten kritiek (mogelijk) is, zoals hiervoor besproken. Tot slot moet gezegd worden dat de mogelijkheid dat er vragen gesteld kunnen worden, als welhaast vanzelfsprekend wordt aanvaard. Wij gaan er dan ook vanuit, wellicht ten overvloede, dat de wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad onverkort wordt gehandhaafd voor civiele zaken. Principieel is er bovendien – bezien vanuit een privaatrechtelijke bril – geen reden om niet ook elders zo'n regeling in te voeren. Of dat ook betekent dat invoering in het strafrecht inderdaad mogelijk en wenselijk is, verdient echter nader onderzoek, gegeven de eigenheid van dat straf(proces)recht en de behoeften binnen dat vakgebied. Daartoe dienen de volgende hoofdstukken.

---

[46] De kosten zijn dan echter een drempel om te verschijnen, zo is gebleken in paragraaf 4.11.3.

[47] Dat is mede het geval omdat er een alternatieve route aanwezig is. Een procespartij kan de eigen argumenten voor een bepaalde beantwoording bij de feitenrechter kwijt, en via het dossier neemt de Hoge Raad daar kennis van. Vgl. paragraaf 4.11.3. Daarmee wordt die procespartij in elk geval gehoord, maar wederhoor ten opzichte van wat de wederpartij en eventueel derden inbrengen is er dan niet, dus dit is zeker geen ideale route.

[48] Sterker nog, als een partij opmerkingen indient en de andere partij niet, en de partij die heeft meegedaan aan de prejudiciële procedure wint de zaak uiteindelijk, dan kan de rechter beslissen (zie art. 394 lid 2 Rv) dat de niet in de prejudiciële procedure verschenen partij de kosten moet dragen van de wel verschenen partij. Bovendien, enige 'ontmoediging' lijkt wel aanwezig nu slechts in zeven van de eerste 25 zaken de beide procespartijen gebruik maakten van de mogelijkheid om de Hoge Raad van informatie te voorzien. In tien gevallen gebeurde dat door slechts één van de partijen. Dit strookt met de bevindingen in paragraaf 4.11.3 over het kostenaspect.

6. Argumenten in de strafrechtelijke literatuur over de wenselijkheid van een prejudiciële procedure in het strafrecht en de verhouding met cassatie in het belang der wet

6.1 Introductie

Voorafgaande aan de introductie van de prejudiciële procedure in het civiele recht in 2012 heeft de mogelijkheid van een prejudiciële procedure in het strafrecht slechts beperkte aandacht gekregen. In het kader van het Onderzoeksproject Strafvordering 2001 heeft de Onderzoeksgroep Strafvordering 2001 deze mogelijkheid onder ogen gezien in de context van andere voorstellen van de onderzoeksgroep. De onderzoeksgroep wees de mogelijkheid af; de argumenten daarvoor komen hierna aan bod in paragraaf 6.2.

Ook de commissie-Hammerstein heeft voor strafzaken de mogelijkheid van een prejudiciële procedure overwogen. Zij wijst evenwel deze gedachte af, omdat de commissie voor de strafsector van de Hoge Raad geen hiaten in het zaaksaanbod constateert. In het strafrecht wordt namelijk meer doorgeprocedeerd tot aan de Hoge Raad, zodat ook strafzaken die ertoe doen de Hoge Raad bereiken. Daaraan voegt de commissie het argument toe dat in het kader van het Onderzoeksproject Strafvordering 2001 de idee van een prejudiciële procedure in strafzaken is verworpen.[1] De commissie-Hammerstein concludeert dan ook: 'Aan de invoering van de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen door de feitenrechter aan de Hoge Raad bestaat al met al in de structuur van het strafproces bij het huidige functioneren van het cassatieberoep dan ook geen behoefte.'[2] Niettemin lijkt de commissie-Hammerstein elders in haar rapport de deur nog een kleine kier te zetten. Wanneer zij namelijk de vraag stelt in welke rechtsgebieden het invoeren van een prejudiciële procedure gewenst kan zijn, beantwoordt zij die vraag als volgt: 'In hoofdstuk 3 komt naar voren dat *eigenlijk* alleen in de civiele sector behoefte lijkt te bestaan aan instrumenten om bepaalde zaken beter bij de Hoge Raad te kunnen krijgen.' [onze curs.].[3]

In de literatuur is de vraag naar een prejudiciële procedure in strafzaken enkele jaren na het rapport van de commissie-Hammerstein opgepakt door Kristen.[4] In het kader van een project over de positie van de Hoge Raad in 2025 heeft hij in 2011 voor- en nadelen van een prejudiciële procedure in strafzaken geïnventariseerd en geanalyseerd. Deze bijdrage ligt ook aan de basis van dit hoofdstuk en uit dit werk wordt dan ook geput.

Met de motie van Kamerleden Dijkhoff en Van Nispen uit 2014 waarin zij de regering verzoeken om te onderzoeken een prejudiciële procedure in het strafrecht kan worden ingevoerd,[5] is het onderwerp weer op de agenda gekomen. Naar aanleiding van deze motie is het onderhavige onderzoek geëntameerd.[6] Dat betekent echter niet dat er uitgebreid debat in de strafrechtelijke literatuur over de mogelijkheid van het invoeren van een prejudiciële procedure is geopend. Het aantal bronnen is beperkt. Wellicht hangt dat samen met de opvatting van Knigge dat om '(…) te weten of de prejudiciële vraag in het strafproces "kan" worden ingevoerd, (…) niet veel onderzoek nodig [is].'[7] Het gaat volgens hem veel meer om de vraag of er behoefte is aan het instrument van een prejudiciële

1 Rapport Hammerstein 2008, p. 29-30.
2 Rapport Hammerstein 2008, p. 30.
3 Rapport Hammerstein 2008, p. 52.
4 Kristen 2011.
5 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 000 VI, nr. 29.
6 Zie *Kamerstukken I* 2015/16, 33 750 VI, AF, p. 91-92.
7 Knigge 2015, p. 93.

procedure. Die vraag staat centraal in het kwalitatief empirisch onderzoek waarover in hoofdstuk 7 wordt gerapporteerd.

Het onderhavige hoofdstuk beoogt voorafgaand aan dat kwalitatief empirisch onderzoek te inventariseren wat (on)mogelijkheden tot en voor- en nadelen van het invoeren van een prejudiciële procedure in het strafrecht zijn, zoals die in de literatuur zijn genoemd. Daartoe worden ook gerekend mogelijke knelpunten (in een regeling) voor een prejudiciële procedure in het strafrecht en wat dan mogelijke oplossingen voor die knelpunten zijn. Daarmee strekt het hoofdstuk tot beantwoording van twee deelvragen van dit onderzoek (zie paragraaf 1.5.3).

In het kader van de voor- en nadelen van een prejudiciële procedure in het strafrecht komt onvermijdelijk de vraag op naar alternatieven daarvoor. Zijn er namelijk alternatieven, dat wil zeggen andere, al dan niet bestaande instrumenten waarmee sneller dan via de reguliere route van hoger beroep en vervolgens cassatie een rechtsvraag aan de Hoge Raad kan worden voorgelegd? Deze alternatieven worden ook in de literatuur genoemd en komen dan ook aan bod bij het bespreken van voor- en nadelen. Echter, in dit verband dient zich een belangrijk, reeds bestaand alternatief onmiddellijk aan: cassatie in het belang der wet. Om die reden wordt in paragraaf 6.5 uitgebreid ingegaan op dit buitengewone rechtsmiddel en wordt besproken hoe dit instrument zich verhoudt met een mogelijke prejudiciële procedure. Daarmee wordt in hoofdstuk 6 nog een deelvraag van het onderzoek (zie paragraaf 1.5.3) behandeld.

6.2 Strafvordering 2001 en een prejudiciële procedure in strafzaken

De onderzoeksgroep Strafvordering 2001 heeft niet in algemene zin de mogelijkheid van het invoeren van een prejudiciële procedure in strafzaken onderzocht. Zij heeft dat alleen gedaan voor een geheel eigen context. De onderzoeksgroep Strafvordering 2001 heeft namelijk voor bepaald type zaken de mogelijkheden verkend van een stelsel van rechtsmiddelen waarin alleen hoger beroep openstaat. Het gevolg van een dergelijk stelsel van rechtsmiddelen is dat het gewone rechtsmiddel van cassatie als voorziening voor uniforme rechtstoepassing wegvalt. Om daar toch enigszins in te voorzien, is gekeken naar een prejudiciële procedure bij de Hoge Raad. Deze oplossing is evenwel door de onderzoeksgroep Strafvordering 2001 afgewezen met de volgende argumenten:

1) Een antwoord van de Hoge Raad gegeven in de prejudiciële procedure '(…) geeft niet altijd voor 100 procent de beslissing aan die de feitenrechter moet geven, hoewel natuurlijk veel afhangt van de bewoordingen';
2) De verwevenheid van rechtsvragen met de feiten brengt met zich dat in de toepassing van het antwoord op de feiten en de vaststelling van die feiten verschillen kunnen ontstaan;
3) Er is weinig bereikt wanneer de feitenrechter het antwoord op een onjuiste wijze toepast in de voorliggende zaak;
4) Het antwoord van de Hoge Raad vraagt op zijn beurt om interpretatie en daardoor – zo wordt gesuggereerd – ontstaan er verschillen in uitleg en toepassing;
5) Een prejudiciële procedure geeft een 'onnatuurlijke knip in het geding';
6) Er ontstaat vertraging in de afdoening van de strafzaak door de feitenrechter en leidt mogelijk zelfs tot een 'herhaling van zetten'.[8]

Veel meer dan dit wordt niet opgemerkt in de rapportage van de onderzoeksgroep Strafvordering 2001.

[8] Groenhuijsen & Knigge 2002, p. 317, 320; Groenhuijsen & Knigge 2004, p. 480.

De genoemde argumenten beogen aan te geven waarom een prejudiciële procedure niet de rechtseenheid kan dienen of de rechtsontwikkeling kan bevorderen en daarmee geen vangnet kan zijn in een stelsel van rechtsmiddelen waarin voor een bepaald type zaken alleen hoger beroep openstaat. Zo bezien, geven drie van de genoemde argumenten weinig blijk van vertrouwen in het functioneren van de strafrechtspraak als geheel, met daarin de eigen posities van de feitenrechters en de Hoge Raad als hoogste rechter. Voor de argumenten 1, 3 en 4 geldt dat zij evenzeer opgaan voor alle gevallen waarin de Hoge Raad arrest wijst, dus ook in het reguliere stelsel van rechtsmiddelen. Uiteraard dicteren uitspraken van de Hoge Raad niet welke beslissing de feitenrechter moet nemen; zij behoeven op hun beurt interpretatie. Natuurlijk kan de feitenrechter naar wie de zaak wordt terug- of verwezen, in de toepassing van de uitspraak van de Hoge Raad op de hem voorliggende strafzaak fouten maken. Dat gebeurt soms ook. Maar dat wil niet zeggen dat een prejudiciële procedure a priori zinloos is. Kortom, de besproken argumenten zijn geen argumenten die specifiek tegen een prejudiciële procedure pleiten. De andere drie argumenten (kort gezegd de verwevenheid van rechtsvragen met feiten, de knip in het strafproces, en de vertraging van het strafproces) zijn argumenten die relevante punten aansnijden; zij komen dan ook in het navolgende terug.

6.3 Modernisering Wetboek van Strafvordering

In het kader van de operatie versterking van de prestaties van de strafrechtketen is het Ministerie van Veiligheid en Justitie een massieve wetgevingsoperatie gestart die er op is gericht het Wetboek van Strafvordering te moderniseren.[9] Deze modernisering moet ertoe leiden dat het Wetboek van Strafvordering toekomstbestendig is, voor burgers en professionals toegankelijk is en in de praktijk van de strafrechtspleging ook werkbaar is met tegelijkertijd een evenwichting stelsel van rechtswaarborgen.[10] In de zgn. Contourennota van september 2015 wordt een schets gegeven van de hoofdlijnen van de moderniseringsoperatie. De mogelijkheid van het invoeren van een prejudiciële procedure wordt daarbij genoemd voor het nieuwe Vijfde Boek over de rechtsmiddelen.[11] Verwezen wordt naar de motie van Kamerleden Dijkhoff en Van Nispen die reeds in de inleiding is genoemd (zie paragraaf 6.1).[12] Deze motie gaf de aanleiding tot het onderhavig onderzoek. De Contourennota verwijst naar dit onderzoek en neemt geen stelling over de vraag of het mogelijk is en zo ja, onder welke voorwaarden een prejudiciële procedure in strafzaken in te voeren.[13]

In de Contourennota worden doelstellingen en uitgangspunten van de moderniseringsoperatie van het Wetboek van Strafvordering uiteengezet. Voor de mogelijkheid van een prejudiciële procedure in het strafrecht zijn daarbij de volgende doelstellingen en uitgangspunten van belang. Voor de doelstellingen gaat het om een zorgvuldige en voortvarende afdoening van strafbare feiten, de daarmee samenhangende doelstelling van verkorting van doorlooptijden, en met voor het hoger beroep een versterkt voortbouwend appel.[14] Een relevant uitgangspunt is in de eerste plaats de wens te komen tot verbetering van de strafrechtspleging als geheel, waarbij wordt uitgegaan van een ketenbenadering. Daarbij wordt expliciet onderkend dat een bepaald instrument voor één partner in de keten tot een toename van de werkbelasting kan leiden, maar voor andere partners in de keten juist tot een lastenverlichting kan leiden. Ook wordt aangegeven dat

9 Zie *Kamerstukken II* 2012/13, 29 279, nr. 165, p. 8-9.
10 Contourennota, *Kamerstukken I* 2015/16, 33 750 VI, AF, p. 1.
11 *Kamerstukken I* 2015/16, 33 750 VI, AF, p. 85, 91.
12 *Kamerstukken I* 2015/16, 33 750 VI, AF, p. 91.
13 Zie *Kamerstukken I* 2015/16, 33 750 VI, AF, p. 91-92.
14 *Kamerstukken I* 2015/16, 33 750 VI, AF, p. 4.

het realiseren van kwaliteitsverbetering tot extra werk noopt, maar wel bijdraagt aan de prestaties van de strafrechtspleging als geheel.[15] In de tweede plaats is een relevant uitgangspunt de gedachte van de 'beweging naar voren'. Dat houdt onder meer in dat bij het reguliere strafproces de behandeling in eerste aanleg meer belang toekomt dan het hoger beroep.[16] Door invoering van een versterkt voortbouwend appel zou er in hoger beroep meer ruimte moeten komen voor '(…) een grondiger behandeling van de kwesties die ertoe doen (bijvoorbeeld door meer diepgaand juridische verweren te bespreken of door een betere uitleg te geven aan verdachte en slachtoffer over de opgelegde straf).'[17] Dit laatste sluit aan bij voorstellen in het kader van de Agenda voor de appelrechtspraak 2020, die in dit verband spreken over het wijzen van richtinggevende arresten door de gerechtshoven. De hoven zouden daarbij meer leiding moeten geven aan de rechtspraak en rechtsvragen zelf adresseren.[18] Voor het instituut van cassatie als zodanig voorziet de Contourennota niet in wijzigingen.[19]

Het beeld dat uit de Contourennota oprijst, is dat doelstellingen en uitgangspunten van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering een context geven die ook meeweegt bij de beantwoording van de vraag of het mogelijk is een prejudiciële procedure in strafzaken in te voeren, en zo ja, onder welke omstandigheden en voorwaarden. Daarbij is van belang of een dergelijke prejudiciële procedure, die tot een vertraging in de strafzaak zelf leidt, voor die strafzaak kan bijdragen aan de kwaliteit van de beslissing en voor de strafrechtspleging als geheel kan leiden tot het sneller verkrijgen van een uitspraak van de Hoge Raad over een rechtsvraag waar de andere partners in de keten mee zijn gediend. Dit komt hierna bij de bespreking van de argumenten voor en tegen een prejudiciële procedure in het strafrecht terug, alsook bij het empirisch onderzoek (zie paragrafen 6.4.1, 6.4.4, 6.5.1 en 7.5). Volgens ons is ook van belang dat uit de toegedachte belangrijke rol van de eerste aanleg er een grotere verantwoordelijkheid lijkt te volgen om als feitenrechter rechtsvragen te adresseren en deze niet door te schuiven naar het achtereenvolgende hoger beroep en vervolgens cassatie.

6.4 Argumenten voor een prejudiciële procedure in strafzaken

6.4.1 Een prejudiciële procedure kan in een behoefte voorzien

Een prejudiciële procedure bewerkstelligt dat, alvorens tot een einduitspraak wordt gekomen in een strafzaak, het oordeel van een andere rechter wordt verkregen, in dit geval de hoogste nationale rechter, de Hoge Raad. Daarmee heeft de rechter die in de strafzaak moet beslissen de mogelijkheid tot een betere einduitspraak te komen. Beter in de zin van de rechtseenheid, de rechtsontwikkeling en/of de rechtsbescherming dienend, en aldus in het belang van verdachte, openbaar ministerie, slachtoffer(s), rechterlijke macht en/of samenleving. De feitenrechter kan immers de rechtsvraag in de voorliggende strafzaak beslissen met inachtneming van de uitspraak van de Hoge Raad. Dat zal de kwaliteit van de uitspraak van de feitenrechter ten goede komen, al was het maar omdat meer rechters, en wel op het hoogste niveau, alsook het Parket bij de Hoge Raad over de rechtsvraag hebben nagedacht en de argumenten voor en tegen een bepaalde beantwoording van die rechtsvraag hebben geïdentificeerd, geïnventariseerd en afgewogen. De verdachte kan hiervan direct profiteren, indien de wijze van beantwoording van de rechtsvraag te zijnen gunste uitpakt. Ook de strafrechtspleging en de samenleving kunnen hierbij direct profijt

[15] *Kamerstukken I* 2015/16, 33 750 VI, AF, p. 8.
[16] *Kamerstukken I* 2015/16, 33 750 VI, AF, p. 10-11, 14.
[17] *Kamerstukken I* 2015/16, 33 750 VI, AF, p. 88.
[18] Algemene aanbeveling nr. 3 en aanbeveling strafrecht nr. 3 van de Agenda voor de appelrechtspraak 2020, in: Hol & Verburg 2014, p. 346 respectievelijk p. 351.
[19] *Kamerstukken I* 2015/16, 33 750 VI, AF, p. 90.

hebben, zeker als het een rechtsvraag is waarover onduidelijkheid en onzekerheid heeft bestaan en/of het een rechtsvraag is die in meer strafzaken aan de orde is. Een voorbeeld van een dergelijk geval levert de zgn. Salduz-kwestie inzake het recht op rechtsbijstand bij politieverhoor op (waarover hierna meer). Uiteraard kan de beantwoording van de rechtsvraag evengoed in het nadeel van verdachte zijn, zoals in het hierna uit te werken voorbeeld van de zgn. Securitel-affaire. Tegelijkertijd heeft die affaire laten zien dat de rechtspraak en de samenleving waren gebaat bij de door de Hoge Raad verschafte duidelijkheid over de betekenis van het Securitel-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) voor bijvoorbeeld de rechtsgeldigheid van voorschriften van de Wet Wapens en Munitie.

Deze karakteristiek van een prejudiciële procedure brengt met zich dat zij in een behoefte kan voorzien. Maar hoe concreet of reëel is die behoefte dan? Een antwoord op deze vraag kan worden gegeven door het uitgevoerde empirisch onderzoek, zie hoofdstuk 7. Ook kan antwoord op deze vraag worden gegeven door onderzoek te doen naar strafzaken die in de strafrechtspleging aandacht hebben gekregen. In dit verband heeft Kristen aan de hand van een drietal voorbeelden ontleend aan de rechtspraak van de Hoge Raad laten zien dat een dergelijke behoefte kan bestaan.[20] Die voorbeelden zien op volgende gevallen:

1) *Repareren van gebreken in wetgeving of het duiden van wetgeving*
   De eerste groep van gevallen betreft uitspraken waarin de Hoge Raad gebreken in wetgeving dient te repareren of de betekenis en de inhoud van nieuwe wetgeving moet duiden, terwijl de strafrechtspleging door die gebreken of onduidelijkheid knelpunten ervaart. Een prejudiciële procedure zou vermoedelijk sneller tot een uitspraak van de Hoge Raad kunnen leiden dan de gebruikelijke route van het instellen van cassatie, zodat de in de rechtspraktijk gewenste duidelijkheid eerder kan worden geboden. Kristen geeft het volgende voorbeeld. Na de inwerkingtreding van de Wet stroomlijnen hoger beroep[21] op 1 maart 2007 respectievelijk 1 juli 2007 rijzen er vragen over het instellen van hoger beroep door een bepaaldelijk gevolmachtigd raadsman respectievelijk het instellen van cassatie door een advocaat via een bijzondere schriftelijke volmacht aan een griffiemedewerker. Op 22 december 2009 doet de Hoge Raad uitspraak over deze vragen.[22] De Hoge Raad constateert dat de bedoeling van de wetgever niet in de wettelijke regeling terugkeert en dat daardoor in de rechtspraktijk vragen zijn gerezen. Om die reden geeft de Hoge Raad een 'aantal voor de rechtspraktijk hanteerbare beslissingen' (r.o. 3.2) en komt met een uitgebreide beschouwing waarin twee verschillende situaties aan bod komen en een voorziening wordt getroffen. De strafzaak naar aanleiding waarvan de Hoge Raad diens beschouwingen geeft, betreft een arrest van het Hof Amsterdam van 30 september 2008. A-G Knigge heeft bij vervroeging geconcludeerd op 15 september 2009 en de uitspraak van de Hoge Raad dateert van 22 december 2009. Kortom, tussen het arrest in hoger beroep en het arrest in cassatie zijn grofweg 15 maanden verstreken. Dat is voor cassatie een betrekkelijk korte termijn, mede dankzij de inspanningen van de advocaat-generaal en de Hoge Raad om de zaak voortvarend af te doen. Echter, met een prejudiciële procedure was men naar verwachting sneller geweest. Al was het alleen maar omdat de uitwerking van het arrest van het hof en het doorzenden naar de Hoge Raad, hetgeen maanden pleegt te duren, kan worden overgeslagen. Het hof dient slechts één of meer goede prejudiciële vragen te formuleren en door te zenden naar de Hoge Raad. Gaat men er bovendien van uit dat een prejudiciële procedure zo'n zes maanden zou kunnen beslaan (zie m.n. paragraaf 8.5.13), dan is de tijdwinst duidelijk. Kortom, een prejudiciële procedure kan sneller

[20] Kristen 2011, p. 135-136.
[21] Wet van 5 oktober 2006, *Stb.* 2006, 470.
[22] HR 22 december 2009, *NJ* 2010/102.

uitsluitsel bieden over een wettechnische vraag en voorziet daarmee in een behoefte voor de strafrechtspraktijk;

2) *Duiden van een uitspraak van het EHRM*
De tweede groep van gevallen betreft uitspraken waarin de Hoge Raad de betekenis van een uitspraak van het EHRM moet duiden. Corstens heeft in dit verband eerder aangegeven dat hij het te lang vond duren voordat er duidelijkheid was over de gevolgen van de rechtspraak van het EHRM over de raadsman bij een niet-verschenen verdachte: 'Er was over de problematiek van artikel 279 Sr ook rechtspraak van het EHRM, maar het duurde jarenlang voordat er een duidelijk antwoord was. Zo moet het dus niet.'[23] Een ander bekend voorbeeld levert de zgn. Salduz-kwestie, ter zake van de vraag naar de mogelijkheid van een prejudiciële procedure ook aangehaald door Knigge en Spronken.[24] Op 27 november 2008 wees het EHRM het Salduz-arrest.[25] Onmiddellijk na die uitspraak rezen in de strafrechtspraktijk en de strafrechtswetenschap vragen over de consequenties daarvan voor de Nederlandse rechtspraktijk: Welke verdachte heeft in welke gevallen en vanaf welk moment recht op rechtsbijstand door een raadsman? En wat houdt die rechtsbijstand dan in? De standpunten stonden hier diametraal tegenover elkaar.[26] Hier heeft de Hoge Raad snel gehandeld door op 30 juni 2009 zijn drie Salduz-uitspraken te wijzen.[27] Daarmee kwam de Hoge Raad met zijn interpretatie van de Salduz-uitspraak 7 maanden na het wijzen van deze uitspraak door het EHRM. Deze heel vlotte reactie van de Hoge Raad was mogelijk doordat de strafrechtspraak als keten via organisatorische maatregelen voorrang kon geven aan de afdoening van de drie strafzaken (zie hierover paragraaf 6.5.4). Het levert daarmee ook een voorbeeld op van een type van gevallen waarin een prejudiciële procedure uitkomst zou kunnen bieden. Dus ook hier gaat het om de mogelijke snelheid waarmee een prejudiciële procedure uitsluitsel zou kunnen geven;[28]

3) *Duiden van uitspraken van andere rechters*
Een derde groep van gevallen ziet op uitspraken waarin de Hoge Raad de betekenis van uitspraken van andere rechters moet duiden, waartoe met name het HvJ EU moet worden gerekend.[29] In dit verband is een bekend voorbeeld de Securitel-affaire. Na de Securitel-beslissing van het HvJ EG[30] ontstond er onduidelijkheid over de implicaties daarvan. Moest hieruit worden afgeleid dat bijvoorbeeld een verdachte van verboden wapenbezit op vrije voeten moet worden gesteld omdat bepalingen van de Wet Wapens en Munitie niet conform de zgn. Notificatierichtlijn waren medegedeeld aan de Europese Commissie en derhalve ingevolge de Securitel-beslissing buiten toepassing moesten worden gelaten? Feitenrechters hebben met deze vraag geworsteld. Soms is een verdachte inderdaad in vrijheid gesteld, met alle media-aandacht van dien.[31] In andere gevallen weer niet. Het duurde anderhalf jaar voordat de Hoge Raad zich hierover uitsprak en bepaalde dat in het geval van de Wet Wapens en Munitie niet sprake was

---

23 Corstens 2009a, p. 47.
24 Knigge 2015, p. 94; Spronken 2013, p. 407.
25 EHRM 27 november 2008, appl.no. 36391/02, *NJ* 2009/214.
26 Zie bijvoorbeeld de discussie tussen Borgers 2009 en Spronken 2009.
27 HR 30 juni 2009, *NJ* 2009/349, 350 en 351. Kennelijk anders Spronken 2013, waar zij stelt dat het tot 30 juni 2009 heeft geduurd, '(…) terwijl daaraan [een richtinggevend arrest van de Hoge Raad, FK] bij alle betrokkenen in feitelijke aanleg veel eerder behoefte bestond.'
28 Idem Spronken 2013.
29 Vgl. ook Corstens & Kuiper 2012, p. 235-236
30 HvJ EG 30 april 1996, zaak C-194/94, *NJ* 1997/214 (CIA Securitel International tegen Signalson en Securitel).
31 Zie bijvoorbeeld Trouw 13 juni 1997, 'Rechtbank laat man vrij om Securitel-arrest', <http://www.trouw.nl/tr/nl/5009/Archief/article/detail/2466192/1997/06/13/Rechtbank-laat-man-vrij-om-Securitel-arrest.dhtml>.

van technische voorschriften waarvoor de mededelingsplicht gold.[32] Dat betekende dat verdachten van verboden wapenbezit niet om deze reden op vrije voeten hoefden te worden gesteld en dat veroordelingen voor verboden wapenbezit in stand konden blijven. Voor de uitvoeringsregelingen alcoholonderzoek die het type en het gebruik van ademanalyse-apparatuur reguleerden, lag de kwestie net even anders. Daar was wel sprake van technische voorschriften als bedoeld in de Notificatierichtlijn die hadden moeten worden aangemeld. Maar het niet voldoen aan deze mededelingsplicht kon een verdachte van kort gezegd dronken rijden niet baten, omdat de plicht tot medewerking aan een ademonderzoek directe grondslag vindt in de Wegenverkeerswet 1994.[33] Volledige duidelijkheid kwam in de Securitel-affaire pas nadat de Hoge Raad later (2 jaar en 7 maanden) in twee andere strafzaken prejudiciële vragen aan het HvJ EU heeft gesteld, waarop vervolgens de Hoge Raad nog eens 2 jaar en 2 maanden later heeft beslist, doch wel – dat moet worden gezegd – binnen iets meer dan 4 maanden na de beslissing van het HvJ EU.[34]

De voorbeelden hebben gemeenschappelijk dat zij zien op gevallen waar een nieuwe ontwikkeling in het strafrecht – wetgeving, een uitspraak van het EHRM en een uitspraak van het HvJ EU, waaraan ook nog de betekenis van rechtsinstrumenten van de Europese Unie kunnen worden toegevoegd, zoals een EU-richtlijn – rechtsvragen oproept ter zake de betekenis van die nieuwe ontwikkeling voor (lopende) strafzaken. Dat leidt tot onduidelijkheid en rechtsonzekerheid, hetgeen gepaard kan gaan met onrust in de samenleving doordat in media aandacht aan de kwestie wordt gegeven. Wanneer feitenrechters vervolgens in deze strafzaken verschillend oordelen, komt dat de rechtseenheid niet ten goede. De strafrechtspleging en de samenleving zijn daarom gebaat bij het zo snel mogelijk beëindigen van de onduidelijkheid en rechtsonzekerheid. Wanneer de Hoge Raad snel over de zaak kan oordelen, kan het hoogste rechtscollege als cassatierechter een essentiële bijdrage leveren aan het beëindigen van die onduidelijkheid en rechtsonzekerheid. Een prejudiciële procedure kan hierin voorzien.

Een aantal van de gegeven voorbeelden heeft voorts gemeen dat het gevallen betreft waarin de Hoge Raad in zijn arrest voorafgaande beschouwingen heeft gewijd aan de rechtsvraag alvorens de zaak zelf te beoordelen. Dergelijke uitspraken met voorafgaande beschouwingen wijst de Hoge Raad met enige regelmaat. Onder deze categorie van uitspraken zijn derhalve meer mogelijke voorbeelden van zaken te vinden waarin een prejudiciële procedure tot een snel(ler) oordeel van de Hoge Raad zou hebben kunnen leiden. Er zijn met andere woorden meer voorbeelden te geven waaruit kan blijken dat er strafzaken zijn geweest waarin een prejudiciële procedure functioneel geweest zou kunnen zijn.[35] Dat onderschrijft het argument dat er een behoefte is aan een prejudiciële procedure in het strafrecht; dat volgt daarmee niet alleen uit de hiervoor besproken voorbeelden.

Dat er een wens tot het snel verkrijgen van meer duidelijkheid en rechtszekerheid bestaat, volgt ten slotte uit standpunten en voorstellen in de literatuur. Zo stelt Reijntjes in 2010 een turborechter voor. In zijn toekomstvisie op de rechtspraak in 2040 ziet Reijntjes een plek weggelegd voor de turborechter. Dat is de appelrechter die zaken waarin beslissingen die ook in andere strafzaken doorwerken, en de 'zegen van een hoger gezag behoeven (doordat zij omstreden zijn, of gewoon omdat men meer zekerheid wil)' met voorrang behandelt.[36]

---

32 HR 25 november 1997, *NJ* 1998/195.
33 HR 25 november 1997, *NJ* 1998/194.
34 Zie HR 5 januari 1999, *NJ* 1999/158, en HR 6 juli 1999, *NJ* 2000/142, uiteindelijk beslist in HR 27 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0745 resp. HR 22 mei 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1773.
35 Zie ook nog de voorbeelden aangehaald door Knigge 2015 en Spronken 2013.
36 Reijntjes 2010, p. 177.

Een prejudiciële procedure kan hierin wellicht nog beter voorzien dan een turborechter; er wordt immers op korte termijn een beslissing van de Hoge Raad verkregen. En Corstens & Fokkens schrijven in 2013 in een artikel over 175 jaar bijdragen van de Hoge Raad aan de samenleving: 'Ook bestaat een grotere behoefte van rechtbanken en hoven aan hanteerbare rechtspraak van de Hoge Raad, die in een vroeg stadium duidelijkheid biedt.'[37] Een prejudiciële procedure is een instrument dat daarin kan voorzien.

6.4.2 Rechtseenheid en rechtsvorming zijn gebaat bij een prejudiciële procedure

Als hoogste rechter in de strafrechtelijke kolom heeft de Hoge Raad tot taak de rechtseenheid te bevorderen en bij te dragen aan de rechtsvorming. Ten opzichte van de lagere rechter heeft de Hoge Raad een normstellende en controlerende rol. Daarbij gaat het niet alleen om tijdige en goede beantwoording van rechtsvragen die van meer algemeen belang zijn. Ook de goede rechtsbedeling in de individuele zaak dient te worden bewaakt.[38] In strafzaken, waarin steeds sprake is van het door de overheid uitoefenen van macht jegens een of meer burgers, is toezien op de naleving van bevoegdheidverlenende rechtsnormen en overige materiële en procedurele voorschriften essentieel.

Deze taak van de Hoge Raad kan om verschillende redenen gebaat zijn bij een prejudiciële procedure in strafzaken. Allereerst stelt een prejudiciële procedure de feitenrechter in staat om, wanneer zich een rechtsvraag aandient met zaaksoverstijgend belang, meteen de Hoge Raad te adiëren. Daarmee wordt de Hoge Raad in gelegenheid gesteld te komen tot een tijdige beantwoording van de rechtsvraag en aldus richtinggevend te kunnen zijn voor strafzaken waarin een vergelijkbare vraag speelt. Reeds in de aan de feitenrechter voorgelegde zaak kan de Hoge Raad leiding geven, zonder te hoeven afwachten of en zo ja, wanneer de strafzaak via de gewone rechtsmiddelen hoger beroep en cassatie bij de Hoge Raad komt.[39] De feitenrechter dient het antwoord op zijn prejudiciële vraag immers toe te passen in de concrete strafzaak. In meer algemene zin is dan ook opgemerkt dat een prejudiciële procedure daarmee bijdraagt bij aan de versterking van de normstellende rol van de Hoge Raad.[40]

Ten tweede biedt een prejudiciële procedure de feitenrechter de mogelijkheid zelf het initiatief te nemen om de Hoge Raad te betrekken in de beslissing van de hem voorgelegde strafzaak en aldus de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling te dienen. In een individuele strafzaak kunnen immers rechtsvragen spelen die op complexe materie zien dan wel een zaaksoverstijgend belang betreffen. De feitenrechter moet een beslissing op die rechtsvraag nemen, anders zou sprake zijn van rechtsweigering (art. 13 Wet Algemene Bepalingen). In die gevallen kan de feitenrechter het zoeken van een antwoord op die rechtsvraag willen overlaten aan de Hoge Raad. Daarvoor kunnen verschillende redenen zijn, al dan niet in combinatie met elkaar:

i) de feitenrechter onderkent de portee van de rechtsvraag als zijnde een rechtsvraag met zaaksoverstijgend belang;
ii) de feitenrechter schat in toch moeite te zullen hebben met het vinden van een adequaat antwoord;
iii) budgettaire regels binnen het gerecht ontmoedigen zelf in de zaak te duiken;

---

37 Corstens & Fokkens 2013, p. 2497.
38 O.m. Rapport Hammerstein 2008, p. 9-10; Hoge Raad der Nederlanden, *Verslag 2007 en 2008*, Den Haag: z.j., p. 27-29.
39 Zie o.a. Loth 2009, p. 8.
40 Zie o.a. Rapport Hammerstein 2008, p. 9-11, 40, 50-51, 57; Corstens & Fokkens 2013, p. 2498-2499.

iv) de feitenrechter is van oordeel dat de verantwoordelijkheid voor het beantwoorden van de rechtsvraag omwille van rechtseenheid, rechtsontwikkeling en/of rechtsbescherming bij de Hoge Raad moet worden gelegd, en
v) enig uitstel in de beslissing van de zaak kan geen kwaad, etc.

Kortom, een veelheid van redenen of combinaties daarvan kan de wens doen ontstaan de zaak, hangende de procedure, aan de Hoge Raad voor te kunnen leggen via een prejudiciële procedure. Met de prejudiciële procedure verkrijgt de feitenrechter als het ware een 'deskundig advies'[41], waar hij wellicht niet de gelegenheid en middelen heeft om de rechtsvraag zelf te beantwoorden. Dit deskundig advies in de vorm van de uitspraak van de Hoge Raad op de prejudiciële vraag verdient navolging door de feitenrechter door het oordeel van de Hoge Raad toe te passen in de hem voorliggende strafzaak. Het past immers niet om door het stellen van de prejudiciële vraag de taak en de positie van de Hoge Raad te erkennen en vervolgens zich niet te conformeren aan het oordeel van de Raad. Dat zou een ontkenning van de ratio van een prejudiciële procedure betekenen, en, nog belangrijker, een miskenning van de positie van de Hoge Raad als cassatierechter in de rechtspraak. Overigens, de situatie verschilt hier niet van de positie van de feitenrechter wanneer de Hoge Raad in het kader van het gewone rechtsmiddel van cassatie de strafzaak terugwijst of verwijst om de zaak met inachtneming van de uitspraak van de Hoge Raad af te doen. Voor de prejudiciële procedure in het civiele recht heeft de wetgever in art. 394 lid 1 Rv een wettelijke plicht neergelegd voor de feitenrechter om de civiele zaak te beslissen met inachtneming van de uitspraak van de Hoge Raad in de prejudiciële procedure. Op deze plicht is slechts één uitzondering geformuleerd, te weten dat het antwoord van de Hoge Raad niet meer nodig is om op de eis of het verzoek te beslissen. De civiele rechter blijkt ook conform de hoofdregel van art. 394 lid 1 Rv te beslissen, zie paragraaf 3.4.

Ten derde hangt met het tijdig betrekken van de Hoge Raad bij de beantwoording van een rechtsvraag via een prejudiciële procedure nog een voordeel samen. Tegenstrijdige uitspraken van feitenrechters in vergelijkbare strafzaken kunnen worden voorkomen. Tegenstrijdige uitspraken leiden tot rechtsonzekerheid en doen afbreuk aan de rechtseenheid. Hoewel feitenrechters zich dit ongetwijfeld realiseren, is met name bij nieuwe ontwikkelingen – zoals opsporingspraktijken, nieuwe wetgeving, nieuwe rechtspraak van Europese rechters – de kans niet ondenkbeeldig dat feitenrechters, binnen hun soms beperkte mogelijkheden al zoekend naar een adequaat antwoord, tot verschillende uitspraken komen. Zie in dit verband ook de voorbeelden genoemd in paragraaf 6.4.1 alsook het navolgende voorbeeld van Kristen:

> 'Een voorbeeld betreft de uiteenlopende reacties van strafrechters op nieuw opsporingsbeleid bestaande uit de inzet van lokmiddelen als een lokfiets of lokauto. Waar een politierechter van de Rechtbank Dordrecht de officier van justitie ambtshalve niet-ontvankelijk had verklaard wegens uitlokking door inzet van een lokfiets, ging de Rechtbank Arnhem in haar vonnis geheel aan de inzet van een lokfiets voorbij, achtte de Rechtbank Dordrecht later de inzet van een lokfiets geoorloofd want passend binnen het primaire doel van de opsporing en na appel in de genoemde politierechterzaak vernietigde de Rechtbank Dordrecht het vonnis van de politierechter.[42] Pas daarna kreeg de Hoge Raad in een andere zaak de kans om een richtinggevende uitspraak te doen inzake het gebruik van lokmiddelen.[43] Bestond er een prejudiciële procedure in

[41] Vrij naar Simons 1925, p. 145.
[42] Zie achtereenvolgens Pol.r. Dordrecht 22 maart 2006, ECLI:NL:RBDOR:2006:AX0773, Rb. Arnhem 2 oktober 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BB4593, Rb. Dordrecht 2 januari 2007, ECLI:NL:RBDOR:2007:AZ5422, resp. Rb. Dordrecht 1 november 2007, ECLI:NL:RBDOR:2007:BB6979.
[43] HR 28 oktober 2008, *NJ* 2009/224.

strafzaken en had reeds de politierechter onderkend dat hier een rechtsvraag met meer algemene strekking voorlag – hetgeen overigens hier in de lijn der verwachtingen lag omdat hij ambtshalve de kwestie aansneed – dan was al eind 2006 een uitspraak van de Hoge Raad verkregen en niet eind 2008. Feitenrechters hadden zich dan in tussentijds gedane uitspraken op de uitspraak van de Hoge Raad kunnen richten.'[44]

Ten slotte kan een prejudiciële procedure in strafzaken de precedentwerking van de rechtspraak van de Hoge Raad versterken. Kenmerk is immers dat het antwoord van de Hoge Raad onmiddellijk wordt toegepast, en wel in de concrete strafzaak waarin de rechtsvraag aan de orde is. Aldus kan de rechtseenheid en rechtsontwikkeling meteen vorm krijgen. Daarnaast valt te verwachten dat de uitspraken van de Hoge Raad in de prejudiciële procedure een wat algemener, abstracter karakter zullen hebben. In de prejudiciële procedure staat immers centraal de beantwoording van een rechtsvraag met het oog op de rechtseenheid, rechtsontwikkeling en/of rechtsbescherming. Dat leidt tot een 'rechtsvraaggerelateerde opstelling' van alle betrokkenen in de prejudiciële procedure.[45] Dat zal zich ongetwijfeld ook vertalen in de uitspraak van de Hoge Raad. Van dergelijke uitspraken gaat mogelijk een sterkere precedentwerking uit.[46]

6.4.3 Rechtsbescherming is gebaat bij een prejudiciële procedure

In strafzaken is het verschaffen van rechtsbescherming aan de verdachte wezenlijk; de verdachte burger staat bloot aan het uitoefenen van macht door de overheid. Strafrechtelijk optreden behelst meestal een beknotting van zijn vrijheidsrechten. Uit hoofde van het materieelstrafrechtelijke en strafvorderlijke legaliteitsbeginsel is dat geoorloofd indien daartoe een vooraf gegeven wettelijke bevoegdheid bestaat en vervolgens de aanwending daarvan geschiedt overeenkomstig wettelijke, jurisprudentiële en/of ongeschreven beginselen, normen en voorschriften. Het recht dient in de concrete strafzaak juist te worden toegepast. Hier ligt ook een belangrijke taak voor de Hoge Raad.[47]

Met een prejudiciële procedure in strafzaken wordt de Hoge Raad in de gelegenheid gesteld om in een concrete strafzaak en voordat daarin een einduitspraak door de feitenrechter is gegeven, invulling te geven aan die taak. Hij kan de feitenrechter handreikingen bieden, of zo men wil, sturen in het realiseren van de juiste toepassing van het recht in de individuele strafzaak. Dat resulteert in een bescherming van fundamentele rechten van in elk geval de verdachte.[48] Maar ook de rechten van slachtoffers kunnen worden beschermd, al gaat het dan om een andere vorm van rechtsbescherming, namelijk ofwel bescherming van vrijheidsrechten door strafbaarstellingen, ofwel waarborging van de processuele rechten die het slachtoffer in de strafrechtspleging heeft. Er kunnen immers rechtsvragen rijzen over de uitleg en de toepassing van delictsbestanddelen van een strafbaarstelling, hetgeen tot gevolg kan hebben dat de tenlastegelegde gedraging van de verdachte wel of juist niet onder de reikwijdte van de desbetreffende strafbaarstelling valt. Ook kunnen er rechtsvragen rijzen over de uitleg en de toepassing van de processuele rechten die het Wetboek van Strafvordering kent. Dat regardeert de positie van het slachtoffer in het voor- en het eindonderzoek, al naar gelang het recht dat het betreft.

---

[44] Kristen 2011, p. 138-139.
[45] Vranken 2009, p. 1086-1087.
[46] Vgl. Lawson 1999, p. 74; Frenk 2011, p. 124.
[47] O.m. Rapport Hammerstein 2008, p. 10; Hoge Raad der Nederlanden, *Verslag 2007 en 2008*, Den Haag: z.j., p. 29.
[48] Zie voor praktische voorbeelden toepasbaar in deze context: Corstens 2009b, p. 19; Keulen 2009, p. 206-207.

In het bieden van rechtsbescherming brengt een prejudiciële procedure geen verschil ten opzichte van het gewone rechtsmiddel van cassatie. Wat een prejudiciële procedure wel brengt is dat het moment waarop de Hoge Raad deze rol kan vervullen in een strafrechtelijke procedure naar voren schuift alsook dat de feitenrechter verantwoordelijkheid kan nemen voor het realiseren van deze rechtsbescherming door het stellen van een prejudiciële vraag. Zo bezien biedt de huidige weg van het aanwenden van hoger beroep en/of cassatie geen goed alternatief. Deze route naar de Hoge Raad zal in de regel meer tijd kosten dan een prejudiciële procedure. Bovendien geldt dat wanneer de rechter in eerste aanleg niet de vereiste bescherming van fundamentele rechten biedt, de inbreuk daarop voortduurt of start vanaf de einduitspraak. Het zal dan vooral op de weg van de verdediging liggen om de gewone rechtsmiddelen aan te wenden, terwijl via een prejudiciële procedure de feitenrechter invulling geeft aan de rechtsbescherming.

6.4.4 Bijdrage aan kwaliteit en legitimatie van uitspraken van de feitenrechter

Een prejudiciële procedure in strafzaken kan een bijdrage leveren aan de kwaliteit, de aanvaardbaarheid en het gezag van de uitspraak van de feitenrechter die conform het antwoord van de Hoge Raad op zijn prejudiciële vraag beslist.[49] De feitenrechter krijgt met het antwoord van de Raad maatstaven en houvast aangereikt voor zijn beslissing. Doordat in zijn vonnis of arrest tot uitdrukking zal komen dat een oordeel van de Hoge Raad is gevraagd en dat conform wordt beslist, steunt de feitenrechter op de schouders van de Hoge Raad. Er volgt een soort van gezamenlijke beslissing in de individuele strafzaak. Dat kan bijdragen aan de kanaliserende functie van de strafrechtspraak,[50] oftewel de stabiliserende functie van de strafrechtspraak in de samenleving.[51]

6.4.5 Samenwerking tussen rechters

Een prejudiciële procedure in strafzaken stelt de Hoge Raad en feitenrechters in staat gezamenlijk invulling te geven aan de functies van de strafrechtspleging in onze samenleving en wel juist in die individuele strafzaak op het moment dat de rechtsvraag zich aandient. Doordat de feitenrechter dan door het stellen van een prejudiciële vraag de Hoge Raad in de zaak betrekt, kunnen beide rechters samenwerken in de verwezenlijking van de doelstellingen van de strafrechtspraak.[52] Juist wanneer het wezenlijke rechtsvragen betreft, komen deze functies en doelstellingen in beeld. De rechtspraak functioneert dan als systeem;[53] de gerechten staan als partners in een keten voor een gezamenlijke verantwoordelijkheid, namelijk zorgen voor een goede rechtsbedeling en een adequate judiciële reactie op het tenlastegelegde. Het is immers veel meer een gedeelde verantwoordelijkheid in plaats van het afdoen van een strafzaak door de feitenrechter zelf en vervolgens maar zien wat er in hoger beroep of cassatie gebeurt. Voorts is een resultaat van deze samenwerking dat de rechtspraak als geheel de samenleving kan dienen 'met snelheid en adequaatheid'.[54]

---

[49] Zie o.a. Loth 2009, p. 8; Corstens & Fokkens 2013, p. 2499.

[50] Waarover o.m. Van Kempen 2003, p. 322-324.

[51] De idee van de stabiliserende functie van de strafrechtspraak is ontleend aan Demmink 2009, p. 4.

[52] Vgl. Corstens 2009b, p. 22; Corstens & Kuiper 2012, p. 234, 236. En vergelijk ook voor het privaatrecht Bakels 2010, p. 547.

[53] Aldus De Lange 2014, p. 87, 91, 93, 96-97.

[54] Vrij naar Corstens die in algemene zin opmerkt: '(…) het mooiste zou zijn als we samen met de rest van de rechterlijke macht de samenleving kunnen dienen met snelheid en adequaatheid. Met adequaatheid bedoel ik in een vroeg stadium aan belangrijke rechtsvragen toekomen.', zie Lindo 2009, p. 1075.

6.4.6 Efficiëntievoordeel voor procespartijen en samenleving

Een belangrijk effect van een prejudiciële procedure is dat op een eerder moment dan via de gebruikelijke gang van de gewone rechtsmiddelen een oordeel van de Hoge Raad beschikbaar komt.[55] In dit effect is een belangrijk deel van de behoefte aan een prejudiciële procedure gelegen, zie paragraaf 6.4.1. Dat ligt voor de hand, want reeds dit enkele gegeven levert een besparing van tijd, kosten, werk en emotionele belasting op. Om na te gaan waar verdere besparingen van tijd, kosten, werk en emotionele belasting liggen, moet worden onderscheiden tussen wat er in de strafzaak zelf gebeurt als gevolg van de prejudiciële procedure en wat effecten van een prejudiciële procedure op andere strafzaken zijn waar dezelfde of een soortgelijke rechtsvraag aan de orde is.

In de strafzaak zelf
Allereerst wordt in de strafzaak zelf een belangrijke besparing van tijd, kosten, werk en emotionele belasting gerealiseerd wanneer door de beantwoording van een rechtsvraag via een prejudiciële procedure de noodzaak is komen te ontvallen voor het aanwenden van de gewone rechtsmiddelen van hoger beroep en cassatie.[56] De Hoge Raad heeft zich dan immers over de rechtsvraag uitgelaten en hoeft vervolgens niet nog eens via de gewone rechtsmiddelen te worden geadieerd. Uiteraard valt zeker niet uit te sluiten dat na een prejudiciële procedure alsnog de gewone rechtsmiddelen van hoger beroep en cassatie worden aangewend. Dat kan omdat het antwoord van de Hoge Raad niet bevredigend is, of omdat in hoger beroep nieuwe feiten of omstandigheden aan het licht zijn gekomen, of omwille van een volkomen andere reden zijn, zoals andere rechtsvragen of feitelijke vragen. Hierin verschilt een prejudiciële procedure niet van de situatie na het aanwenden van het gewone rechtsmiddel van cassatie.

Wanneer inderdaad geen gewoon rechtsmiddel wordt aangewend, dan is op kortere termijn een onherroepelijke uitspraak verkregen. Dat levert eveneens een aanzienlijke besparing van tijd, kosten, werk en emotionele belasting op. Ook kan de tenuitvoerlegging van het vonnis of arrest vervolgens sneller een aanvang nemen. Daar is de samenleving bij gediend.

Bezien vanaf de eerste aanleg is de tijd-, kosten- en werkbesparing gelegen in het niet hoeven voor te bereiden en doorlopen van de proceshandelingen in hoger beroep. Dit geldt voor verdachte, openbaar ministerie en rechterlijke macht en eventueel voor andere betrokkenen, zoals benadeelde partijen, deskundigen etc. De verantwoordelijkheid voor de prejudiciële vraag, de rechtsvraag, en de beantwoording daarvan ligt ook waar hij zou moeten liggen: bij de feitenrechter respectievelijk de Hoge Raad. De rechter wordt geadieerd ten behoeve van een goede rechtsbedeling, hij draagt daar dan ook zorg voor en de kosten daarvan liggen dan vooral bij de rechterlijke macht.

Ook wanneer de prejudiciële vraag pas in hoger beroep wordt geformuleerd, is nog steeds sprake van een tijd-, kosten- en werkbesparing. Het uitwerken van de bewijsmiddelen bij het arrest na het instellen van cassatie, het aanwenden van cassatie en het opstellen van een cassatieschriftuur is niet vereist wanneer het hof een oordeel van de Hoge Raad in de strafzaak uitlokt door het stellen van een prejudiciële vraag.

Verdediging en Openbaar Ministerie moeten het stellen van een prejudiciële vraag aan de orde kunnen stellen en daarmee de feitenrechter trachten te bewegen tot het stellen van een prejudiciële vraag. Het initiatief daartoe kan ook van de feitenrechter komen; alsdan

[55] Ook een argument genoemd door Spronken 2013, p. 407 en Dijkhoff en Van Nispen, zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34 000 VI, nr. 29.
[56] Idem Dijkhoff en Van Nispen, *Kamerstukken II* 2014/15, 34 000 VI, nr. 29.

moeten verdediging en Openbaar Ministerie zich daarover kunnen uitlaten. Anders dan bij het aanwenden van de gewone rechtsmiddelen van hoger beroep en cassatie, rust op het Openbaar Ministerie en de verdediging niet de verantwoordelijkheid om appel in te stellen, grieven te formuleren, cassatie in te stellen, cassatiemiddelen te formuleren, etc. In een prejudiciële procedure zal de feitenrechter degene zijn die de prejudiciële vraag stelt, en daarmee belast zijn met het formuleren van de vraag en met de verantwoordelijkheid dat de vraag en alles wat voor de beantwoording daarvan nodig is bij de Hoge Raad terechtkomt. Overigens, als verdediging en/of openbaar ministerie wel zelf bepaalde kwesties willen voorleggen aan het gerechtshof of de Hoge Raad dan blijft die mogelijkheid gewoon bestaan in de vorm van het aanwenden van de gewone rechtsmiddelen van hoger beroep en cassatie.

Afgezien van tijd, kosten en werk wordt daarnaast de emotionele belasting van het doorlopen van de reguliere weg tot aan de Hoge Raad bespaard. Het oordeel van de Hoge Raad kan onmiddellijk in de concrete strafzaak worden toegepast.

In andere strafzaken
Wanneer wij de lijn van het voorgaande doortrekken naar de effecten van een prejudiciële procedure voor andere strafzaken, komen wij op het volgende uit. Er van uitgaande dat de rechtsvraag die in een strafzaak aanleiding geeft tot het stellen van een prejudiciële vraag, ook speelt in andere strafzaken, kan de prejudiciële procedure ook in andere strafzaken een besparing van tijd, kosten, werk en emotionele belasting opleveren. Het antwoord van de Hoge Raad op de prejudiciële vraag is dan immers betekenisvol voor de feitenrechters in de andere strafzaken. Zij kunnen beoordelen of dat antwoord ook kan worden toegepast in de eigen strafzaak, hetgeen zonder meer voorstelbaar is wanneer het om dezelfde rechtsvraag gaat. Gaat het om een soortgelijke rechtsvraag, dan kan het antwoord van de Hoge Raad mogelijk richtinggevende gezichtspunten opleveren die kunnen bijdragen aan het beslissen van de eigen rechtsvraag in de voorliggende strafzaak.

Komt de feitenrechter op deze gronden tot een beslissing van de eigen strafzaak, dan kan dat ertoe leiden dat verdediging en openbaar ministerie geen aanleiding meer zien om in hun strafzaak de gewone rechtsmiddelen van hoger beroep en cassatie aan te wenden. Daar ligt dan een besparing van tijd, kosten, werk en emotionele belasting voor deze partijen. Ook de strafrechtspraak bespaart zich tijd, kosten en werk. En het eerdergenoemde voordeel van het onherroepelijk worden van het vonnis of arrest met daaropvolgende de tenuitvoerlegging wordt eveneens gerealiseerd.

6.4.7 Andere prejudiciële procedures

In de literatuur is nog naar voren gebracht dat het invoeren van een prejudiciële procedure in strafzaken niet de introductie van een volstrekt nieuw soort procedure in het Wetboek van Strafvordering betekent.[57] Met de bevoegdheid tot schorsing van de vervolging wegens een geschilpunt van burgerlijk recht van art. 14 Sv kent het Wetboek van Strafvordering reeds een soort prejudiciële procedure. De strafrechter kan daarmee de behandeling van de strafzaak aanhouden om de uitkomst van een civiele procedure af te wachten, omdat daarin een kwestie van privaatrecht aan de orde is, die van invloed is op de waardering van het ten laste gelegde feit. Na het verkrijgen van de uitspraak van de civiele rechter kan de strafrechter die meenemen in zijn beraadslagingen in het kader van het beslissingsschema van artt. 348-350 Sv. Aldus wordt de strafrechter in staat gesteld op zoek te gaan naar de materiële waarheid en deze zo dicht mogelijk te naderen. Hij kan immers bij zijn beraadslagingen rekening houden met de in rechte vastgestelde privaatrechtelijke

[57] Kristen 2011, p. 142.

rechtsverhoudingen. Op deze wijze kan via deze prejudiciële procedure worden voorkomen dat een onschuldige wordt veroordeeld en wordt bevorderd dat de werkelijk schuldige wordt gestraft.[58]

Bij het voorgaande passen twee kanttekeningen. In de eerste plaats wijkt de procedure van art. 14 Sv wezenlijk af van een mogelijke prejudiciële procedure bij de Hoge Raad. Met deze procedure treedt de rechter als het ware buiten het kader van het Wetboek van Strafvordering. De strafrechter legt de strafvordering stil om een ontwikkeling in een ander rechtsgebied af te wachten. Terwijl bij een mogelijke prejudiciële procedure bij de Hoge Raad binnen de strafrechtelijke kolom wordt gebleven; men gaat alleen hogerop in de keten van de strafrechtspraak. Dit verschil relativeert het argument dat het Wetboek van Strafvordering al een prejudiciële procedure kent. In de tweede plaats verdient het opmerking dat bij de modernisering van het Wetboek van Strafvordering (zie paragraaf 6.3) is voorzien dat de regeling van art. 14 Sv wordt geschrapt.[59] Daarmee komt het argument te vervallen dat het Wetboek van Strafvordering reeds een soort prejudiciële procedure kent.

Niet het Wetboek van Strafvordering, maar wel de strafrechtspraak kent nog een prejudiciële procedure. Dat is de prejudiciële procedure bij het HvJ EU. Deze procedure strekt tot waarborging van de uniforme toepassing en uitlegging van het Unierecht, de rechtsbescherming van burgers en de verwezenlijking van de voorrang van het Unierecht. Daarmee dient deze prejudiciële procedure in elk geval de rechtseenheid en de rechtsbescherming, naast een specifiek Unierechtelijk belang. Daarbij geldt als uitgangspunt dat de Hoge Raad een prejudiciële vraag aan het HvJ EU moet stellen en de feitenrechter daartoe bevoegd is wanneer hij dit noodzakelijk acht voor het wijzen van zijn arrest respectievelijk vonnis. Een dergelijke noodzaak is aanwezig ingeval het antwoord op de vraag invloed kan hebben op de oplossing van het geschil. Met het stellen van een prejudiciële vraag draagt de nationale rechter de uitleg van het Unierecht over aan het HvJ EU. Vervolgens zal hij dit uitgelegde Unierecht moeten toepassen in de aan hem voorgelegde strafzaak. Het antwoord van het HvJ EU op de prejudiciële vraag is bindend voor zowel de rechter die de prejudiciële vraag heeft gesteld als de rechter die in hogere instantie over de zaak moet oordelen. Het resultaat van de prejudiciële procedure is dat de nationale rechter en het HvJ EU samenwerken ten behoeve van een uniforme toepassing van het Unierecht. Het HvJ EU geeft leiding en sturing aan de uitleg van het Unierecht. Dat wendt de nationale rechter vervolgens aan in het geschil dat hem is voorgelegd door het nationale recht in het licht van het uitgelegde Unierecht op de door hem vastgestelde feiten toe te passen.[60]

Voorts zijn in het verleden voorstellen gedaan voor een prejudiciële procedure bij het EHRM. Daarmee zou ex ante een uitleg van een verdragsrecht kunnen worden verkregen.[61] Dit argument laat evenwel alleen maar zien dat de gedachte van een prejudiciële procedure niet vreemd is. Inmiddels beoogt het in 2013 vastgestelde 16e Protocol bij het EVRM te voorzien in een prejudiciële procedure.[62] Volgens dit 16e Protocol zijn de hoogste rechters van een lidstaat, aan te wijzen door de lidstaat zelf bij ondertekening of ratificatie van het 16e Protocol, bevoegd om aan het EHRM advies te vragen (art. 1 jo art. 10 16e Protocol). Dat advies moet betrekking hebben op '(…) principiële vragen inzake de uitlegging of toepassing

[58] Zie Kristen, aant. 2 op art. 14-20 en aant. 4.1-4.2 op art. 14 (suppl. 118, oktober 2000), in: Melai/Groenhuijsen e.a.

[59] *Kamerstukken I* 2015/16, 33 750 VI, AF, p. 75-76.

[60] Zie o.m. Kapteyn e.a. 2008, p. 479-484; Tjittes & Meijer 2009, p. 166-171; Barents 2010, p. 332-338, 372-383; Jahae & Dieben 2015, p. 184; HvJ EG 19 januari 1994, zaak C-364/92, SAT Fluggesellschaft mbH/Eurocontrol, r.o. 9; HvJ EG 24 juni 2010, zaak C-98/09, Sorge/Poste Italiana, r.o. 24.

[61] Zie voor een (wat ouder) overzicht Lawson 1999, p. 69-75.

[62] *Trb*. 2013, 241.

van de rechten en vrijheden (…)' van het EVRM en de protocollen daarbij (art. 1 lid 1 16e Protocol). Het advies moet zaaksgebonden zijn, want het verzoek om advies moet binnen de context van een aanhangige zaak worden gedaan (art. 1 lid 2 16e Protocol). Het advies is niet bindend (art. 5 16e Protocol). Nederland heeft het 16e Protocol ondertekend, maar nog niet geratificeerd. Pas bij 10 ratificaties treedt het 16e Protocol in werking. Thans hebben 6 landen het 16e Protocol geratificeerd. Evenals voor de eerder besproken prejudiciële procedures geldt dat met deze prejudiciële procedure buiten het kader van het Wetboek van Strafvordering wordt getreden.

Op het niveau van de rechtspraak in het algemeen bezien, zou een prejudiciële procedure in strafzaken aansluiten bij de bestaande prejudiciële procedure in civiele en in fiscale zaken. Het suggereert daarmee een gelijke procedurele borging van de rechtseenheid, de rechtsontwikkeling en/of de rechtsbescherming. Let wel, suggereert, want naar ons oordeel kunnen deze rechtsgebieden niet gelijk worden gesteld. Er zijn fundamentele verschillen (zie paragraaf 1.3), die maken dat de vraag naar de mogelijkheid van een prejudiciële procedure in het strafrecht in de eigen context en op eigen merites moet worden beoordeeld.

6.5 Argumenten tegen een prejudiciële procedure in strafzaken

6.5.1 Verlenging (vertraging) van de procedure

Een voor de hand liggend tegenargument is de verlenging van de initiële procedure. Door een prejudiciële vraag te stellen, wordt bij de Hoge Raad een nieuwe procedure gestart, en moet de vragenstellende feitenrechter de uitkomst daarvan afwachten alvorens hij tot een einduitspraak in de voorliggende strafzaak kan komen. De verdachte betaalt dan de prijs van de duur van de prejudiciële procedure. Die prijs kan zomaar enkele maanden zijn.

In de prejudiciële procedure in civiele zaken is het streven van de Hoge Raad om een prejudiciële vraag binnen zes à zeven maanden na ontvangst te beantwoorden. In de praktijk blijkt dit streven te worden gehaald; gemiddeld duurt de beantwoording van een prejudiciële vraag 28,47 weken (zie paragraaf 3.3.9). Deze doorlooptijd is ingegeven door de termijnen die voor de verschillende fasen in de prejudiciële procedure nodig zijn. Het lijkt aannemelijk te veronderstellen dat een dergelijke doorlooptijd ook bij een prejudiciële procedure in het strafrecht nodig is en tegelijkertijd ook haalbaar is. Daarvan uitgaande, betekent dit dat het instellen van een prejudiciële procedure in een strafzaak in elk geval leidt tot een vertraging van zes tot zeven maanden in het afdoen van het strafproces door de feitenrechter die de vraag heeft gesteld. Wij voegen daar aan toe dat vervolgens ook nog rekening moet worden gehouden met de tijd die het formuleren en insturen van een prejudiciële vraag kost, alsook het weer hervatten van het strafproces nadat het antwoord op de prejudiciële vraag van de Hoge Raad is ontvangen. Vergelijk in dit verband die hierna nog te behandelen procedure in kort geding over het stellen van prejudiciële vragen over verhoorsbijstand in strafzaken. In deze procedure doet de voorzieningenrechter op 31 maart 2016 uitspraak over de voorgenomen prejudiciële vragen, stelt hij partijen tot uiterlijk 9 april 2016 in de gelegenheid zich daarover uit te laten en stelt hij op 15 april 2016 de prejudiciële vragen vast en verwijst hij naar de Hoge Raad.[63] Vanwege het kort geding-karakter is dit snel; de vraag is of het formuleren van de prejudiciële vragen altijd binnen twee weken kan.

Kortom, de vertraging in het strafproces waarin een prejudiciële vraag wordt gesteld zal zeker zes à zeven maanden zijn, en vermoedelijk nog wat langer en dan in de sfeer van acht à tien maanden liggen. Dit heeft allerlei gevolgen. In de eerste plaats voor de verdachte, die langer in onzekerheid verkeert over de afloop van zijn strafzaak, die mogelijk extra kosten

[63] Rb. Den Haag 31 maart 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:3367 respectievelijk Rb. Den Haag 15 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:4049.

moet maken, en – indien hij voorlopig gehecht is – langer van zijn vrijheid kan zijn beroofd als de rechter besluit dat de voorlopige hechtenis moet voortduren tijdens de prejudiciële procedure. En dat terwijl die procedure niet per se in zijn persoonlijk belang hoeft te zijn. Er zal derhalve een voorziening voor deze belangrijke categorie van gevallen moeten worden getroffen. De feitenrechter kan in de omstandigheid dat verdachte voorlopig gehecht is een argument vinden om geen prejudiciële vraag te stellen.[64] Hij dient immers een afweging te maken tussen het persoonlijke recht op vrijheid van verdachte en het mogelijk meer algemene belang dat wordt gediend met het stellen van een prejudiciële vraag. Echter, de prejudiciële vraag kan evengoed in het belang van verdachte zijn, namelijk als het gaat om een rechtsvraag die ziet op uitleg en toepassing van een regel van materieel strafrecht of strafvordering die rechtsbescherming beoogt te bieden (zie paragraaf 6.4.3).

In de tweede plaats heeft het gevolgen voor de organisatie van het strafproces door het gerecht waarvan de feitenrechter de prejudiciële vraag stelt. De behandeling van de strafzaak moet worden aangehouden, een nieuwe zittingsdatum moet worden bepaald, rekening houdend met de verschillende agenda's[65], en eventuele getuigen en deskundigen moeten worden opgeroepen – uiteraard voor zover hun inbreng nog relevant is voor het toepassen van het antwoord van de Hoge Raad op de prejudiciële vraag.

In de derde plaats heeft het gevolgen voor eventuele slachtoffers en de samenleving. Ook zij blijven langer in onzekerheid verkeren over de afloop van het strafproces. Voor een slachtoffer kan dat een emotionele belasting betekenen. Een eventuele straf volgt ook later op het strafbare feit, hetgeen vanuit het oogpunt van het verwezenlijken van strafdoelen minder wenselijk is.

Verder kan de verlenging van de strafzaak nog de vraag oproepen naar de verenigbaarheid met het vereiste van berechting binnen redelijke termijn van art. 6 EVRM. Hier valt evenwel niet een probleem te verwachten. Als een prejudiciële vraag wordt gesteld, mag worden aangenomen dat deze vraag ziet op complexe materie. Laat dat net een factor zijn op grond waarvan het EHRM beoordeelt of daadwerkelijk sprake is van schending van de redelijke termijn.[66] Complexe materie verlangt nu eenmaal meer tijd. Voorts moet rekening worden gehouden met de omstandigheid dat het EHRM de gehele strafrechtelijke procedure, dus inclusief een alsnog ingesteld hoger beroep en cassatie, in ogenschouw neemt. Het is dan voorstelbaar dat in de gegeven omstandigheden van het geval de duur van een prejudiciële procedure daartegen wegvalt.

6.5.2 Indammende werking van de prejudiciële procedure?

De strafkamer van de Hoge Raad kampt met een forse toestroom aan zaken. Onder meer de commissie-Hammerstein heeft gewezen op de noodzaak om de toestroom van zaken in te kunnen dammen.[67] Kan een prejudiciële procedure in strafzaken niet ook die werking hebben? Gelet op de functie van een prejudiciële procedure kan in abstracto worden betoogd dat wanneer de Hoge Raad in een prejudiciële procedure een richtinggevende uitspraak op een bepaalde rechtsvraag heeft gegeven, het de verdediging en/of het openbaar ministerie in dezelfde zaak, alsook in andere zaken kan weerhouden van het aanwenden van de gewone rechtsmiddelen van hoger beroep en cassatie. Het standpunt van de Hoge Raad is dan immers bekend. Niettemin moet sterk worden getwijfeld aan de juistheid van deze redenering, omdat in strafzaken de verdediging rechtsbescherming of

---

64 Knigge 2015, p. 94.

65 Die zou reeds bij het stellen van de prejudiciële vraag kunnen worden bepaald, rekening houdend met de gemiddelde doorlooptijd bij de Hoge Raad.

66 Standaardrechtspraak, zie bijv. EHRM 18 september 2008, appl.no. 9174/02, § 101-104 (Korbely v. Hungary).

67 Rapport Hammerstein 2008, p. 31-33.

uitstel zoekt door hoger beroep en vervolgens cassatie in te stellen. Dat verklaart de grote toestroom van zaken in de strafsector.[68]

6.5.3 (Verder) veranderende positie van de Hoge Raad?

Hiervoor hebben wij gewezen op het argument dat een prejudiciële procedure in strafzaken de taak van de Hoge Raad kan dienen van het bevorderen van de rechtseenheid en het bijdragen aan de rechtsvorming (zie paragraaf 6.4.2). In dit verband moet worden gewezen op de mogelijkheid van een geleidelijk veranderende positie van de Hoge Raad.

In een prejudiciële procedure is de Hoge Raad minder een cassatierechter die in een individuele strafzaak kan bewerkstelligen dat wordt gekomen tot een goede rechtsbedeling en een rechtvaardig oordeel. Er wordt dan immers niet meer naar de gehele strafzaak gekeken zoals die via de cassatiemiddelen aan de Raad wordt gepresenteerd, maar naar de concrete prejudiciële vraag, met mogelijk van daaruit een blik op delen van de strafzaak. De inkaderende werking van een prejudiciële vraag beperkt het blikveld van de Hoge Raad, die daardoor meer kan gaan verschuiven naar de positie die het HvJ EU in prejudiciële procedures heeft. In prejudiciële procedures kan de Hoge Raad zich meer toeleggen op het meer in het algemeen beantwoorden van rechtsvragen, dus los van een individuele strafzaak. Dat kan resulteren in een rechtsvraaggerelateerde opstelling. Dat leidt tot een nieuwe benadering. Röttgering spreekt in dit verband van een Hoge Raad als semi-wetgever, en dan niet een op verzoek van partijen, maar op verzoek van de feitenrechter.[69]

6.5.4 Er zijn alternatieven

Het stelsel van rechtsmiddelen in strafzaken kent wegen om betrekkelijk snel een uitspraak van de Hoge Raad te verkrijgen. Daarbij kan aan drie instrumenten worden gedacht.

In de eerste plaats kan binnen het bestek van de gewone rechtsmiddelen van het hoger beroep en cassatie een rechtsvraag versneld worden afgedaan. Er bestaat een informele werkwijze waarbij in overleg tussen de Hoge Raad, het Parket bij de Hoge Raad en de betrokken feitenrechters, het Openbaar Ministerie en de verdediging de gebruikelijke termijnen die voor de verschillende fasen gelden worden verkort. De termijn waarbinnen het oordeel van de Hoge Raad wordt verkregen, kan op deze manier fors worden ingekort. Zo heeft de Hoge Raad na het wijzen van het Salduz-arrest door het EHRM in zeven maanden tijd diens oordeel gegeven over de implicaties van dit Salduz-arrest voor de Nederlandse strafvordering, zie paragraaf 6.4.1. Een prejudiciële procedure zal in de regel niet veel sneller zijn, zie paragraaf 6.5.1.[70]

In de tweede plaats biedt het buitengewone rechtsmiddel van cassatie in het belang der wet een instrument om een rechtsvraag met voorrang aan de Hoge Raad voor te leggen. Gelet op de betekenis van dit bestaande rechtsmiddel voor het beantwoorden van rechtsvragen, worden de mogelijkheden en de toepassingsvoorwaarden van cassatie in het belang der wet hierna apart uitgewerkt (zie paragraaf 6.6).

In de derde plaats kan onder omstandigheden ook voor strafrechtelijke rechtsvragen gebruik worden gemaakt van de huidige prejudiciële procedure bij de civiele kamer van de Hoge Raad. Het is namelijk mogelijk dat in een voorlopige voorzieningen procedure de civiele voorzieningenrechter op de voet van art. 392 Rv een prejudiciële vraag stelt over een

[68] Vgl. Rapport Hammerstein 2008, p. 33.
[69] Röttgering 2011, p. 157.
[70] Aldus ook Knigge 2015, p. 94.

strafvorderlijke rechtsvraag. Deze situatie deed zich in het vonnis van de Haagse voorzieningenrechter van 31 maart 2016.[71]

Eisers in dit kort geding, de Nederlandse Vereniging van Strafrechtadvocaten (NVSA) en de Nederlandse Vereniging van Jonge Strafrechtadvocaten (NVJSA), vorderen van de Nederlandse Staat en de Raad voor de Rechtsbijstand dat bepaalde beleidsregels van het Openbaar Ministerie buiten werking worden gesteld alsmede dat de gedaagden voorzien in een organisatorisch en financieel deugdelijk beleid om een effectieve rechtsbijstand van de aangehouden verdachte die door de politie wordt verhoord mogelijk te maken. Daartoe beroepen zij zich op een tweetal uitspraken van de strafkamer van de Hoge Raad, een EU-richtlijn[72] en rechtspraak van het EHRM inzake de Salduz-kwestie. Eisers verzoeken de voorzieningenrechter in dat verband een prejudiciële vraag aan de civiele kamer van de Hoge Raad te stellen, omdat een '(…) rechtsvraag over de inhoud en reikwijdte van het recht op verhoorbijstand (…) immers van belang [is] voor een veelheid aan vorderingsrechten en voor de beslechting van talrijke andere geschillen over het recht op verhoorbijstand.' De voorzieningenrechter meent dat de uitspraak van de strafkamer van de Hoge Raad van 22 december 2015[73] onduidelijk is over de vraag of op dit moment reeds aan de EU-richtlijn moet worden voldaan, de vraag of de Hoge Raad een omgeclausuleerd en algemeen recht op verhoorbijstand heeft willen formuleren en de vraag wat die verhoorbijstand dan inhoudt. Voorts vindt de voorzieningenrechter dat de beleidsregels van het Openbaar Ministerie beperkingen kennen waarvan niet duidelijk is hoe die te verenigen zijn met de genoemde uitspraak van de Hoge Raad. In diens vonnis stelt de voorzieningenrechter dan ook vast dat hij voornemens is de navolgende rechtsvraag aan de Hoge Raad voor te leggen:

> 'Zijn de beperkingen (of een (aantal) daarvan) die in de Beleidsbrief OM aan het recht op verhoorbijstand worden verbonden, zoals opgenomen in artikel 4 sub b, artikel 5 en artikel 6 van die Beleidsbrief OM, verenigbaar met de in het arrest van 22 december 2015 geformuleerde norm van de Hoge Raad dat een verdachte recht heeft op bijstand van een raadsman tijdens zijn verhoor door de politie, behoudens bij het bestaan van dwingende redenen om dat recht te beperken?'

Hij geeft vervolgens partijen gelegenheid om zich over dit voornemen uit te laten en houdt de behandeling van het kort geding aan. Twee weken later oordeelt de voorzieningenrechter dat de grond van art. 392 lid 1 sub b Rv van toepassing is, omdat door de bestaande onduidelijkheid over de verhoorbijstand advocaten zich belemmerd zullen voelen in het verlenen van verhoorsbijstand, zodat de verwachting bestaat dat zij zich bij de voorzieningenrechter zullen melden met een vordering uit onrechtmatige daad. Op basis van de inbreng van partijen besluit de voorzieningenrechter de prejudiciële vraag te herformuleren en aan de Hoge Raad voor te leggen. De prejudiciële vragen luiden thans:

> '1. Vormen de regels (of (een) aantal daarvan) die in de Beleidsbrief OM zijn opgenomen, zoals in het bijzonder opgenomen in artikel 4 sub b, artikel 5 en artikel 6 van die Beleidsbrief OM, een beperking van het recht op verhoorbijstand zoals de Hoge Raad dat met zijn arrest van 22 december 2015 op het oog heeft gehad?

---

71 Rb. Den Haag 31 maart 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:3367.

72 Richtlijn 2013/48/EU van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2013 betreffende het recht op toegang tot een advocaat in strafprocedures en in procedures ter uitvoering van een Europees aanhoudingsbevel en het recht om een derde op de hoogte te laten brengen vanaf de vrijheidsbeneming en om met derden en consulaire autoriteiten te communiceren tijdens de vrijheidsbeneming, *Pb EU* 2013, L 294/1.

73 HR 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3608.

2. Indien het antwoord op de vorige vraag bevestigend luidt, zijn die beperkingen (of een (aantal) daarvan) zoals in het bijzonder opgenomen in artikel 4 sub b, artikel 5 en artikel 6 van de Beleidsbrief OM, verenigbaar met de in het arrest van 22 december 2015 door de Hoge Raad geformuleerde norm dat een verdachte recht heeft op bijstand van een raadsman tijdens zijn verhoor door de politie, behoudens bij het bestaan van dwingende redenen om dat recht te beperken?

3. Volgt uit de norm die de Hoge Raad heeft geformuleerd in zijn arrest van 22 december 2015 dat de raadsman die tijdens het politieverhoor rechtsbijstand verleent aan een aangehouden verdachten, in staat moet worden gesteld om:

i. bij het gehele verhoor aanwezig te zijn,

ii. daadwerkelijk aan het verhoor deel te nemen, en/of

iii. de verdachte ten aanzien van specifieke vragen te adviseren zich (al dan niet) op zijn zwijgrecht te beroepen, derhalve zonder dat hem regels worden opgelegd die hem beperken in het maken van opmerkingen, het stellen van vragen en het verzoeken om een onderbreking voor overleg met de verdachte?'.

Aldus laat deze zaak zien dat de voorzieningenrechter als restrechter kennis kan nemen van een rechtsvraag die ziet op uitlegging van voorschriften in het licht van een arrest van de strafkamer van de Hoge Raad. Deze rechtsvraag moet dan wel kunnen worden ingepakt als een ontvankelijke eis naar civiel recht. Dat zal alleen in uitzonderingsgevallen mogelijk zijn. Voorts moeten eisers een spoedeisend belang hebben en financieel in staat zijn de voorzieningenprocedure te adiëren; voor belangenverenigingen als de NVSA en NVJSA is dat nog voorstelbaar. Voor een verdachte lijkt dat wat moeilijker liggen. Verder moet voldaan zijn aan de voorwaarden die prejudiciële procedure in het civiele recht kent, zoals dat een van de gronden van art. 392 lid 1 Rv van toepassing moet zijn. Ook leidt het stellen van een prejudiciële vraag tot de bijzonderheid dat de civiele kamer van de Hoge Raad een uitspraak moet doen over een arrest van de strafkamer van diezelfde Hoge Raad. Al met al betreft dit een alternatief voor een prejudiciële procedure in het strafrecht dat alleen in exceptionele gevallen soelaas zal bieden.

Buiten deze drie bestaande instrumenten om snel een uitspraak van de Hoge Raad te verkrijgen, is er nog een bestaand instrument om een uitspraak van een andere hogere rechter te verkrijgen, namelijk van het HvJ EU. De feitenrechter die een rechtsvraag heeft die ziet op de uitlegging en toepassing van een voorschrift van Unierecht kan deze rechtsvraag al via een prejudiciële procedure beantwoord krijgen. Hij kan daartoe een prejudiciële vraag aan het HvJ EU te stellen. De feitenrechter heeft immers deze bevoegdheid (zie paragraaf 6.4.7). Daarmee zoekt de feitenrechter de samenwerking met het HvJ EU, weliswaar met passeren van de Hoge Raad. Daar ligt meteen een kanttekening. Gelet op het zeer beperkt aantal prejudiciële vragen die door feitenrechters aan het HvJ EU worden gesteld,[74] lijkt hier een reden voor terughoudendheid te liggen. Voorts past de kanttekening dat deze route alleen openstaat ingeval van een vraag over de uitlegging en toepassing van Unierecht. Ten slotte is met deze prejudiciële procedure de nodige tijd gemoeid. In 2014 was de gemiddelde doorlooptijd 15 maanden.[75] Er zijn wel twee varianten van een prejudiciële procedure die snellere doorlooptijd kennen, namelijk de versnelde

[74] Volgens Jahae & Dieben 2015, p. 182, is in de periode mei 2013-mei 2015 slechts één maal een prejudiciële vraag aan het HvJ EU gesteld.
[75] Jahae & Dieben 2015, p. 189.

procedure en de spoedprocedure. In die gevallen is de doorlooptijd in 2014 gemiddeld tussen drie en vijf maanden respectievelijk 2,2 maanden.[76]

Buiten deze bestaande instrumenten zijn er nog twee niet bestaande, maar potentieel andere instrumenten waarmee snel een oordeel van de Hoge Raad kan worden verkregen.

In de eerste plaats heeft Knigge voorgesteld na te denken over wat hij noemt een procedure voor 'extrajudiciële vragen'. Een dergelijke procedure zou kunnen inhouden dat een feitenrechter die met een bepaalde rechtsvraag zit, die rechtsvraag aan de Hoge Raad zou kunnen stellen zonder dat vereist is dat de rechtsvraag opkomt in een aanhangig strafproces en dat de beantwoording van die rechtsvraag nodig is voor het nemen van een beslissing in een aanhangig strafproces. Daarmee wordt het kenmerkende vereiste van zaaksgebondenheid van de prejudiciële procedure in het civiele recht losgelaten. Voorts stelt hij voor dat niet vereist is dat de rechtsvraag in talrijke andere strafzaken speelt. De feitenrechter zou ook een concrete, specifieke rechtsvraag die aan de orde is ten aanzien van de ontvankelijkheid van het openbaar ministerie in een complexe megazaak meteen aan de Hoge Raad moeten kunnen voorleggen. Dus niet gelijktijdig met de einduitspraak. Aldus zou de Hoge Raad in deze procedure voor extrajudiciële vragen een cassatierechter 'zonder zaak' zijn. Een voordeel van deze benadering zou zijn dat niet zou hoeven te worden gezocht naar een strafzaak die als vehikel dient om een rechtsvraag bij de Hoge Raad te krijgen.[77] Wij voegen daaraan toe dat een ander voordeel zou zijn dat in de gevallen waarin de rechtsvraag niet opkomt in een concreet strafproces en voorafgaand aan een toekomstig strafproces via de procedure voor 'extrajudiciële vragen' reeds door de Hoge Raad is beantwoord, dat toekomstige strafproces niet hoef te worden onderbroken. De feitenrechter kan het antwoord van de Hoge Raad meteen toepassen in het strafproces. Daar speelt dan geen vertraging door een prejudiciële procedure.

In de tweede plaats kan worden gedacht aan een instrument dat in het civiele recht bestaat, namelijk sprongcassatie (zie daarover paragraaf 3.7.2). Bij sprongcassatie wordt met voorbijgaan aan de behandeling van de zaak in hoger beroep, cassatie ingesteld tegen een vonnis gewezen in eerste aanleg.[78] Het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering biedt het instrument van sprongcassatie om sneller een uitspraak van de Hoge Raad te verkrijgen betreffende bepaalde rechtsvragen.[79] Daarmee wordt afgeweken van de regel van art. 78 lid 5 Wet RO dat geen cassatie kan worden ingesteld indien er voor de partijen een ander gewoon rechtsmiddel openstaat of heeft opengestaan. De mogelijkheid van sprongcassatie bestaat alleen wanneer indien beide partijen daarmee instemmen en zij tegen het vonnis geen bezwaren van feitelijke aard hebben. In het strafrecht bestaat sprongcassatie niet.[80] De Hoge Raad heeft in 1997 geoordeeld dat sprongcassatie in strafzaken niet kan worden toegelaten. Hiermee zou het gesloten stelsel van rechtsmiddelen in strafzaken worden doorbroken. Daarnaast zou het toelaten van sprongcassatie in strafzaken ook de rechtsvormende taak van de Hoge Raad te buiten gaan.[81]

6.5.5 Soms is rijping van de rechtsvraag en het antwoord daarop vereist

In strafzaken kan zich een acute rechtsvraag voordoen waarop nog niet meteen een duidelijk antwoord valt te geven. Dat kan zijn omdat de feitelijke context tegen welke achtergrond de rechtsvraag beantwoording behoeft, onvoldoende is uitgekristalliseerd. Dat

[76] Jahae & Dieben 2015, p. 189-190.
[77] Zie Knigge 2015, p. 94.
[78] Art. 398 Rv.
[79] Korthals Altes 2010, art. 398 Rv, aant. 7 en hiervoor paragraaf 3.7.2.
[80] Van Dorst 2015, p. 13; zie ook Jörg 2013, hoofdstuk 99.9.
[81] HR 27 mei 1997, *DD* 97.265.

kan zijn omdat nog onvoldoende zicht bestaat op de feitelijke variëteit aan gevallen of strafzaken waar die rechtsvraag kan spelen. Dat kan voorts zijn omdat de juridische argumenten voor- en tegen een bepaalde beantwoording van de rechtsvraag nog niet volledig zijn geïdentificeerd en gewaardeerd. Daarnaast moet worden bedacht dat ook de rechtsvraag zelf onvoldoende scherp kan zijn, juist vanwege het gebrek aan zicht op de feitelijke context.

Voor deze vier gevallen kan het nuttig of zelfs wenselijk zijn om eerst de rechtspraak als systeem[82] te laten zoeken, inventariseren, en beoordelen wat feiten, feitelijke situaties en gevallen zijn, welke variaties in de rechtsvraag bestaan en wat de relevante juridische argumenten zijn, alvorens een concrete rechtsvraag aan de Hoge Raad voor te leggen. Laat rechtbanken verschillende strafzaken behandelen om zicht te krijgen op de soort gevallen en situaties en de omvang daarvan, laat rechtbanken en gerechtshoven hun juridische expertise en denkkracht aanwenden om in de concrete strafzaak een antwoord te geven op de rechtsvraag. Natuurlijk kan dat leiden tot verschillende uitspraken van de feitenrechters. Vanuit het oogpunt van de rechtsontwikkeling hoeft dat niet verkeerd te zijn. De verschillende beslissingen kunnen zien op verschillende aspecten van dezelfde rechtsvraag of op verschillende meningen over het antwoord op dezelfde rechtsvraag of op een andere toepassing van het antwoord op de rechtsvraag op de concrete en mogelijk afwijkende feiten van de voorliggende strafzaak. De verschillende beslissingen kunnen ook zijn ingegeven doordat zij op soortgelijke, maar net iets andere rechtsvragen zien. Aldus geven de verschillende beslissingen mogelijke oplossingen aan, mogelijkheden in welke kant het recht zich kan ontwikkelen. Aldus kan de rechtsvraag en de beantwoording daarvan rijpen. De Hoge Raad 'ziet' dan niet een individuele rechtsvraag in één strafzaak, maar krijgt door het oplossend vermogen van de rechtspraak als systeem een beter en breder beeld op wat de rechtsvraag nu precies behelst en wat mogelijke antwoorden zijn in de context van verschillende soorten strafzaken. Dit voordeel wordt gemist als een rechtsvraag meteen via een prejudiciële procedure aan de Hoge Raad wordt voorgelegd. De Hoge Raad zal dan moeten beslissen zonder hij kan steunen en voortbouwen op wat feitenrechters hebben beslist. De Hoge Raad zal ook moeten beslissen zonder dat een beter en completer zicht bestaat op de rechtsvraag en de feitelijke context waarin die kan spelen. Het verdient opmerking dat bij het buitengewone rechtsmiddel van cassatie in het belang der wet hierin voor de Procureur-Generaal een reden kan zijn gelegen om een verzoek tot cassatie in het belang der wet af te wijzen en ook geen eigen initiatief te nemen (zie paragraaf 6.6.5).

6.5.6 Nieuwe onduidelijkheden

Wanneer een prejudiciële procedure wordt ingevoerd, leidt dat tot een aftasting van de mogelijkheden. Feitenrechters moeten leren hoe zij een prejudiciële vraag moeten formuleren. Op zijn beurt zal de Hoge Raad beleid moeten ontwikkelen over het ontvangen van prejudiciële vragen. Doordat de Hoge Raad bepaalt welke prejudiciële vragen hij ontvangt, kan hij dat beleid voeren en daarmee de feitenrechters handreikingen bieden voor het formuleren van een prejudiciële vraag. Is de vraag ondeugdelijk, dan zal de Hoge Raad de vraag onmiddellijk terugleggen bij de feitenrechter door de vraag niet-ontvankelijk te verklaren. Die kan ofwel een nieuwe, betere vraag formuleren, ofwel de behandeling van de strafzaak hervatten en zelf de vraag beantwoorden. Alsdan is de vertraging in de strafprocedure zeer beperkt.

6.5.7 Kosten

Een prejudiciële procedure invoeren kost geld, dat is evident. Aan het wetgevingsproces en de implementatie van een wettelijke regeling van een prejudiciële procedure zijn nu

[82] Waarover De Lange 2014, p. 87, 91, 93, 96-97.

eenmaal kosten verbonden. Ook zullen de Hoge Raad en het Parket bij de Hoge Raad kosten maken bij de invoering van een prejudiciële procedure en vervolgens toepassen daarvan. Invoeringskosten zijn eenmalig, uitvoeringskosten zijn onbekend, omdat niet goed valt te voorspellen hoe vaak van een prejudiciële procedure gebruik zal worden gemaakt. Kortom, er zijn kosten voor de overheid en meer specifiek voor de rechtspraak.

Onderkend moet worden dat de kosten nog meer oplopen als na een prejudiciële procedure alsnog in hoger beroep en/of cassatie wordt gegaan. Voordelen in efficiency nemen dan aanmerkelijk af. Procedures worden dan op elkaar gestapeld. Dezelfde rechtsvraag gaat meermalen langs dezelfde rechters (zowel de feitenrechter als de Hoge Raad).

Het instellen van een prejudiciële procedure leidt niet slechts tot kosten voor de overheid en meer specifiek de rechtspraak. Ook de verdachte in wiens strafzaak een prejudiciële vraag wordt gesteld, zal kosten maken. Die kosten zullen zijn gelegen in rechtsbijstand gedurende de prejudiciële procedure. Verdachtes raadsman zal aan zijn cliënt moeten uitleggen wat het doel, de inhoud en de implicaties zijn van de prejudiciële procedure voor de strafzaak. De raadsman zal zich willen buigen over de formulering van de prejudiciële vraag. Voorts zal de raadsman de stukken gewisseld in de prejudiciële procedure moeten lezen en zonodig daarop reageren. Wanneer bijvoorbeeld de advocaat-generaal bij de Hoge Raad conclusie heeft genomen over de prejudiciële vraag, zal ook hiervoor de mogelijkheid van de zgn. Borgersbrief (zie art. 439 lid 5 Sv) moeten worden geboden en zal de raadsman derhalve zijn reactie op de conclusie van de advocaat-generaal moeten formuleren. De prejudiciële procedure in het civiele recht kent ook de Borgersbrief, en gelet op de achtergrond en ratio daarvan (zie paragraaf 3.3.7.1), ligt het voor de hand dat een eventuele prejudiciële procedure in het strafrecht eveneens moet voorzien in de mogelijkheid van een Borgersbrief (zie verder paragraaf 8.5.10).

Daarnaast kan de verdachte kosten maken als gevolg van de vertraging in de afloop van het strafproces als gevolg van de prejudiciële procedure. Een langer lopend strafproces kan bijvoorbeeld maken dat hij schade lijdt in de uitoefening van zijn werk, beroep of functie. Er kan sprake zijn van derving van inkomsten.

De vraag is nu voor wie deze kosten voor rechtsbijstand alsook vertragingsschade komen. Zeker als men bedenkt dat een verdachte helemaal niet om het stellen van een prejudiciële vraag hoeft te hebben verzocht. Dat hoeft immers niet in zijn belang te zijn of uiteindelijk zijn belang te dienen doordat het tot een voor de verdachte gunstige uitkomst in zijn strafzaak leidt.

6.6 Cassatie in het belang der wet

6.6.1 Doel en karakter

Cassatie in het belang der wet is geregeld in art. 456 Sv en is een bijzondere variant van – en heeft een aanvullende functie naast – het gewone rechtsmiddel cassatie.[83] De rechtseenheid en de rechtsvorming staan bij cassatie in het belang der wet centraal (zie ook paragraaf 3.7.3).[84] Het gaat bij het aanwenden van dit rechtsmiddel om het algemeen belang. De belangen van de verdachte en het Openbaar Ministerie spelen een zeer beperkte rol. Uit art. 78 lid 6 Wet op de Rechterlijke Organisatie (hierna: RO) blijkt dat cassatie in het belang der wet geen nadeel toe mag brengen aan de rechten die door partijen zijn verkregen. Dit buitengewone rechtsmiddel is vooral van waarde omdat het de mogelijkheid

[83] Den Hartog Jager, aant. 12 op art. 456 (suppl. 94, 1995), in: Melai/Groenhuijsen e.a.; Keulen 2012, p. 59.

[84] Jaarverslag Hoge Raad 2014, p. 53; T & C Strafvordering, art. 456, aant. 1; zie ook *Handelingen II* 1999/2000, 611.

biedt belangrijke rechtsvragen, die naar verwachting niet op korte termijn via het gewone rechtsmiddel de Hoge Raad bereiken, aan de Hoge Raad voor te leggen. Aldus kan het de rechtseenheid en de rechtsvorming bevorderen, bijvoorbeeld als feitenrechters verschillend over een rechtsvraag oordelen. Hierdoor is cassatie in het belang der wet een op de toekomst gericht rechtsmiddel: de Hoge Raad kan de feitenrechter houvast bieden bij de beoordeling van toekomstige zaken.[85]

6.6.2 Bevoegde autoriteit

Het buitengewone rechtsmiddel cassatie in het belang der wet komt enkel toe aan de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad.[86] Het instellen van cassatie in het belang der wet is een zelfstandige bevoegdheid van de Procureur-Generaal. De Procureur-Generaal behoort niet (meer) tot het Openbaar Ministerie en valt daarmee niet onder de bepaling in art. 127 RO die de minister van Veiligheid en Justitie de bevoegdheid geeft om algemene en bijzondere aanwijzingen te geven betreffende de taken en bevoegdheden van het Openbaar Ministerie. De minister is derhalve niet bevoegd om opdrachten te geven tot het instellen van cassatie in het belang der wet: de Procureur-Generaal voert een autonoom beleid.[87] Art. 111 lid 5 RO geeft de Procureur-Generaal de mogelijkheid om in voorkomende gevallen de bevoegdheid aan zijn advocaten-generaal over te laten.[88]

6.6.3 Ontvankelijkheid

Cassatie in het belang der wet kan alleen worden ingesteld indien er voor partijen geen gewoon rechtsmiddel (meer) openstaat.[89] Het is daarbij niet van belang of de partijen al het mogelijke hebben gedaan om tegen de beslissing of handeling op te komen. Dit betekent dat, wanneer partijen de beslissing accepteren of wanneer zij het recht op hoger beroep of cassatie hebben verspeeld, cassatie in het belang der wet gewoon mogelijk blijft.[90]

Cassatie in het belang der wet is mogelijk in de volgende gevallen:

1. Indien tegen een (onherroepelijke) einduitspraak een gewoon rechtsmiddel heeft opengestaan, maar dit niet of niet tijdig aangewend is. In dergelijke zaken wordt wel eens cassatie in het belang der wet ingesteld om voor de rechtspraktijk snel antwoord op bepaalde rechtsvragen te krijgen.[91]
2. Indien alle openstaande gewone rechtsmiddelen zijn uitgeput.[92]
3. Indien er tegen een rechterlijke handeling of beslissing helemaal geen gewoon rechtsmiddel heeft opengestaan. Hierbij kan gedacht worden aan een beslissing van het gerechtshof ex art. 12 Sv. Tegen een beslissing van hof in een art. 12 Sv-procedure is immers geen hoger beroep of cassatie mogelijk.[93]
4. Indien sprake is van een rechterlijke handeling of beslissing waartegen geen gewoon cassatieberoep mogelijk is. Dit is het geval bij beslissingen in zaken met betrekking tot de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (Wet Mulder)[94] en in

---

85 Bleichrodt 2011, p. 216.
86 Art. 111 lid 2 aanhef en sub c RO.
87 *Handelingen II* 1990/2000, 611; zie ook Van Dorst 2015, p. 178.
88 Buruma 2013, hoofdstuk 46.1.3.
89 Art. 456 lid 1 Sv en art. 78 lid 6 RO; zie ook Van Dorst 2015, p. 177.
90 Buruma 2013, hoofdstuk 46.1.2.
91 Keulen 2012, p. 59. Vgl. HR 19 februari 2013, *NJ* 2013/436 m.nt. N. Keijzer; HR 25 november 2008, *NJ* 2009/320 m.nt. N. Keijzer.
92 Van Dorst 2015, p. 177. Vgl. voor een strafzaak waarin het gewone cassatieberoep destijds was verworpen HR 12 juli 2011, *NJ* 2012/78 m.nt. N. Keijzer (n.a.v. de uitspraak van het EHRM in de zaak Scoppola t. Italië).
93 Vgl. HR 13 november 2007, *NJ* 2008/147 m.nt. N. Keijzer.
94 Art. 78 lid 3 RO en voor een toepassingsvoorbeeld zie HR 16 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:240.

zaken betreffende bestuurlijke boeten opgelegd op grond van art. 154b Gemeentewet.[95] Ook valt te denken aan de vele beschikkingen die in de loop van het strafproces kunnen worden gegeven en waartegen voor partijen geen gewoon cassatieberoep openstaat (vgl. art. 445 Sv).[96] Tot slot is cassatie in het belang der wet mogelijk gemaakt in specifieke wetgeving. Zo kan ook in zaken die vallen onder de Overleveringswet op grond van art. 29 lid 2 van die wet cassatie in het belang der wet worden ingesteld.[97] En tegen uitspraken van de Afdeling rechtspraak van de Raad voor strafrechtstoepassing en jeugdbescherming kan eveneens cassatie in het belang der wet worden ingesteld.[98]

Vooral in zaken waarin gewoon cassatieberoep is uitgesloten, wordt cassatie in het belang der wet gebruikt.[99] Cassatie in het belang der wet kan worden ingesteld tegen handelingen, arresten, vonnissen en beschikkingen. Art. 78 lid 1 RO noemt enkel rechterlijke beslissingen, waarbij in art. 78 lid 5 RO een aparte voorziening is getroffen voor uitspraken van de Afdeling rechtspraak van de Raad voor de strafrechtstoepassing en jeugdbescherming. Dit brengt met zich dat geen cassatie in het belang der wet kan worden ingesteld tegen strafbeschikkingen opgelegd door de officier van justitie of andere beslissingen van het Openbaar Ministerie (maar uiteraard wel tegen de uitspraken van rechters na het verzet van de verdachte tegen de strafbeschikking).[100]

6.6.4 Gronden voor cassatie in het belang der wet

De gronden voor cassatie in het belang der wet zijn dezelfde als voor het gewone cassatieberoep.[101] Sinds 1963 is cassatie mogelijk: a. wegens verzuim van vormen voor zover de niet-inachtneming daarvan uitdrukkelijk met nietigheid is bedreigd of zodanige nietigheid voortvloeit uit de aard van de niet in acht genomen vorm; b. wegens schending van het recht met uitzondering van het recht van vreemde staten.[102]

6.6.5 Procedure van cassatie in het belang der wet

De Procureur-Generaal kan een vordering tot cassatie in het belang der wet op eigen initiatief of op verzoek van derden doen. Verzoeken kunnen afkomstig zijn van het Openbaar Ministerie, gerechten, (semi)-overheidsinstellingen, bedrijven, advocaten en burgers. Het gaat per jaar om ongeveer 30 verzoeken en 3 vorderingen op eigen initiatief voor zowel civiel recht als strafrecht. Gemiddeld wordt het rechtsmiddel sinds 1900 iets meer dan vijf keer per jaar toegepast, waarbij maar ongeveer 20% van de vorderingen betrekking heeft op strafzaken.[103] In 2014 ging het om 33 verzoeken en 6 vorderingen op eigen initiatief, waarvan 4 strafrechtelijke zaken.[104]

---

95 Art. 78 lid 3 RO.

96 Vgl. HR 22 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2757, ECLI:NL:HR:2015:2756 en ECLI:NL:HR:2015:2758 (m.b.t. art. 591a Sv); HR 3 maart 2015, *NJ* 2015/311 m.nt. Borgers (m.b.t. art. 182 lid 6 Sv); HR 19 februari 2013, *NJ* 2013/402 m.nt. M.J. Borgers (m.b.t. art. 591a Sv); HR 25 september 2012, *NJ* 2013/190 m.nt. B.F. Keulen (m.b.t. art. 14fa Sr).

97 Buruma 2013, hoofdstuk 46.1.2. Vgl. HR 18 maart 2014, *NJ* 2015/370 m.nt. A.H. Klip; HR 8 juli 2008, *NJ* 2008/594 m.nt. M.J. Borgers.

98 Art. 33 lid 1 Instellingswet Raad voor strafrechtstoepassing en jeugdbescherming 2015, *Stb.* 2015, 140.

99 Keulen 2012, p. 59; Rapport Hammerstein 2008, p. 30.

100 T & C Strafvordering, art. 456, aant. 2; zie ook Van Dorst 2015, p. 14.

101 T & C Strafvordering, art. 456, aant. 2; zie ook Den Hartog Jager, aant. 11 op art. 456 (suppl. 94, 1995), in: Melai/Groenhuijsen e.a.

102 Art. 79 lid 1 RO. Zie verder Van Dorst 2015, p. 183.

103 Fokkens 2003, p. 193. In de periode 1945-1993 wees de strafkamer van de Hoge Raad 100 arresten in het belang der wet (Den Hartog Jager, aant. 12 op art. 456 (suppl. 94, 1995), in: Melai/Groenhuijsen e.a.).

104 Jaarverslag Hoge Raad 2014, p. 53-54.

Art. 23 Besluit orde van dienst gerechten schrijft voor dat de parketten maandelijks een afschrift van een in kracht van gewijsde gegane uitspraak in strafzaken van een rechtbank of een gerechtshof moeten inzenden, indien zij van oordeel zijn dat deze uitspraak naar hun mening onder zijn aandacht moet worden gebracht wegens het algemeen belang of een andere reden. Eén van de redenen voor het beperkte aantal cassaties in het belang der wet in strafzaken is volgens Fokkens dat van deze verplichting van het Openbaar Ministerie in de praktijk weinig terecht komt.[105] Daarnaast rust op de Procureur-Generaal zelf de verplichting om na te gaan of zich zaken aandienen die voor cassatie in het belang der wet in aanmerking komen (art. 121 RO jo. art. 456 lid 1 Sv).

Uit de praktijk komt naar voren dat een verzoek vaak wordt ingediend door of namens de verdachte die in het ongelijk is gesteld. Dit leidt er toe dat veel verzoeken afgewezen worden omdat zij geen rechtsvraag aan de orde stellen die in het belang van rechtseenheid of rechtsontwikkeling opheldering behoeft.[106] Art. 456 Sv laat de Procureur-Generaal ruimte bij de beslissing omtrent het honoreren of afwijzen van deze verzoeken. Indien de Procureur-Generaal cassatie in het belang der wet 'nodig' oordeelt kan hij cassatie in het belang der wet vorderen.

De meest voorkomende redenen om een verzoek af te wijzen zijn:

a. er is geen sprake van een omstreden rechtsvraag die opheldering behoeft in het belang van de rechtseenheid en/of rechtsvorming.[107] Dergelijke verzoeken worden vaak gedaan door één van de partijen en richten zich tegen een rechterlijke beslissing die niet onjuist is en in lijn is met eerdere rechtspraak. Het kan echter ook gaan om een evident foute beslissing van een rechter, die in strijd is met vaste en niet ter discussie staande jurisprudentie;[108]
b. het verzoek betreft geen zuivere rechtsvraag, maar een vraag waarbij het antwoord mede wordt bepaald door de beoordeling van de feiten en omstandigheden van het geval.[109] Als een oordeel van de rechter in aanzienlijke mate gebonden is aan de specifieke omstandigheden van het geval, wordt om die reden alleen al geen cassatie in het belang der wet gevorderd[110];
c. de (hoofd)zaak is nog niet onherroepelijk afgedaan. Hierbij kan gedacht worden aan verzoeken in strafzaken die betrekking hebben op tijdens het vooronderzoek gegeven beschikkingen. Het is echter vast beleid om tegen deze beschikkingen geen cassatie in het belang der wet te vorderen, zolang een strafzaak tegen een verdachte of medeverdachte nog loopt. De reden hiervoor kan gevonden worden in het feit dat de aan de orde gestelde rechtsvraag vaak ook in de eigenlijke strafzaak een rol kan spelen.[111]

Daarnaast kunnen er andere redenen zijn om een verzoek om cassatie in het belang der wet af te wijzen. Dat is in de eerste plaats de omstandigheid dat de rechtsvraag in kwestie zeer waarschijnlijk op korte termijn in een gewoon cassatieberoep aan de Hoge Raad zal worden voorgelegd; een gewoon cassatieberoep heeft immers het voordeel dat partijen het parket en de Hoge Raad kunnen voorlichten over de betreffende rechtsvraag en de daarbij spelende belangen. In de tweede plaats kan het gaan om een rechtsvraag die nog onvoldoende is uitgekristalliseerd en waarmee in de praktijk nog ervaring moet worden

[105] Fokkens 2003, p. 193.
[106] Van Dorst 2015, p. 178.
[107] Jaarverslag Hoge Raad 2014, p. 54; zie ook Van Dorst 2015, p. 179.
[108] Fokkens 2003, p. 194.
[109] Jaarverslag Hoge Raad 2014, p. 54.
[110] Van Dorst 2015, p. 179.
[111] Buruma 2013, hoofdstuk 46.1.3.

opgedaan om tot een verantwoord oordeel te komen (vergelijk paragraaf 6.5.5.). In de derde plaats kan de wetgever het voornemen hebben om de betreffende kwestie wettelijk te regelen.[112]

De procedure bij de Hoge Raad verloopt verder kort gezegd als volgt. De Procureur-Generaal maakt een voordracht tot cassatie in het belang der wet. Hierin moet een middel met toelichting worden opgenomen.[113] Hij neemt geen conclusie; de Procureur-Generaal is in deze procedure immers 'partij' en geen adviseur.[114] Ingevolge art. 456 lid 3 Sv beslist de Hoge Raad over het rechtspunt.

In de gewone cassatieprocedure mag de Hoge Raad de zaak ook op andere dan de aangevoerde gronden beoordelen.[115] Art. 456 lid 3 Sv noemt deze mogelijkheid niet. Om deze reden – en vanwege de gebondenheid aan het initiatief tot en de omvang van de vordering tot cassatie in het belang der wet – wordt aangenomen dat de Hoge Raad enkel op grondslag van de vordering van de Procureur-Generaal beslist.[116] Dit betekent dat in het kader van deze procedure geen plaats is voor ambtshalve cassatie.[117]

Ingevolge art. 456 lid 3 Sv verwerpt de Hoge Raad het beroep of beslist met vernietiging van de bestreden uitspraak, in het belang der wet, het rechtspunt, zoals de rechter had behoren te doen.

6.6.6 (Rechts)gevolgen voor 'partijen'

Zoals eerder is opgemerkt (zie paragraaf 6.4.1), brengt cassatie in het belang der wet geen nadeel toe aan de rechten door partijen verkregen.[118] Overigens blijven niet alleen de rechten, maar ook de eventuele plichten van de veroordeelde onaangetast. Deze regel staat in nauw verband met de omstandigheid dat de gewraakte beslissing onaantastbaar was toen de Procureur-Generaal zijn vordering instelde. Op die onherroepelijkheid wordt geen inbreuk gemaakt. In beginsel blijft de vernietigde uitspraak onverminderd van kracht voor de verdachte en kan deze door het Openbaar Ministerie 'gewoon' worden geëxecuteerd. Anderzijds hoeft degene die is vrijgesproken of ontslagen van alle rechtsvervolging niet te vrezen dat hij nogmaals zal worden vervolgd.[119]

Het is echter goed voorstelbaar dat een veroordeelde toch profiteert van de uitspraak van de Hoge Raad waarbij de rechterlijke handeling of beslissing is vernietigd. Zo kan een uitspraak van de Hoge Raad leiden tot gratie of de basis vormen voor een beroep op de burgerlijke rechter.[120] Ook overigens ligt het voor de hand dat het Openbaar Ministerie het vernietigde vonnis of arrest niet (verder) ten uitvoer zal leggen. Als de uitspraak al (deels) is uitgevoerd zou men via een civiele procedure kunnen trachten de betaalde geldboete terug te vorderen of schadevergoeding te verkrijgen voor de ondergane vrijheidsbenemende straf of maatregel.[121]

Bij het aanwenden van het buitengewone rechtsmiddel cassatie in het belang der wet gaat het om het algemeen belang. De belangen van partijen – in strafzaken het belang van de

[112] Fokkens 2003, p. 194; zie ook Van Dorst 2015, p. 178 vgl. Rapport Hammerstein 2008, p. 48.
[113] Van Dorst 2015, p. 179.
[114] Buruma 2013, hoofdstuk 46.1.4.
[115] Art. 440 lid 1 Sv.
[116] Van Dorst 2015, p. 179; zie ook T & C Strafvordering, art. 456, aant. 2.
[117] Buruma 2013, hoofdstuk 46.1.5. Vgl. over ambtshalve cassatie Fokkens 2003, p. 197-198.
[118] Art. 78 lid 6 RO.
[119] Den Hartog Jager, aant. 14 op art. 456 (suppl. 94, 1995), in: Melai/Groenhuijsen e.a.
[120] Van Dorst 2015, p. 180; zie ook T & C Strafvordering, art. 456, aant. 3.
[121] Buruma 2013, hoofdstuk 46.1.6.

verdachte en het belang van het Openbaar Ministerie – spelen een beperkte rol. In de gewone cassatieprocedure is er voor de verdachte een mogelijkheid om op de conclusie van het Openbaar Ministerie te reageren (de zogenoemde Borgers-brief). Deze mogelijkheid bestaat in het kader van de *equality of arms* (art. 6 EVRM). Dit contradictoire element geldt, vanwege het bijzondere karakter van het rechtsmiddel, niet bij cassatie in het belang der wet.[122]

6.6.7 Het 'verkapte' beroep in het belang der wet

Hiermee wordt de situatie bedoeld waarin het Openbaar Ministerie beroep in cassatie instelt tegen een beslissing van een rechter, terwijl die beslissing overeenkomt met het standpunt dat het Openbaar Ministerie in de procedure heeft ingenomen. Het doel hiervan is om het oordeel van de Hoge Raad over de betreffende rechtsvraag te verkrijgen.[123] Het gaat daarbij om rechtsvragen waarvan het belang uitstijgt boven dat van de zaak in kwestie. In een dergelijk geval verdient cassatie in het belang der wet volgens Fokkens de voorkeur, omdat de uitspraak dan onherroepelijk is en de verdachte (die geen cassatie heeft ingesteld) weet waar hij aan toe is.[124]

6.6.8 Verruiming van de toepassing van cassatie in het belang der wet?

Fokkens (tot 1 juli 2016 kort Procureur-Generaal bij de Hoge Raad) betoogt in 2003 (voordat hij tot Procureur-Generaal was benoemd) dat er ontwikkelingen zijn die een ruimere toepassing van cassatie in het belang der wet in strafzaken wenselijk maken, maar dat de mogelijkheden daartoe – onder meer met het oog op capaciteitsproblemen bij de Hoge Raad – beperkt blijven. Volgens Fokkens valt te verwachten dat vaker dan voorheen voor dit rechtsmiddel zal worden gekozen om vragen over de uitleg van nieuwe wetgeving snel aan de Hoge Raad voor te leggen. Verder zal dit instrument systematisch moeten worden toegepast op terreinen waar geen gewoon cassatieberoep mogelijk is (Wet Mulder, Overleveringswet).[125] De laatste jaren zijn inderdaad relatief veel voordrachten tot cassatie in het belang der wet gedaan, waarbij overigens onduidelijk is of dat te maken heeft met toeval of met een ruimhartiger toepassing.[126]

De commissie-Hammerstein doet in haar rapport van 2008 een aantal voorstellen om de werking van het buitengewone rechtsmiddel cassatie in het belang der wet te verbeteren.[127] De commissie is van mening dat, met name in de civiele rechtspraak, voorzieningen moeten worden getroffen om te voorkomen dat rechtsvragen waarbij behoefte is aan een richtinggevende uitspraak van de Hoge Raad, de Hoge Raad niet (tijdig) bereiken. Er zou in dit verband gestreefd moeten worden naar een ruimere toepassing van cassatie in het belang der wet. De taak om houvast te bieden voor de lagere rechtspraak en om de kwaliteit van de rechtspraak te bevorderen, kan hierdoor beter worden uitgeoefend. Meer cassaties in het belang der wet vereisen een verbetering van de instrumenten die de Procureur-Generaal in staat stellen om kennis te nemen van uitspraken die geschikt zijn voor cassatie in het belang der wet. Daarom wordt voorgesteld om een commissie in te stellen die de Procureur-Generaal adviseert inzake uitspraken die zich mogelijk lenen voor cassatie in het belang der wet.[128] De Procureur-Generaal heeft deze aanbeveling opgevolgd. De commissie is vooralsnog alleen bevoegd kennis te nemen van uitspraken in civiele zaken (zie

[122] Den Hartog Jager, aant. 13 op art. 456 (suppl. 94, 1995), in: Melai/Groenhuijsen e.a.
[123] Den Hartog Jager 1994, p. 98; zie ook Fokkens 2003, p. 196.
[124] Fokkens 2003, p. 196-197.
[125] Fokkens 2003, p. 201-205.
[126] Bleichrodt 2011, p. 215-216 (met cijfers over de periode 2001-2008).
[127] Rapport Hammerstein 2008, p. 48-50.
[128] Rapport Hammerstein 2008, p. 49.

daarover paragraaf 3.7.3). Voor strafzaken bestaat een dergelijke commissie (nog) niet.[129] De commissie-Hammerstein stelt verder voor het civiele recht voor partijen en andere belanghebbenden in de gelegenheid te stellen hun visie te geven op een (voorgenomen) voordracht tot cassatie in het belang der wet. Het ontbreken van inbreng van partijen en voorlichting door belanghebbenden wordt als een gemis ervaren.[130] Bleichrodt stelt dat het inderdaad nuttig kan zijn om ook in bepaalde strafzaken kennis te nemen van de zienswijze van belanghebbenden, zoals het Openbaar Ministerie en de betrokken advocaat.[131]

Overigens benadrukt de commissie-Hammerstein dat niet alle omstreden rechtsvragen zich lenen voor cassatie in het belang der wet. Een rechtsvraag die een afweging van politieke standpunten vergt, dient door de wetgever te worden opgelost. Het rechtsmiddel komt evenmin in aanmerking als de wetgever voornemens is de desbetreffende wettelijke regeling te wijzigen. Cassatie in het belang der wet is volgens de commissie-Hammerstein ook niet bedoeld om discoursontwikkeling en rijping van rechtsvragen in de lagere rechtspraak (en de doctrine) de pas af te snijden. Dat is anders als de Hoge Raad meteen een duidelijk antwoord kan geven, bijvoorbeeld als het gaat om de uitleg van overgangsrecht.[132]

6.6.9 Verschillen tussen civiele zaken en strafzaken

Uit het voorgaande blijkt al dat de voorstellen van de commissie-Hammerstein met name toegesneden zijn op de civiele kamer van de Hoge Raad. De betekenis van cassatie in het belang der wet in strafzaken verschilt echter van de betekenis daarvan in civiele zaken (zie nader paragraaf 3.7.3). Ten eerste is het Openbaar Ministerie in strafzaken altijd betrokken als beschermer van het algemeen belang. Daarbij heeft het Openbaar Ministerie ook oog voor toekomstige zaken, omdat het ook dan weer 'partij' (maar niet partijdig) zal zijn. Het Openbaar Ministerie zal in zaken waarin belangrijke rechtsvragen spelen dan ook gewoon cassatieberoep kunnen instellen. Dit ligt voor civiele partijen vaak anders: de samenstelling van partijen heeft daar een tijdelijk karakter. In civiele zaken spelen in beginsel slechts eigen belangen een rol.[133]

Ten tweede zijn de verschillen tussen de gewone cassatieprocedure en cassatie in het belang der wet kleiner in strafzaken dan in civiele zaken. In civiele cassatieprocedures hebben de partijen de gelegenheid om op elkaar te reageren. In strafzaken wordt het grootste deel van de cassatieberoepen (98%, aldus Fokkens in 2003) ingesteld door de verdachte. In die gevallen is er voor het Openbaar Ministerie geen rol weggelegd en is er geen plaats voor tegenspraak.[134] In strafzaken heeft de Hoge Raad, anders dan in civiele zaken, de mogelijkheid om ambtshalve te casseren. Dit betekent dat de Hoge Raad (in theorie) ook gelegenheid heeft om rechtsvragen te beantwoorden buiten de cassatiemiddelen om, zij het dat daar in de praktijk weinig gebruik van wordt gemaakt.[135]

Ten derde doet de strafkamer van de Hoge Raad veel meer zaken af dan de civiele kamer. In strafzaken is geen hiaat in het zaaksaanbod (vgl. paragraaf 6.1). Hierdoor heeft de Hoge Raad in strafzaken meer gelegenheid om rechtsvragen te beantwoorden.[136] Uit het bovenstaande zou kunnen worden geconcludeerd dat cassatie in het belang der wet in civiele zaken meer betekenis heeft dan in strafzaken. Deze constatering is dan van invloed

[129] Van Dorst 2015, p. 180.
[130] Rapport Hammerstein 2008, p. 50.
[131] Bleichrodt 2011, p. 220.
[132] Rapport Hammerstein 2008, p. 48.
[133] Bleichrodt 2011, p. 217; Fokkens 2003, p. 195.
[134] Zie verder Bleichrodt 2011, p. 218; Fokkens 2003, p. 195-196.
[135] Fokkens 2003, p. 197.
[136] Bleichrodt 2011, p. 218.

op de waardering van de voorstellen van de commissie-Hammerstein.[137] Volgens Bleichrodt lijkt de instelling van een adviescommissie in strafzaken, gelet op de genoemde verschillen, minder toegevoegde waarde te hebben dan in civiele zaken. Daarbij wijst hij onder andere op de rol van de Cassatiedesk van het Openbaar Ministerie, die het tot zijn taak rekent om de Procureur-Generaal te voeden met uitspraken die zich mogelijk lenen voor een vordering tot cassatie in het belang der wet.[138] Wij merken evenwel op dat de Cassatiedesk beperkt van omvang is (drie advocaten-generaal) en alle cassaties van het Openbaar Ministerie dient te beoordelen (in 2014 zijn dat 121 stuks, waaronder geen cassaties in het belang der wet).[139] Voorts hebben wij gezien dat er van het voordragen van zaken door het Openbaar Ministerie weinig terecht komt (zie paragraaf 6.6.5).

6.6.10 Voorstellen tot verruiming in het strafrecht

Bij de gedachtewisseling over mogelijke wijzigingen in de regeling of toepassing van cassatie in het belang der wet zijn in theorie twee tegengestelde denkrichtingen voorstelbaar, aldus Bleichrodt. In de eerste benadering worden de verschillen tussen gewone cassatie en cassatie in het belang der wet kleiner. Daarbij wordt de regel dat de rechtsgevolgen van de vernietigde uitspraak in stand blijven en dat geen nadeel wordt toegebracht aan de rechten door partijen verkregen (art. 78 lid 6 RO) ter discussie gesteld. Er zou volgens deze auteur veel voor te zeggen zijn als de Hoge Raad de mogelijkheid zou krijgen om voor de veroordeelde ongunstige gevolgen van de vernietigde uitspraak ongedaan te maken. Dat zou de voorkeur verdienen boven de huidige praktijk, waarin een gratieverzoek wordt ingediend of het Openbaar Ministerie – strikt genomen contra legem art. 553 Sv – de opgelegde straf of maatregel niet verder ten uitvoer legt.[140]

In een tegengestelde benadering zou cassatie in het belang der wet niet langer gebonden zijn aan een vonnis of arrest in een concrete zaak. 'Soms lijkt de concrete zaak dan wel het daarin gewezen arrest of vonnis in de weg te zitten bij het ontlokken van een principiële uitspraak van de Hoge Raad over een rechtsvraag'.[141] In deze variant zou het meer gaan om het stellen van 'postjudiciële vragen' dan om een vorm van cassatie (vgl. ook het voorstel van Knigge inzake extrajudiciële vragen, paragraaf 6.5.4). De Procureur-Generaal zou dan meer ruimte worden geboden om antwoorden van de Hoge Raad te verkrijgen op rechtsvragen, los van de concrete zaak. Deze optie zou moeten worden betrokken bij de discussie over het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, aldus Bleichrodt. Omvorming van cassatie in het belang der wet in deze richting zou een alternatief kunnen zijn voor het invoeren van een prejudiciële procedure in strafzaken.[142]

In reactie op Bleichrodt stelt Borgers dat cassatie in het belang der wet zou kunnen worden ingezet om de Hoge Raad in de gelegenheid te stellen snel rechtsvragen te beantwoorden die in veel gevallen aan de orde (kunnen) zijn. Aan een actief en proactief gebruik van dit rechtsmiddel zou vooral moeten worden gedacht in situaties waarin nieuwe wetgeving in de rechtspraktijk belangrijke vragen oproept. De Hoge Raad kan zich dan spoedig uitspreken over deze rechtsvragen. Vooral in procedures waarin geen of slechts beperkt gewoon cassatieberoep openstaat (zoals beslissingen omtrent de voorlopige hechtenis[143]) ziet

[137] Bleichrodt 2011, p. 218.
[138] Bleichrodt 2011, p. 218-219.
[139] Openbaar Ministerie. Jaarverslag 2014 Cassatiedesk, p. 2 en p. 4.
[140] Bleichrodt 2011, p. 221-222.
[141] Bleichrodt 2011, p. 222.
[142] Bleichrodt 2011, p. 222-223.
[143] Vgl. HR 10 februari 2015, *NJ* 2015/199, ECLI:NL:HR:2015:256, ECLI:NL:HR:2015:257, ECLI:NL:HR:2015:255 en ECLI:NL:HR:2015:247; HR 9 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ6526; HR 20 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL3144.

Borgers aanleiding voor een intensievere inzet van cassatie in het belang der wet, waarbij hij overigens denkt aan een toename met bijvoorbeeld vijf tot tien voordrachten per jaar. Tot slot pleit ook Borgers voor het organiseren van tegenspraak, in de zin dat ook de zienswijze van Openbaar Ministerie en advocatuur interessant is met het oog op de oplossing van fundamentele kwesties en de praktische consequenties daarvan.[144] De idee van Borgers om cassatie in het belang der wet te gebruiken om de Hoge Raad snel uitspraak te laten doen over rechtsvragen staat op gespannen voet met de hiervoor weergegeven benadering van de commissie-Hammerstein voor het civiele recht (zie paragraaf 6.6.8) en het argument aangevoerd tegen een prejudiciële procedure dat soms rijping van een rechtsvraag en het antwoord daarop vereist is (paragraaf 6.5.5).

Ook Keulen acht het voorstelbaar dat de wettelijke regeling wordt gewijzigd op het punt dat geen nadeel aan de rechten van partijen wordt toegebracht. 'De wet zou kunnen aangeven dat en onder welke voorwaarden vernietiging door de Hoge Raad wel nadeel zou kunnen toebrengen aan "door partijen verkregen rechten". Uitgangspunt zou daarbij kunnen zijn dat voor de verdachte ongunstige beslissingen onbeperkt vernietigbaar zijn. En gedacht zou kunnen worden over een regeling waarbij voor de verdachte gunstige beslissingen nog een beperkte tijd vernietigbaar zijn'.[145] Een dergelijke wijziging zou volgens Keulen gewenst zijn, aangezien de verdere tenuitvoerlegging van beslissingen waarvan de Hoge Raad de onjuistheid heeft vastgesteld, niet van deze tijd zou zijn. Voorts zou het denkbaar zijn dat, net als in het privaatrecht, een commissie wordt ingesteld die de Procureur-Generaal adviseert bij de beslissing tot het instellen van cassatie in het belang der wet. Een aldus 'aangeklede' procedure lijkt volgens Keulen aantrekkelijker dan een prejudiciële procedure bij de Hoge Raad, aangezien het risico dat vooruit wordt gelopen op de bewijsvraag niet speelt en bij de Procureur-Generaal beter verzekerd is dat rekening wordt gehouden met de werklast van de Hoge Raad.[146] Dat laatste is een weinig overtuigend argument als men bedenkt dat het aantal keren dat gebruik is gemaakt van de civielrechtelijke prejudiciële procedure zo overzienbaar is, dat dit niet wezenlijk bijdraagt aan de werklast van de Hoge Raad.[147]

6.7 Afronding

In de strafrechtelijke literatuur is beperkt aandacht geweest voor de mogelijkheid van een prejudiciële procedure in het strafrecht. Tegelijkertijd is er wel aandacht geweest voor versterking van de cassatierechtspraak. Het is mede tegen die achtergrond dat de inventarisatie van argumenten voor en tegen een dergelijke procedure in de strafrechtelijke literatuur een breed palet aan argumenten oplevert. In dit hoofdstuk zijn de volgende argumenten voor besproken:

- Een prejudiciële procedure kan in een behoefte voorzien;
- Rechtseenheid en rechtsvorming zijn gebaat bij een prejudiciële procedure;
- Rechtsbescherming is gebaat bij een prejudiciële procedure;
- Bijdrage aan kwaliteit en legitimatie van uitspraken van de feitenrechter ;
- Een prejudiciële procedure bevordert samenwerking tussen rechters;
- Een prejudiciële procedure biedt efficiëntievoordelen voor procespartijen en samenleving;
- Er zijn andere prejudiciële procedures.

Tegenover deze argumenten voor zijn de volgende argumenten tegen aan bod gekomen:

[144] Borgers 2011, p. 225-232.
[145] Keulen 2012, p. 60.
[146] Keulen 2012, p. 60, i.h.b. voetnoot 149.
[147] Zie Streefkerk 2015, p. 249-250.

- Een prejudiciële procedure leidt tot verlenging (vertraging) van de procedure;
- Heeft een prejudiciële procedure wel een indammende werking in die zin dat de toestroom van zaken naar de Hoge Raad wordt beperkt?;
- Een prejudiciële procedure kan resulteren in een (verder) veranderende positie van de Hoge Raad;
- Er zijn alternatieven voor een prejudiciële procedure;
- Soms is rijping van de rechtsvraag en het antwoord daarop vereist (discoursontwikkeling);
- Een prejudiciële procedure zal nieuwe onduidelijkheden met zich brengen;
- Met de invoering en uitvoering van een prejudiciële procedure zijn kosten gemoeid.

De argumenten voor en tegen vallen te onderscheiden in meer principiële argumenten en praktische argumenten. Sommige principiële argumenten voor kennen een tegenhanger als nadeel. Zo behelst het argument dat een prejudiciële procedure in een behoefte voorziet de implicatie dat er geen goede alternatieven zijn om snel een oordeel van de Hoge Raad te verkrijgen over een rechtsvraag. Daartegenover staat het argument tegen dat er wel alternatieven voorhanden zijn. Andere argumenten staan op een andere manier met elkaar in verband. Zo volgt uit het argument dat soms rijping van de rechtsvraag en het antwoord daarop nodig is dat in dat geval de bijdrage die de Hoge Raad aan de rechtsvorming kan leveren (een argument voor een prejudiciële procedure) beperkt zal zijn. Het zal namelijk voor de Hoge Raad op dat moment en gegeven het gebrek aan discoursontwikkeling moeilijk zijn om alle implicaties van een rechtsvraag te voorzien en dat kan de Hoge Raad doen besluiten de rechtsvraag beperkt en/of terughoudend te beantwoorden. Bij bepaalde praktische argumenten moet goed in het oog worden gehouden op welk niveau men deze tegenover elkaar zet. Zo is het argument tegen een prejudiciële procedure dat deze leidt tot vertraging in het strafproces waar als men zich beperkt tot het strafproces zoals dat dient bij de feitenrechter die de prejudiciële vraag zou stellen. Maar wanneer de gehele procedure in ogenschouw wordt genomen, leidt een prejudiciële procedure tot versnelling omdat de gang van de Hoge Raad via de gewone rechtsmiddelen van hoger beroep en cassatie kan worden bespaard.

Gelet hierop heeft in dit hoofdstuk nog geen afweging van de verschillende argumenten voor en tegen plaatsgevonden en zijn de argumenten op zich evenmin geëvalueerd. Om dat goed mogelijk te maken dienen namelijk de inzichten uit de kwalitatief empirisch onderzoek alsook de bevindingen uit het evaluatieonderzoek naar de prejudiciële procedure in het civiele recht in de afweging te worden betrokken. Dat gebeurt in hoofdstuk 8.

In het onderhavige hoofdstuk is specifiek aandacht besteed aan het buitengewone rechtsmiddel van cassatie in het belang der wet. Dit rechtsmiddel is een veelgenoemd alternatief voor een prejudiciële procedure in het strafrecht. De reden daarvoor is dat het rechtsmiddel hetzelfde doel heeft, namelijk met het oog op het algemeen belang rechtsvragen aan de Hoge Raad voorleggen ten behoeve van de bevordering van de rechtseenheid en de rechtsvorming. Uit de beschrijving van cassatie in het belang der wet volgt evenwel dat het buitengewone rechtsmiddel op een aantal kenmerkende punten verschilt van een mogelijke prejudiciële procedure. Kort gezegd zijn deze punten: *i*) cassatie in het belang der wet kan alleen worden gevorderd in afgesloten strafzaken (de gewone rechtsmiddelen staan niet meer open), *ii*) als gevolg daarvan kan de uitkomst van cassatie in het belang der wet kan geen invloed uitoefenen op de positie van partijen, *iii*) de Procureur-Generaal is degene de cassatie in het belang der wet vordert en voert daarin beleid, en *vi*) partijen in de afgesloten strafzaak en andere belanghebbenden hebben geen inbreng in de procedure. In hoofdstuk 8 komen deze verschillen uitgebreid aan de orde.

7. Empirische analyse: invoering in het strafrecht?

7.1 Introductie

In dit hoofdstuk wordt verslag gedaan van een kwalitatief empirisch onderzoek naar de opvattingen van experts/professionals over de vraag of het mogelijk is en zo ja, onder welke omstandigheden en voorwaarden, een prejudiciële procedure in strafzaken in te voeren. Deze vraag betreft immers het tweede onderdeel van de centrale vraagstelling van het onderhavige onderzoek (zie paragraaf 1.4). Voor het kwalitatief empirisch onderzoek kent deze onderzoeksvraag een nadere uitwerking in de vraag: 'Wat zijn volgens betrokken professionals mogelijkheden en knelpunten voor de inpasbaarheid van de wettelijke regeling inzake prejudiciële vragen in het strafrecht?' (zie paragraaf 1.5.3).

Het kwalitatief empirisch onderzoek bestaat uit twee onderdelen. Ten eerste is een beperkte groep van experts/professionals geïnterviewd die daartoe zijn geselecteerd. Voor deze interviews is gewerkt met semi-gestructureerde interviews. Over de methodologie van de interviews gaat paragraaf 1.6.3. Daarnaast zijn twee expert meetings georganiseerd. Voor deelname aan deze expert meetings zijn eveneens (andere) experts/professionals geselecteerd en uitgenodigd. De methodologie van de expert meetings komt aan bod in paragraaf 1.6.3 alsook in paragraaf 7.3.

Voor de interviews en de expert meetings zijn dezelfde vragen gehanteerd. Een belangrijk deel van de vragen is afkomstig van het WODC. Daarnaast zijn gedurende het onderzoek en mede op basis van het onderzoek naar de prejudiciële procedure in het civiele recht eigen vragen geformuleerd. De combinatie van vragen beoogt in de eerste plaats informatie te verkrijgen voor beantwoording van de centrale onderzoeksvraag voor het onderhavige strafrechtelijk deelonderzoek en de uitwerking daarvan in de hiervoor genoemde nadere vraag. In de tweede plaats is tevens beoogd de bevindingen uit het evaluatieonderzoek naar de prejudiciële procedure in het civiele recht te toetsen op relevantie voor een mogelijke prejudiciële procedure in het strafrecht, alsook om tijdens het onderzoek opgekomen vragen te adresseren. Vanwege de omstandigheid dat er momenteel geen prejudiciële procedure in het strafrecht bestaat, zien alle vragen vooral op opvattingen en verwachtingen omtrent een mogelijke prejudiciële procedure. Aldus is meer vooruitgekeken, dan dat is gereflecteerd op iets dat al bestaat.

In het navolgende bespreken wij op hoofdlijnen de bevindingen van de interviews geïntegreerd met de bevindingen van de expert meetings. De bespreking is ingedeeld aan de hand de thema's die zowel in de interviews als bij de expert meetings aan bod zijn gekomen. Het gaat kort gezegd om de volgende thema's: a) is er behoefte aan een prejudiciële procedure in het strafrecht, b) wat zijn potentiële voor- en nadelen van een dergelijke procedure, c) zijn er alternatieven, d) rechtsvorming, rechtszekerheid en rechtseenheid, e) belangen van procesdeelnemers in een strafprocedure bij het stellen van een prejudiciële vraag, f) inrichting van een eventuele prejudiciële procedure in het strafrecht, g) mogelijke knelpunten, h) kosten en i) overige kwesties. Bij de presentatie van de bevindingen zal steeds worden aangegeven of die bevinding of opmerking uit de interviews komt dan wel uit een van beide expert meetings.

Aldus beoogt dit hoofdstuk een empirische basis te verschaffen voor het geven van antwoord op de eerder geformuleerde centrale onderzoeksvraag voor het strafrechtelijk deelonderzoek. Dit antwoord zal worden uitgewerkt in hoofdstuk 8.

7.2 Methodologie: selectie van geïnterviewden

In aanvulling op hetgeen in paragraaf 1.6 in het algemeen over de door ons gevolgde aanpak en methode is opgemerkt, gaan wij hier nog in op wijze van selectie van de geïnterviewde personen.

Het onderzoek voorziet in een zestal interviews van experts/professionals. Dit beperkte aantal heeft consequenties voor de keuzes die kunnen worden gemaakt voor de functionarissen en de personen die kunnen worden geïnterviewd. Een mogelijke prejudiciële procedure in het strafrecht regardeert verschillende personen in de strafrechtspleging. Het betekent immers dat de Hoge Raad een aan hem gestelde prejudiciële vraag moet ontvangen en vervolgens beantwoorden. Evenals bij het instellen van het gewone rechtsmiddel van cassatie in strafzaken alsook bij de prejudiciële procedure in het civiele recht (vgl. art. 393 lid 6 Rv en paragraaf 3.3.7) ligt het voor de hand dat het Parket bij de Hoge Raad een conclusie neemt over de prejudiciële vraag en aldus de Hoge Raad adviseert over een mogelijke beantwoording van de vraag. Feitenrechters behoren in elk geval tot degenen die een prejudiciële vraag zouden moeten kunnen stellen (vgl. art. 392 lid 1 Rv). Dat zouden zij dat ambtshalve kunnen doen, dan wel op vordering van het Openbaar Ministerie of op verzoek van de verdediging. Voor de officier van justitie geldt dat bezien vanuit de eerste aanleg de afstand tot de Hoge Raad het grootst is en er juist dan behoefte kan bestaan om tijdig een oordeel van de Hoge Raad te verkrijgen over een rechtsvraag in een voorliggende strafzaak. Ditzelfde argument kan gelding hebben voor een advocaat met ervaring in het procederen in strafzaken voor de rechtbank.

Gezien deze (mogelijke) betrokkenheden in een eventuele prejudiciële procedure in het strafrecht, ligt het in de rede om deze functionarissen in de strafrechtspleging te bevragen over de vraag of mogelijk is en zo ja, onder welke omstandigheden en voorwaarden, een prejudiciële procedure in strafzaken in te voeren.

Het voorgaande maakt dat bij het ontwerpen van het onderzoek de volgende functionarissen zijn geselecteerd voor een interview:

- Eén raadsheer in de Hoge Raad;
- Eén advocaat-generaal bij de Hoge Raad;
- Eén raadsheer in een gerechtshof;
- Eén rechter in een rechtbank;
- Eén officier van justitie;
- Eén advocaat.

Aan deze selectie is gaandeweg het onderzoek nog een interview met een rechter in een rechtbank toegevoegd, omdat bij de expert meetings onvoldoende vertegenwoordiging op dit niveau voorhanden was (zie hierna paragraaf 7.3). Uiteindelijk heeft geen interview met een raadsheer in een gerechtshof plaatsgevonden. De reden daarvoor wordt hieronder vermeld.

Gegeven deze keuze voor een bepaald type van functionarissen is vervolgens vastgesteld welke personen met een dergelijke functie kunnen worden geselecteerd voor het afnemen van interviews. De werkwijze is daarbij als volgt geweest.

Voor de persoon van de raadsheer in de Hoge Raad en de advocaat-generaal bij de Hoge Raad geldt dat contact is opgenomen met de president van de Hoge Raad respectievelijk de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad om te vragen wie met hun toestemming zou kunnen worden geïnterviewd. Daarmee heeft de selectie van de concrete personen plaatsgevonden

op het niveau van de Hoge Raad respectievelijk het Parket bij de Hoge Raad, zij het dat wij als onderzoekers een voorkeur hebben uitgesproken voor een advocaat-generaal bij de Hoge Raad die over het onderwerp van een mogelijke prejudiciële procedure in het strafrecht heeft gepubliceerd. Voor de raadsheer in de Hoge Raad is gekozen voor één van de raadsheren voorgedragen door de president van de Hoge Raad die niet tevens voorzitter van een van beide zetels is. Eén van de voorzitters van een zetel is namelijk geselecteerd voor een van de expert meetings.

De selectie van de personen van een rechter in een rechtbank en een raadsheer in een gerechtshof is vooral bepaald door het LOVS. Eén van de voorwaarden verbonden aan de toestemming van de Raad voor de rechtspraak voor het interviewen van feitenrechters, is dat uitsluitend het LOVS feitenrechters benadert voor medewerking aan een interview. De werkwijze van het LOVS is dat het Landelijk stafbureau van de LOVS verzoeken tot medewerking volgens een bepaalde toedelingssystematiek uitzet bij de gerechten, waarna de gerechten bepalen of zij meewerken en wie zij afvaardigen. Een en ander ligt geheel buiten de invloedssfeer van onderzoekers. Onderzoekers hebben niettemin suggesties voor mogelijke kandidaten kunnen doen. Daarbij is gelet op gebleken ervaring met of belangstelling voor de cassatiepraktijk. Ondanks aandringen door onderzoekers en suggesties voor mogelijke kandidaten werkzaam als raadsheer bij een van de gerechtshoven bleek het Landelijk stafbureau van het LOVS binnen een bestek van vier maanden niet staat binnen de looptijd van het onderzoek een raadsheer bereid te vinden om medewerking te verlenen aan het onderzoek.

Ter bepaling van de persoon van de te interviewen officier van justitie heeft het onderzoeksteam een officier van justitie gezocht met zodanig takenpakket dat mag worden verwacht dat die persoon in de uitoefening van zijn functie betrekkelijk regelmatig met rechtsvragen wordt geconfronteerd en waarbij het van belang is dat die rechtsvragen een voortvarende beantwoording krijgen. Tegen deze achtergrond heeft het onderzoeksteam de landelijk officier van justitie Terrorismebestrijding van het Landelijk Parket Rotterdam bereid gevonden medewerking te verlenen aan een interview.

Voor de keuze van een te interviewen advocaat is gezocht naar een advocaat met ervaring met zowel commune strafzaken als bijzondere strafzaken in eerste aanleg alsook hoger beroep, en die ervaring heeft met de cassatieprocedure bij de Hoge Raad.

7.3 Methodologie: selectie van deelnemers aan expert meetings

Aan de selectie van deelnemers voor de twee expert meetings liggen dezelfde afwegingen ten grondslag als aan de selectie van geïnterviewden. Ook hier is aangeknoopt bij functionarissen in de strafrechtspleging die bij een mogelijke prejudiciële procedure in het strafrecht betrokken zullen en/of kunnen zijn. Een bijkomend argument voor het maken van dezelfde selectie van functionarissen bij de interviews als de expert meetings is dat de expert meetings zijn ingezet als instrument om op kostenefficiënte wijze een ruimere kring van belanghebbende te kunnen spreken dan bij het gegeven onderzoeksbudget via interviews mogelijk zou zijn geweest. Door dezelfde soort functionarissen uit te nodigen voor de expert meetings kunnen de uitkomsten daarvan beter worden vergeleken met de uitkomsten van de interviews. Dat maakt het mogelijk om de uitkomsten van de expert meetings geïntegreerd met die van de interviews te verwerken (zie hierna). Voor de expert meetings is evenwel een categorie van functionarissen toegevoegd, namelijk de advocaat-generaal bij een ressortsparket. Vanuit de ressortsparketten pleegt immers coördinatie plaats te vinden van strafzaken waarin hoger beroep wordt ingesteld (mede) om bepaalde rechtsvragen aan de appelrechter voor te leggen. Dat zouden rechtsvragen kunnen zijn die via een eventuele prejudiciële procedure aan de Hoge Raad kunnen worden voorgelegd. Om

die reden is ook een advocaat-generaal die lid is van de Cassatiedesk van het Openbaar Ministerie benaderd.

Aangezien de expert meetings een ruimer aantal personen toelaten, is voor de categorieën van functionarissen die van een eventuele prejudiciële procedure in strafzaken gebruik kunnen maken gekozen om per expert meeting twee van deze functionarissen uit te nodigen.

Tegen de achtergrond van het voorgaande zijn per expert meeting de navolgende functionarissen zijn uitgenodigd:

- Eén raadsheer in de Hoge Raad;
- Eén advocaat-generaal bij de Hoge Raad;
- Twee raadsheren in een gerechtshof;
- Een advocaat-generaal bij het Ressortsparket en voor één expert meeting ook een advocaat-generaal die lid is van de Cassatiedesk van het Openbaar Ministerie;
- Twee rechters in een rechtbank;
- Een officier van justitie;
- Twee advocaten.

In het licht van deze keuze voor de functionarissen is vervolgens bepaald welke personen met een dergelijke functie kunnen worden geselecteerd voor het deelnemen aan de expert meetings. De werkwijze is daarbij als volgt geweest.

Voor de raadsheren in de Hoge Raad en de advocaten-generaal bij de Hoge Raad is dezelfde werkwijze gevolgd als bij de interviews, zie derhalve paragraaf 7.2. Evenzo voor de selectie van de rechters uit de gerechtshoven en de rechtbanken. Voor de advocaten-generaal bij de ressortsparketten zijn drie verschillende ressortsparketten benaderd in verband met landelijke spreiding, rekening houdend met de omstandigheid dat één advocaat-generaal lid moest zijn van de Cassatiedesk van het Openbaar Ministerie. Voor de selectie van officieren van justitie is dezelfde maatstaf gehanteerd als bij het interview, zie verder paragraaf 7.2. Voor de advocaten is per expert meeting onderscheiden tussen een advocaat met een praktijk in hoofdzakelijk commune strafbare feiten en met ervaring met cassatie en een advocaat met een praktijk in hoofdzakelijk strafzaken op het terrein van het bijzonder strafrecht en met ervaring met cassatie. Bij deze laatste type strafzaken pleegt dikwijls sprake te zijn van strafbare feiten die de overtreding van complexe, vaak technische, en/of veelvuldig veranderende voorschriften betreffen en waarbij doorwerking van Unierecht kan spelen, zodat zich gemakkelijk rechtsvragen kunnen manifesteren. Ook hebben verdachten in dergelijke strafzaken in algemene zin een ander profiel dan verdachten in reguliere commune strafzaken; zij zijn vaak in staat zelf rechtsbijstand te betalen en hebben soms specifiek belang bij het voorkomen van reputatieschade. Voorts is geworven onder advocaten die lid zijn van de Vereniging voor Cassatieadvocaten in Strafzaken (VCAS).

Op de feitenrechters na hebben alle hiervoor genoemde functionarissen aan de beide expert meetings deelgenomen. Bij een van de expert meetings ontbrak een raadsheer in een gerechtshof en waar voor beide expert meetings tezamen was voorzien in vier rechters in een rechtbank, is er in totaal slechts één rechter aanwezig geweest. Het benaderen van feitenrechters diende ingevolge de toestemming van de Raad van de rechtspraak te geschieden door het LOVS. De uitgezette en herhaalde verzoeken van het Landelijk stafbureau van het LOVS (zie over de werkwijze van het LOVS, paragraaf 7.2) om medewerking leverden, ondanks suggesties van onderzoekers voor mogelijke kandidaten, onvoldoende respons op. Om toch nog iets breder op het niveau van de rechter in eerste

aanleg te peilen wat opvattingen zijn over de vraag of het mogelijk is en zo ja, onder welke omstandigheden en voorwaarden, een prejudiciële procedure in strafzaken in te voeren, is besloten een extra interview met rechter in een rechtbank te houden.

7.4 Behoefte aan een prejudiciële procedure in het strafrecht

7.4.1 Algemeen

In de expert meetings wordt door de meeste deelnemers (gematigd) positief gereageerd op de vraag of er behoefte is aan de invoering van een prejudiciële procedure, waarbij wel wordt aangegeven dat die behoefte alleen binnen bepaalde (strikte) voorwaarden bestaat. Die voorwaarden zien onder meer op de termijn waarbinnen de vraag wordt beantwoord, die in strafzaken niet te lang mag zijn (zie paragraaf 7.10.3). Sommige participanten voelen deze behoefte wat minder sterk, gelet op de afspraken die binnen de rechterlijke macht zijn gemaakt over versnelling van procedures en de mogelijkheden die cassatie in het belang der wet in dit verband biedt. Daar wordt echter meteen aan toegevoegd dat niemand eigenlijk tegen een extra instrument kan zijn om snelheid te maken, zij het met een aantal mitsen en maren.

Een enkele deelnemer kan geen situatie bedenken waarin daadwerkelijk behoefte zou bestaan aan het stellen van een prejudiciële vraag. Het zou primair op de weg van de feitenrechter zelf liggen om rechtsvragen te beantwoorden (zie paragraaf 7.11.4). Dit kan met name bij gespecialiseerde kamers anders zijn, bijvoorbeeld als het gaat om onderwerpen als rechtsmacht en overgangsrecht. Het zou heel erg op prijs worden gesteld als over dit soort principiële vragen al bij voorbaat een helder richtinggevend oordeel bestaat.

In de expert meetings komt naar voren dat de behoefte aan een prejudiciële procedure in het strafrecht (wat) minder groot is dan in het civiele recht, vanwege de grotere instroom van strafzaken bij de Hoge Raad (minder 'hiaten in het zaaksaanbod'). Volgens één geïnterviewde zal in het strafrecht het aantal vragen zelfs veel beperkter zijn dan in het civiele recht. Deze functionaris ziet een vrij fundamenteel verschil tussen het strafrecht en het civiele recht, nu strafrechtelijke rechtsvragen veel sterker vervlochten zouden zijn met de feiten uit het strafdossier. Als sprake is van een dergelijke vervlechting leent de vraag zich niet meer voor beantwoording in de prejudiciële procedure. De mogelijkheid om prejudiciële vragen te stellen zal beperkt moeten zijn tot zaken waarin de rechtsvraag echt min of meer kan worden losgekoppeld van het voorliggende dossier (zie verder paragraaf 7.10.2.1).

Er zou echter een 'restcategorie' van zaken zijn waarin prejudiciële vragen nuttig zouden kunnen zijn. Daarbij wordt bijvoorbeeld gedacht aan 'megazaken', waarin het bezwaar van vertraging niet zo'n rol speelt. Het zou mooi zijn als een fundamentele strafvorderlijke discussie (bijvoorbeeld over de toelaatbaarheid van afspraken met een kroongetuige) in zo'n zaak kan worden losgekoppeld van de vaststelling van de feiten. Ook in een 'monsterproces' met veel slachtoffers kan het veel beter zijn om een langslepende procedure te voorkomen (zie ook paragraaf 8.5.4).

Vrijwel alle deelnemers zijn het er over eens dat – onder (strikte) voorwaarden – het instrument op zijn minst enig nut kan hebben. Men zou er echter geen overspannen verwachtingen van moeten hebben. Met name vanuit de advocatuur wordt door sommigen zelfs de vraag opgeworpen welk probleem met de invoering van een prejudiciële procedure nu wordt opgelost. Eén deelnemer vindt het lastig voorstelbaar dat een vraag zo belangrijk is voor de uitkomst van de zaak dat deze niet kan wachten op de normale procedure. Niet

iedereen ziet er een bezwaar in als verschillende feitenrechters verschillend oordelen over eenzelfde vraagstuk. Weliswaar is het voordeel van een prejudiciële procedure ten opzichte van cassatie in het belang der wet dat de partijen er in de concrete zaak iets aan hebben, maar anderzijds ontstaat er vertraging die vooral problematisch is als de verdachte zich in voorlopige hechtenis bevindt (zie verder paragraaf 7.11.1). Bovendien moet worden gewaakt voor overbelasting van de Hoge Raad en verstopping van het systeem, doordat de beantwoording van prejudiciële vragen voorrang zou krijgen boven gewone cassatieberoepen. Er moet een drempel worden opgeworpen, zodat men niet met elk 'wissewasje' naar de Hoge Raad kan gaan.

In vier van de zes interviews wordt zonder meer bevestigend geantwoord op de vraag of er behoefte zou bestaan aan een prejudiciële procedure in het strafrecht. Eén functionaris spreekt zelfs van een 'ei van Columbus'. Voor de kwaliteit van de rechtspleging is het van belang dat zo snel mogelijk duidelijkheid wordt verkregen over vragen die zich in heel veel individuele gevallen gaan voordoen. Als er een evidente rechtsvraag naar voren komt, waarvan men eigenlijk al weet dat er tot de Hoge Raad verder geprocedeerd zal worden, kan dit efficiënter zijn dan het doorlopen van de hele procedure. Als er naar aanleiding van nieuwe wetgeving tegelijkertijd heel veel zaken op de rechtbanken afkomen, en de Hoge Raad kan meteen de kaders schetsen, dan kan daar in alle andere zaken meteen gebruik van worden gemaakt. Soms kan het handig zijn om een vraag van te voren bij de Hoge Raad neer te leggen als er twee uiteenlopende interpretaties van hetzelfde wetsartikel mogelijk zijn. Men loopt dan niet het risico dat de ene rechtbank (of het ene gerechtshof) een andere uitleg geeft dan de andere rechtbank (of het andere gerechtshof), hetgeen tot rechtsongelijkheid zou kunnen leiden. Het is onwenselijk als over iets heel belangrijks door allerlei rechters een verschillende uitleg wordt gegeven. Dit zou het vertrouwen van de burger in de rechtspraak niet ten goede komen.

Twee van de geïnterviewde functionarissen zijn minder enthousiast over een prejudiciële procedure in het strafrecht. Er zouden op zichzelf wel een paar voorbeelden te bedenken zijn van zaken waarbij het stellen van een prejudiciële vraag voorstelbaar is, maar de vraag is of de urgentie dan zo groot is dat de normale procedure niet kan worden afgewacht. Gewaarschuwd wordt dat een 'top down'-benadering zou ontstaan, terwijl de voorkeur juist zou uitgaan naar een 'bottom up'-benadering, waarin de rechtsvormende taak primair bij de feitenrechters ligt (zie verder paragraaf 7.11.4). Dat er tijdelijk sprake is van rechtsongelijkheid weegt in deze opvatting minder zwaar dan de noodzaak van billijkheid in het concrete geval. Eén geïnterviewde is bovendien zeer beducht voor de vertragende werking van prejudiciële vragen binnen de strafprocedure. In een laatste interview wordt de toegevoegde waarde van een prejudiciële procedure in strafzaken gering genoemd. In het civiele recht zou het vooral gaan om nieuwe materieelrechtelijke vragen die rijzen in een groot aantal zaken, zodat het inderdaad praktisch en efficiënt is om daar alvast een antwoord op te hebben. In het strafrecht kan ook sprake zijn van een groot aantal verdachten, maar dat zal het vaak gaan om delicten als openlijke geweldpleging (art. 141 Sr) die inmiddels juridisch wel uitgekristalliseerd zijn. Als men de procedure in het strafrecht al zou willen invoeren zou het eerder moeten gaan om procesrechtelijke vragen. Deze geïnterviewde vraagt zich voorts af de prejudiciële procedure inderdaad zoveel sneller zal zijn dan de gewone weg van hoger beroep en cassatie. Er wordt kortom getwijfeld aan de voordelen, maar anderzijds worden er ook weinig nadelen gezien: bloed zal er niet vloeien uit de invoering, zo wordt gesteld.

7.4.2 Aantal zaken

In de expert meetings wordt de verwachting uitgesproken dat er per jaar niet meer dan vijf prejudiciële vragen zullen worden gesteld. Er wordt in de praktijk niet gestruikeld over heel

veel meer zwaarwegende zaken die met spoed een antwoord eisen. Bovendien kan het feit dat de verdachte in voorlopige hechtenis zit een reden zijn om de vraag niet te stellen, terwijl er aan twee kanten een poortwachter moet zijn (feitenrechter en Hoge Raad). Eén geïnterviewde acht het denkbaar dat het om tien gevallen per jaar zou kunnen gaan, een andere functionaris verwacht dat het er minder zullen zijn. Het aantal keren dat er sprake is van nieuwe wetgeving of rechtspraak waarbij een interpretatievraag speelt zal jaarlijks in het strafrecht toch wel op de vingers van één hand te tellen zijn, zo stelt hij. Volgens een andere geïnterviewde zou de regeling zelfs wel eens een dode letter kunnen blijven.

In een volgend interview wordt overigens opgemerkt dat de omstandigheid dat het middel niet veel gebruikt zal worden, niet betekent dat het niet nuttig is in die paar gevallen waarin het wel gebruikt wordt.

7.4.3 Stadium en instantie

De behoefte om een prejudiciële vraag te stellen zou vooral in eerste aanleg gevoeld worden, aldus enkele geïnterviewden. In hoger beroep levert het stellen van een vraag veel minder tijdswinst op, omdat men dan toch al bijna bij de Hoge Raad is. Eén professional wijst er op dat na een vraag in eerste aanleg nog in twee feitelijke instanties de juiste beantwoording van de rechtsvraag kan worden meegenomen. Bovendien zijn er veel meer rechtbanken dan gerechtshoven, zodat het risico op rechtsongelijkheid in eerste aanleg het grootst is.

Een goede rechter zal al voor de inhoudelijke behandeling van de zaak signaleren dat er een rechtsvraag speelt, zo wordt in een interview betoogd. Een goed moment om een prejudiciële vraag te stellen zou volgens een geïnterviewde de regiezitting zijn, omdat er dan toch al nadere onderzoekshandelingen aan de rechter-commissaris (R-C) worden gevraagd. De juridische vraag zou dan parallel kunnen worden uitgezet. De voorgeleiding of de raadkamer zou te vroeg zijn, omdat het dossier wel in een bepaalde fase moet zijn om de vraag scherp te formuleren. Anderzijds zal het stellen van een prejudiciële vraag tijdens de inhoudelijke behandeling leiden tot uitstel. Ook tijdens een expert meeting wordt de regiezitting als een geschikt moment genoemd. Alle betrokkenen kunnen zich er dan ook meteen op de zitting over uitlaten.

7.4.4 Voorbeelden van vraagstukken

Als wordt gevraagd naar voorbeelden van vraagstukken die met de prejudiciële procedure (snel) beantwoord (hadden) kunnen worden, worden in de expert meetings en de interviews een groot aantal uiteenlopende onderwerpen genoemd:

- Terrorismewetgeving, o.a. training voor terrorisme (art. 134a Sr) en terrorismelijsten
- Voorbereiding van illegale hennepteelt (art. 11a Opiumwet)
- Medeplegen (naar aanleiding van het overzichtsarrest HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474)
- Rechtsmacht
- Overgangsrecht
- Modernisering van het Wetboek van Strafvordering
- Witwassen (kwalificatieuitsluitingsgrond, zwart geld)
- Cybercrime; digitaal geld, bitcoins, internet (vgl. RuneScape)
- Bijzondere opsporingsbevoegdheden (het begrip ‘stelselmatig’)

- Rechtsbijstand bij het politieverhoor (Salduz); implementatie van verhoorbijstand (vragen aan de verdachte stellen na afloop of actieve bemoeienis tijdens het verhoor?)[1]
- Afvalstoffen (EVOA)
- Beklagzaken/rekesten (o.a. verschoningsrecht)
- Mobiel Toezicht Vreemdelingen
- Verklaring Omtrent het Gedrag (VOG)
- Alcoholslot en landbouwsubsidiekorting
- Vluchtelingen en vreemdelingen (valse paspoorten van asielzoekers)
- Staatsgeheimen
- (Virtuele) kinderporno
- Doorzoeking smartphone
- Voorlopige hechtenis
- Positie van de R-C
- Voorwaardelijk opzet (valt dat onder het opzetvereiste in een bepaald delict?)
- Vormverzuimen in de zin van art. 359a Sv (wanneer is sprake van een 'structureel' verzuim?)
- Kroongetuige
- 'Sextortion'

Meer in het algemeen wordt gedacht aan de uitleg van (complexe) nieuwe wetgeving, zowel op materieelrechtelijk als op strafvorderlijk terrein. Het kan dan bijvoorbeeld gaan om de afbakening van een wettelijke term (waarover de wetsgeschiedenis geen duidelijkheid geeft) of om de doorwerking van nieuwe jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Met name op het terrein van het sociaaleconomisch, financieel en bancair strafrecht zou een prejudiciële procedure goede diensten kunnen bewijzen.

De training voor terrorisme van art. 134a Sr wordt door meerdere professionals genoemd als een voorbeeld van een geval waarin een prejudiciële procedure nuttig had kunnen zijn. De memorie van toelichting bij deze strafbaarstelling is erg beknopt en voor meerdere interpretaties vatbaar. De eerste zaak ligt momenteel bij de Hoge Raad, maar dat is wel drie jaar nadat de rechtbank voor het eerst uitspraak deed. De vraag is dan bijvoorbeeld wat 'trainen' inhoudt: moet daarbij aan trainingskampen worden gedacht of kan iemand zichzelf ook trainen via internet? Bij dit voorbeeld wordt overigens door een andere deelnemer wel opgemerkt dat het lastig zal zijn om deze vraag in abstracto te beantwoorden, zonder te weten wat de verdachte gedaan heeft (zie verder paragraaf 7.10.2).

7.5 Potentiële voor- en nadelen

7.5.1 Versnelling of vertraging

Als nadeel van een prejudiciële procedure wordt algemeen gezien dat vertraging optreedt in de behandeling van de betreffende strafzaak. Voor een verdachte is het vervelend dat hij langer zal moeten wachten op een definitieve beslissing in zijn strafzaak. Bij grote zaken waarin toch al een regiezitting en een verwijzing naar de R-C plaatsvinden, met tien of twintig onderzoekswensen, zal de vertraging meevallen. In dergelijke gevallen kan de prejudiciële procedure parallel worden gevolgd (als een 'zijtraject'), zo wordt in twee interviews naar voren gebracht. In andere zaken, die al 'zittingsrijp' zijn, kan het stellen van een vraag wel vertragend werken. De verdediging, het Openbaar Ministerie en de rechter kunnen dan zelf een afweging maken of zij wel of niet een vraag (laten) stellen, gelet op de vertraging, waarbij ook nog relevant is of de verdachte in voorlopige hechtenis zit. Vooral als

[1] Vgl. in dit verband de prejudiciële vraag die hierover inmiddels is gesteld door de voorzieningenrechter: Rb. Den Haag 15 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:4049, en daarover paragraaf 6.5.4.

de verdachte preventief gedetineerd is zal het nadeel van vertraging veel groter zijn dan in civiele zaken, aldus een geïnterviewde (zie verder paragraaf 7.11.1).

Eén geïnterviewde vreest dat in een groot aantal zaken vertraging zal ontstaan. Daarbij moet niet alleen worden gekeken naar de zaken waarin een zinvolle prejudiciële vraag tot een versnelling kan leiden. Men moet ook de gevallen meenemen waarin de Hoge Raad zich om wat voor reden dan ook uiteindelijk niet inhoudelijk uitlaat over de vraag of een voor de hand liggend antwoord geeft. In die gevallen heeft de vraag alleen maar vertragende werking. Deze functionaris verwacht dat er in veel meer zaken sprake zal zijn van vertraging en slechts in enkele zaken van een versnelling. Anderzijds valt er absoluut wel winst (in de zin van versnelling) te behalen in andere zaken waarin een soortgelijke vraag speelt. Ook in een ander interview wordt gesteld dat het voordeel vooral bestaat in een bredere behoefte in de praktijk om niet jaren te wachten op een lopende procedure, meer dan in een snellere afdoening in één concrete zaak. Toch kan het voor mensen die echt een oordeel willen over een principieel punt ook een versnelling opleveren in hun eigen zaak, aldus een laatste respondent. In de eerste ronde moeten ze dan iets langer wachten op de uitspraak, maar daarmee wordt uiteindelijk veel tijd gewonnen doordat ze niet meer in hoger beroep en in cassatie hoeven te gaan.

7.5.2 Zaaksduur

In hoeverre de beantwoording van een prejudiciële vraag tot tijdswinst zal leiden, valt onmogelijk te zeggen, zo blijkt uit de expert meetings. Een kortere termijn dan zes maanden voor de beantwoording van een vraag door de Hoge Raad lijkt volgens de meeste deelnemers in elk geval niet haalbaar (zie verder 7.10.3).

7.5.3 Zaaksafname

Ook hier is de algemene opvatting in de expert meetings dat de vraag in hoeverre minder vaak hoger beroep of cassatie zal worden ingesteld, onmogelijk valt te beantwoorden. Het zou naïef zijn om te denken dat de beantwoording van een prejudiciële vraag zou voorkomen dat alsnog in hoger beroep of cassatie wordt gegaan. De prejudiciële beslissing betreft slecht één punt in de zaak, hoger beroep kan dan nog steeds ingesteld worden om bijvoorbeeld een lagere straf te krijgen. Een kostenreductie wordt niet door iedereen waarschijnlijk geacht, nu er juist een extra procedure bij komt. De versnelling die kan worden bereikt doordat minder vaak hoger beroep of cassatie wordt ingesteld wordt meteen gerelativeerd doordat de prejudiciële procedure zelf ook weer tijd kost, zo wordt het in een interview samengevat.

Er zou wel een 'ketenbreed' effect kunnen zijn, als in vele zaken dezelfde discussie te verwachten valt, maar dat valt onmogelijk te kwantificeren. Als er bijvoorbeeld duidelijkheid wordt verschaft over de wijze waarop invulling moet worden gegeven aan het recht op verhoorbijstand, kan de politie daar ook op inspelen. Het effect zal echter afhangen van de vraag die gesteld wordt en de overige omstandigheden van het geval. Als zoiets als 'massaschade' zich ook in het strafrecht zou voordoen, dan valt er inderdaad een efficiencyslag te maken, zo wordt gesteld in een interview. Er zouden dan ook minder zaken bij de Hoge Raad komen. Maar deze functionaris verwacht niet dat een dergelijke situatie zich vaak zal voordoen, terwijl hij evenmin verwacht dat een feitenrechter er in een concrete strafzaak vaak voor zal kiezen om eerst een prejudiciële vraag te stellen, als hij ook de gewone weg kan volgen. De rechter zal immers in het concrete geval een zorgvuldige afweging moeten maken en dan, de partijen gehoord hebbende, tot de slotsom moeten komen dat het voordelig is om de vraag te stellen. Het valt niet uit te sluiten dat sprake kan zijn van enige efficiencywinst als de Hoge Raad eerst antwoord kan geven op principiële

formele vragen die rijzen in één megazaak, bijvoorbeeld over de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie.

Een geïnterviewde voert wel aan dat als een bepaald punt bijvoorbeeld in 2013 duidelijk was geweest, dat er dan in 2014 en 2015 mensen misschien niet vervolgd zouden zijn. Het zou dan gaan om een verkortend effect in andere zaken, meer dan in de concrete zaak waarin de vraag gesteld is. Voorts hoeft er in ieder geval geen hoger beroep meer te worden ingesteld om iets voor te leggen wat duidelijk is. Of het appellen van de verdachte gaat remmen, durft deze geïnterviewde niet te zeggen, maar het zou misschien wel OM-appellen kunnen remmen. Op het moment dat een punt bij de rechtbank al uitgekristalliseerd is, hoeft het Openbaar Ministerie in ieder geval voor de rechtsvorming niet meer in hoger beroep te gaan. Ook in een ander interview wordt bevestigd dat met name aan de zijde van de verdediging andere factoren (zoals de strafmaat) van belang zijn bij de beslissing om in hoger beroep te gaan, terwijl het Openbaar Ministerie waarschijnlijk minder vaak hoger beroep zal instellen om meer principiële redenen. De vraag die in eerste aanleg door de Hoge Raad is beantwoord hoeft in hoger beroep in elk geval geen onderwerp van debat meer te zijn, zo merkt een respondent op.

7.5.4 Waardering van de uitspraak

Men is het er in de eerste expert meeting over eens dat er meer gezag aan een uitspraak van de rechtbank of het hof kan worden toegekend als een prejudiciële vraag is beantwoord in de procedure. 'Legitimatie' of 'acceptatie' zou in dit verband een betere formulering zijn dan 'waardering', zoals het in de vragenlijst van het WODC wordt omschreven. Naar een dergelijke uitspraak kan volgens één geïnterviewde met meer recht worden verwezen, aangezien daarmee indirect wordt verwezen naar een uitleg door de Hoge Raad. Het oordeel van de Hoge Raad is in feite in het vonnis geïncorporeerd.

Veel zal overigens afhangen van de motivering van deze uitleg, zo komt in een expert meeting naar voren. Eén deelnemer voert aan dat een uitspraak van de Hoge Raad niet per definitie 'beter' hoeft te zijn. Een ander meent dat het wel een meerwaarde heeft als de Hoge Raad heeft bepaald wat rechtens is. Als men aan de Hoge Raad een groot gezag toekent, zal dat positief uitpakken voor de uitspraak van de feitenrechter, aldus een professional. Iemand anders merkt op dat dit alleen zal gelden voor het specifieke punt waarop een vraag is gesteld, voor andere onderdelen van de uitspraak (zoals de strafmaat) is dit niet relevant.

7.6 Alternatieven

7.6.1 Cassatie in het belang der wet

Uit verschillende interviews en uit de expert meetings komt naar voren dat cassatie in het belang der wet geen volwaardig alternatief is voor een prejudiciële procedure. In de eerste plaats kan het instellen van dit buitengewone rechtsmiddel niets meer afdoen aan de positie van de partijen in de betreffende zaak. Voor andere zaken kan cassatie in het belang der wet wel een alternatief zijn, omdat er (snel) een oordeel van de Hoge Raad ligt en men niet meer de hele procedure hoeft te doorlopen. Men kan dus al binnen een heel korte termijn een beslissing van de Hoge Raad hebben. Maar in de lopende procedure zelf valt de kracht van gewijsde niet meer aan te tasten en is de uitspraak niet meer te corrigeren. Aangezien cassatie in het belang der wet pas kan worden ingesteld als de zaak onherroepelijk is, kan de introductie van een prejudiciële procedure in dit opzicht voor een versnelling zorgen. Deze procedure kan dan toch een meerwaarde hebben, omdat vaker en sneller bepaalde problemen aan de orde worden gesteld, aldus een geïnterviewde. De Hoge Raad kan als het ware tussentijds bijsturen als het gaat om een fundamenteel thema.

Een wijziging van cassatie in het belang der wet in de zin dat deze wel gevolgen zou hebben voor de positie van partijen wordt door één geïnterviewde onwenselijk gewacht, aangezien een onherroepelijke zaak ook onherroepelijk moet blijven en niet als een zwaard van Damocles boven het hoofd van mensen moet blijven hangen.

Een interessant punt bij de prejudiciële procedure is dat de rechter en de procespartijen de mogelijkheid krijgen om een vraag voor te (laten) leggen. Ze zijn dan niet meer afhankelijk van het beleid van de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad en de mate waarin deze toepassing geeft aan cassatie in het belang der wet. Eén respondent meent dat de weg van cassatie in het belang der wet minder toegankelijk is en dat de drempel daar net iets te hoog ligt. Een andere geïnterviewde werpt de vraag op in hoeverre de Procureur-Generaal in staat is om te signaleren wat er speelt in het land. Overigens kan cassatie in het belang der wet ook worden gevorderd op verzoek van een procespartij (of van een derde), maar de 'filter' is een andere; alleen de Procureur-Generaal is uiteindelijk bevoegd om dit rechtsmiddel in te stellen.

Een aanpassing van de procedure waarbij de Procureur-Generaal op verzoek van partijen verplicht zou worden om cassatie in het belang der wet in te stellen, wordt onwenselijk geacht. Wel wijst een geïnterviewde op het beleid dat de huidige Procureur-Generaal is begonnen om wat actiever gebruik te maken van het middel, waarbij als het ware zaken worden gezocht die zich lenen voor het snel beantwoorden van bepaalde rechtsvragen die leven in het veld. Als het gaat om vragen die in veel strafzaken spelen, is het niet zo moeilijk om een zaak te vinden die zich leent als kapstok om een dergelijke vraag te laten beantwoorden. Er is wel nagedacht over de mogelijkheid om (net als in het civiele recht) een commissie in het leven te roepen die de Procureur-Generaal adviseert over het instellen van cassatie in het belang der wet. Een verschil met het civiele recht is echter dat het Openbaar Ministerie in het strafrecht een rol speelt als 'repeat player', waardoor veel sneller informatie beschikbaar is over bepaalde rechtsvragen die leven.

In dit interview wordt wel het probleem gesignaleerd dat soms behoefte bestaat aan de beantwoording van bepaalde rechtsvragen, terwijl er geen (afgesloten) strafzaak voorhanden is die zich leent voor cassatie in het belang der wet. Naar aanleiding van de uitspraak van het EHRM in de Scoppola-zaak is er bijvoorbeeld een veel oudere zaak bij gezocht om toepassing van dit rechtsmiddel mogelijk te maken. Het zou denkbaar zijn om de Hoge Raad ook buiten het verband van een concrete strafzaak om rechtsvragen te laten beantwoorden, maar – zo erkent deze geïnterviewde – dat zou wel een heel principiële stap zijn. Er zouden in elk geval waarborgen moeten zijn om er voor te zorgen dat de Procureur-Generaal niet zelfstandig allerlei vragen op de agenda kan zetten die niet leven in de feitenrechtspraak. Er zou best iets voor te zeggen zijn om ook de advocatuur en het Openbaar Ministerie hierbij te betrekken, zij het dat het dan verstandig zou zijn om een soort adviserend lichaam de vragen te laten filteren (zoals nu bij cassatie in het belang der wet in civiele zaken). Een dergelijke constructie zou aansluiten bij de invulling die tegenwoordig wordt gegeven aan de cassatierechtspraak, waarbij steeds meer het accent komt te liggen op rechtsvorming en rechtseenheid. Daar past op zichzelf bij dat de Hoge Raad abstracte rechtsvragen beantwoordt die het belang van de concrete rechtszaak overstijgen. Dat geldt overigens ook voor cassatie in het belang der wet en voor de mogelijkheid om prejudiciële vragen te stellen.

In de expert meetings en de interviews wordt benadrukt dat de beide mogelijkheden (een prejudiciële procedure en cassatie in het belang der wet) elkaar niet uitsluiten, maar – net als in het civiele recht – naast elkaar kunnen bestaan en elkaar kunnen aanvullen. Als om

wat voor reden dan ook geen prejudiciële vraag wordt gesteld in een bepaalde zaak, bijvoorbeeld omdat de feitenrechter een mogelijke prejudiciële vraag niet als zodanig herkent en meent dat hij een juiste beslissing geeft, kan de Procureur-Generaal alsnog in actie komen. Cassatie in het belang der wet is vooral bruikbaar om in het belang van de rechtseenheid een onjuiste beslissing achteraf te corrigeren en in gevallen waarin geen gewoon rechtsmiddel openstaat (Wet Mulder, Overleveringswet, rekestzaken, art. 12 Sv-procedure, Wet DNA-onderzoek bij veroordeelden, etc.). Dat neemt niet weg, zoals in twee interviews wordt opgemerkt, dat cassatie in het belang der wet in de huidige situatie een deel van de functie vervult die ook een prejudiciële procedure zou kunnen vervullen, namelijk een bijdrage leveren aan de algemene rechtsontwikkeling.

7.6.2 Sprongcassatie

Net als cassatie in het belang der wet kan ook sprongcassatie eigenlijk niet tippen aan een echte prejudiciële procedure, zo wordt gesteld in de expert meetings en in een interview, omdat de verdachte dan een feitelijke instantie mist. Beide partijen zullen er bovendien mee in moeten stemmen dat een instantie wordt overgeslagen. Als het met instemming van alle partijen gebeurt, en de feiten helder zijn, ziet men geen principiële bezwaren. In dat geval kan inderdaad tijdswinst worden geboekt. Het overslaan van een instantie betekent echter wel dat men niet de denkkracht van een ander gerecht (het gerechtshof) kan benutten bij het beantwoorden van de rechtsvraag. Het wordt bovendien voorstelbaar geacht dat beide partijen (en met name de verdediging) vanuit hun eigen belang lang niet altijd zullen instemmen met sprongcassatie. Het voordeel van een prejudiciële procedure ten opzichte van sprongcassatie is dat een rechter die het noodzakelijk vindt dat een bepaalde vraag wordt beantwoord, niet afhankelijk is van de instemming van beide partijen.

Gesteld wordt dat sprongcassatie in het civiele recht ook niet echt goed functioneert. Eén deelnemer aan de tweede expert meeting kan zich voorstellen dat deze rechtsfiguur enig nut kan hebben als het puur gaat om een proefproces in bijvoorbeeld het economisch strafrecht. De meeste deelnemers vinden het echter onnatuurlijk om meteen te sprong naar de Hoge Raad te maken. Voor de verdediging zou het ook geen logische strategie zijn om alles te zetten op één juridisch punt, terwijl er nog een hoger beroepsmogelijkheid open staat. Uiteindelijk ontstaat ook in de tweede expert meeting consensus over de vaststelling dat sprongcassatie eigenlijk geen soelaas biedt.

7.6.3 Overige alternatieven

Ook de informele procedure om bepaalde zaken versneld af te doen (ook wel bekend als de 'fast lane') komt ter sprake in de expert meetings en de interviews. Als de volledige 'gewone' procedure binnen een half jaar tot een jaar kan worden doorlopen, is een prejudiciële vraag dan nog veel sneller, zo vraagt een deelnemer zich af. De rechtspraak over het rookverbod in de horeca geldt als een voorbeeld van deze 'snelweg' naar de Hoge Raad. Opgemerkt wordt dat over de Salduz-jurisprudentie van het EHRM al binnen zeven maanden een arrest van de Hoge Raad lag.

Volgens één geïnterviewde kan deze informele procedure om zaken sneller bij de Hoge Raad te krijgen echter geen volwaardige vervanger voor een prejudiciële procedure zijn. Van rechtbank naar Hoge Raad in een jaar lijkt volgens deze functionaris al zeer ambitieus en eigenlijk onmogelijk, dus dan heeft men nog steeds te maken met anderhalf jaar onduidelijkheid. Ook een andere geïnterviewde stelt dat de zaak dan nog steeds over twee schijven moet gaan; de feiten moeten bij het hof nog eens helemaal uitgekauwd worden. Ook hier geldt overigens (net als bij cassatie in het belang der wet) dat deze instrumenten gewoon naast elkaar kunnen bestaan en elkaar kunnen aanvullen. Zo zou men alsnog een

snelle behandeling kunnen inzetten nadat de Hoge Raad de prejudiciële vraag niet-ontvankelijk heeft verklaard.

In sommige gevallen krijgt de Hoge Raad een 'seintje' dat een aantal vergelijkbare zaken bij de gerechtshoven liggen, met het verzoek om snel uitspraak te doen in een bepaalde procedure. Al in een heel vroeg stadium kijkt een soort selectieteam naar de binnengekomen schrifturen en scheidt de schapen van de bokken. Aldus wordt veel eerder gesignaleerd of er problemen in een zaak zitten, zo wordt gesteld. Zo kunnen bijvoorbeeld bepaalde soorten zaken (verschoningsrecht, dodelijke slachtoffers) er onmiddellijk worden uitgepikt. Deze nieuwe werkwijze heeft ook als 'positieve bijwerking' dat ruimte ontstaat om met het eerder bedoelde type verzoeken om te gaan. Dat gebeurt op ad hoc-basis, in de zin dat er geen uitgebreid en systematisch overleg is met de gerechtshoven hierover. Men probeert wel om de contacten met de hoven te verbeteren, maar het initiatief komt toch vaak van bepaalde gerechten in den lande of van het Openbaar Ministerie.

Als nadeel van de informele procedure wordt in de expert meetings het gebrek aan transparantie genoemd. Het voordeel van prejudiciële vragen is dat deze in elk geval open op tafel liggen. Soms (in vrij exceptionele gevallen) zou een prejudiciële procedure de voorkeur verdienen omdat daarmee voorkomen kan worden dat veel zaken gecasseerd moeten worden en 'over moeten worden gedaan'.

Verder wordt opgemerkt dat binnen het Openbaar Ministerie al heel veel gebeurt aan 'rechtsvorming', onder meer door de Cassatiedesk en het wetenschappelijk bureau (WBOM). Tevens worden de verschillende overzichtsarresten aangehaald die de Hoge Raad over bepaalde onderwerpen heeft gewezen de laatste jaren. Gesteld wordt dat het huidige instrumentarium best goed werkt.

7.7 Rechtsvorming

7.7.1 Bijdrage aan de rechtsvorming

In een interview is geopperd dat het voor zich spreekt dat een prejudiciële procedure bijdraagt aan de rechtsvorming door de Hoge Raad, in de zin dat er eerder rechtsvorming plaatsvindt. Op de lange termijn is het netto resultaat echter hetzelfde, omdat die rechtsvorming anders ook zou plaatsvinden als de zaak de hele procedure doorloopt; het duurt dan alleen een paar jaar langer. Ook in een ander interview wordt gesteld dat dezelfde vragen uiteindelijk via de normale procedure ook wel bij de Hoge Raad terecht zouden komen, zodat er per saldo niet méér aan rechtsvorming wordt gedaan.

In sommige zaken kan een prejudiciële vraag – afgezien van cassatie in het belang der wet – de enige manier zijn om bij de Hoge Raad te komen. Vooral de art. 12 Sv-procedure lijkt een belangrijke categorie te zijn. Tot slot wordt in een interview opgemerkt dat de rechter bij het stellen van de vraag niet afhankelijk is van partijen, zodat een ingewikkelde rechtsvraag ook aan de Hoge Raad kan worden voorgelegd in gevallen waarin geen cassatie wordt ingesteld.

7.7.2 Positie van de Hoge Raad als cassatierechter

Volgens één van de professionals is het voorstelbaar dat het aantal 'echte' cassatieprocedures gaat afnemen op het moment dat wezenlijke punten al vooraf duidelijk zijn. Maar dat raakt de positie van de Hoge Raad als cassatierechter uiteindelijk waarschijnlijk niet, want de Hoge Raad spreekt dan ook door de beantwoording van de prejudiciële vragen. Een vraag die in de expert meetings wordt opgeworpen is of de Hoge Raad zichzelf niet voor de voeten gaat lopen als een prejudiciële vraag is beantwoord die

vervolgens in dezelfde zaak weer aan de orde komt in cassatie. In een interview wordt daarover opgemerkt dat dit voor de Hoge Raad een reden kan zijn om heel voorzichtig te zijn met het beantwoorden van bepaalde vragen. Waar de beantwoording mede afhangt van de feiten in de concrete zaak vallen geen klip-en-klare antwoorden te verwachten (eerder 'vlees noch vis'-antwoorden). Het oordeel van de Hoge Raad staat in dit verband niet in de sleutel van de toetsing van de begrijpelijkheid of de motivering van het arrest van het hof, maar in die van beantwoording van een scherpe abstracte rechtsvraag.

Een deelnemer aan een expert meeting suggereert dat het goed zou zijn als de Hoge Raad weet wat er speelt in het land. Een prejudiciële procedure zou daaraan kunnen bijdragen, zo bevestigt een geïnterviewde, die stelt dat (het Parket bij) de Hoge Raad nu ook al een vorm van voeling probeert te ontwikkelen met de feitenrechtspraak. In een ander interview wordt het interessant genoemd dat de Hoge Raad rechtstreeks 'zaken gaat doen' met de rechtbanken, zodat hij mogelijk dichterbij de praktijk komt te staan en openstaande vragen hem sneller bereiken. Zoals een derde respondent aangeeft zal de feitenrechter normaal gesproken niet willen dat een rechtsmiddel tegen zijn uitspraak wordt ingesteld, terwijl hij in het kader van de prejudiciële procedure juist wel een beslissing van de Hoge Raad wil. De rechter krijgt nu tijdig duidelijkheid, zodat zijn uitspraak niet vernietigd hoeft te worden.

In een interview wordt nog naar voren gebracht dat een prejudiciële procedure geen consequenties zou hebben voor de positie van de Hoge Raad, gelet op de wijze waarop de Hoge Raad tegenwoordig met reguliere cassatieprocedures en met cassatie in het belang der wet omgaat. Daar neemt de Hoge Raad ook de vrijheid om eigenlijk buiten het geschil om toch allerlei vragen te beantwoorden, als hij daar zelf de tijd rijp voor acht. Ook als het gaat om een klacht die niet voor het eerst in cassatie kan worden aangevoerd en/of met toepassing van art. 81 RO wordt afgedaan, kan de Hoge Raad in abstracto overwegen wat in het algemeen rechtens is. De huidige taakopvatting van de Hoge Raad past heel goed bij de beantwoording van prejudiciële vragen en omgekeerd.

7.8 Rechtszekerheid en rechtseenheid

7.8.1 Bijdrage aan de rechtseenheid

Als in soortgelijke zaken een rechter in Almelo vrijspreekt terwijl men daar in Alkmaar anders over denkt, kan de verdediging in een Alkmaarse zaak de rechter verzoeken om deze vraag voor te leggen aan de Hoge Raad. Aldus wordt het belang van rechtseenheid samengevat in één van de expert meetings. Ook in een interview wordt het heel onwenselijk genoemd als het van de plaats waar men vervolgd wordt zou afhangen, of men bestraft wordt of niet. Dit bezwaar zou zwaarder wegen dan – kort gezegd – het primaat van de feitenrechtspraak (zie paragraaf 7.11.4), waarbij de Hoge Raad pas jaren later zijn licht over de vraag zou laten schijnen.

Een andere geïnterviewde benadrukt juist het tijdelijke karakter van de rechtsongelijkheid. Het is uiteraard vervelend als mensen achteraf 'ten onrechte' vervolgd blijken te zijn. Maar als de Hoge Raad te snel zou zeggen dat bepaalde gedragingen niet onder de strafwet vallen zou de wetgever zich genoopt kunnen achten om al heel snel de wet weer te gaan uitbreiden. Een voorbeeld is de terrorismewetgeving, waar de wetgever veel voelt voor een heel krachtige aanpak. Dat risico zou minder groot zijn als een aantal rechters uit verschillende arrondissementen hun oordeel over de kwestie hebben geveld. Dan speelt ook minder het gevaar dat de Hoge Raad gepolitiseerd wordt. Uiteindelijk bevordert iedere uitspraak van de Hoge Raad de rechtseenheid, zo wordt in een ander interview gesteld. Het moment waarop het dispuut wordt beslecht wordt alleen naar voren gehaald, aldus een laatste respondent.

7.8.2 Invloed op lopende strafprocedures

Als er bij verschillende rechtbanken zaken lopen waarin een bepaalde vraag speelt en in één van die zaken wordt een vraag gesteld, dan is het voorstelbaar dat de rest een pas op de plaats gaat maken in afwachting van de beantwoording van die vraag, aldus een geïnterviewde professional. Dit kan in die zaken ook weer tijdsverloop voor een verdachte met zich brengen. In een expert meeting komt de vraag aan de orde of dit zou moeten leiden tot een verplichting om de zaak aan te houden. Dat zou volgens een deelnemer kunnen leiden tot 'enorme ophopingen' van zaken die stil komen te liggen. Er lijkt consensus te bestaan over het feit dat dit een discretionaire bevoegdheid van de betreffende feitenrechter moet zijn, waarbij bijvoorbeeld weer een rol kan spelen of de verdachte zich in voorlopige hechtenis bevindt. Het is en blijft de verantwoordelijkheid van de behandelende rechter om alle belangen in elk individueel geval goed af te wegen. Alleen de zittingscombinatie kan goed beoordelen of de belangen van de procespartijen onevenredig worden benadeeld door het stellen van de vraag en de vertraging die daardoor ontstaat. Daar kan men geen wettelijke regel van maken, bijvoorbeeld in de zin dat alle zaken van rechtswege aangehouden worden. Een andere rechter kan zich overigens ook heel goed in staat achten om de rechtsvraag zelf te beantwoorden.

In één interview wordt naar voren gebracht dat het niet altijd aantrekkelijk is als soortgelijke zaken allemaal worden stilgelegd. Voor de Hoge Raad is het vaak handig om zicht te hebben op meerdere zaken en om meerdere feitelijke constellaties te kennen.

7.9 Belangen van procesdeelnemers

7.9.1 Belang(en) van de verdachte en diens raadsman

Een verdachte die een gunstig antwoord op de vraag verwacht, zal er belang bij hebben dat hij dit antwoord zo snel mogelijk krijgt, zo stelt een geïnterviewde. Het kan immers van de beantwoording van de prejudiciële vraag afhangen of er wel of geen veroordeling volgt, bijvoorbeeld als het gaat om de reikwijdte van een strafbepaling. In een ander interview en in een expert meeting wordt naar voren gebracht dat als iemand vastzit op basis van de verkeerde juridische werkelijkheid en de uitleg van de advocaat wordt gevolgd door de Hoge Raad, de verdachte in eerste aanleg al in vrijheid wordt gesteld. Dit terwijl hij anders wellicht vast was blijven zitten in hoger beroep, cassatie en weer terug naar het hof. Daarbij wordt wel aangetekend dat het de vraag is hoeveel mensen in voorlopige hechtenis zitten op basis van de uitleg van een juridische term. Dit voordeel kan voor een advocaat financieel gezien bovendien tegelijkertijd een nadeel zijn, nu er minder uren kunnen worden gedeclareerd. Voor bepaalde verdachten kan elk halfjaar uitstel meegenomen zijn, zo voegt een geïnterviewde hier nog aan toe. Ook in een ander interview wordt gesteld dat de belangen minder zuiver kunnen zijn, bijvoorbeeld als de rechter wordt 'bestookt' met vragen om te vertragen en zo uiteindelijk de straf te beïnvloeden (zie ook paragraaf 7.11.3).

In een expert meeting komt ter sprake dat de verdachte een 'one shotter' is en geen 'repeat player'. Hier zit een fundamentele disbalans tussen de verschillende partijen in het strafproces. Het belang van de verdachte is niet het krijgen van rechtszekerheid voor andere zaken. Rechtseenheid en rechtsontwikkelingen zijn geen belangen van de verdachte.

7.9.2 Belang(en) van het Openbaar Ministerie

Als een vraag in meerdere zaken speelt, zal het Openbaar Ministerie er belang bij hebben om sneller duidelijkheid te hebben, aldus een professional. Op sommige terreinen, zoals terrorisme, opereert het Openbaar Ministerie op de scheidslijn van wat strafbaar is en wat

niet. Bij terrorisme moet ook voortijdig worden ingegrepen. Daarbij spelen veel discussies over wat strafbaar gedrag is. Het zou heel goed zijn om daar nu al antwoord op te krijgen, in plaats van vijf jaar te moeten wachten op een antwoord van de Hoge Raad. Dat geeft het Openbaar Ministerie ook de mogelijkheid om te kiezen waar wel en waar niet in wordt geïnvesteerd. In een ander interview worden de recente zaken met betrekking tot art. 11a Opiumwet aangehaald als voorbeeld. Daar ziet men het Openbaar Ministerie worstelen met de invulling die aan dit wetsartikel moet worden gegeven. De uitspraken van verschillende rechtbanken hierover lopen uiteen. Het Openbaar Ministerie zal waarschijnlijk veel behoefte hebben aan een richtinggevende uitspraak van de Hoge Raad op dit punt.

7.9.3 Belang(en) van het slachtoffer en eventuele nabestaanden

Er bestaat vrij algemeen overeenstemming over het feit dat het slachtoffer in het algemeen niet is gebaat bij het stellen van een prejudiciële vraag, gezien de vertraging die dit met zich mee brengt. Integendeel, het slachtoffer zal veeleer behoefte hebben aan een snelle beslissing. Voor slachtoffers is het in veel gevallen moeilijk te verteren als de zaak wordt aangehouden. Slechts in één interview wordt gesteld dat een slachtoffer in zijn algemeenheid ook snel duidelijkheid zal willen. Het Openbaar Ministerie zou het belang van het slachtoffer kunnen meewegen bij de beslissing om wel of niet te verzoeken om een prejudiciële vraag. Dat zou ook onderwerp kunnen zijn van een gesprek van de officier met een slachtoffer, om uit te leggen waarom wel of geen vraag gesteld wordt. Ook zou de rechter richting het slachtoffer moeten motiveren waarom hij beslist om een prejudiciële vraag te stellen, aldus een professional.

Eén geïnterviewde merkt expliciet op dat hij geen rol zou willen geven aan het slachtoffer in de zin van het zelf kunnen activeren van de procedure. Maar dat hangt samen met de principiële visie die men heeft op de rol van het slachtoffer in het strafproces, zo wordt erkend. Vanuit diezelfde visie zijn verschillende respondenten van mening dat het slachtoffer tijdens de procedure bij de Hoge Raad geen inbreng zou moeten hebben, nu het daar gaat om de juridische uitleg en niet om de gevolgen voor het slachtoffer (zie verder paragraaf 7.10.6).

7.10 Inrichting van een eventuele prejudiciële procedure in het strafrecht

7.10.1 Procedurele beperkingen

In de meeste interviews wordt benadrukt dat de rechter uiteindelijk moet beslissen of de vraag wordt gesteld en de argumenten van het Openbaar Ministerie en/of de verdediging om dat (niet) te doen, moet wegen. De partijen moeten het niet kunnen afdwingen. Vanuit de advocatuur wordt echter de vraag opgeworpen of de verdediging en het Openbaar Ministerie niet zelf rechtstreeks en in een vroeg stadium prejudiciële vragen aan de Hoge Raad zouden moeten kunnen stellen. Er zou veel winst mee te behalen zijn als men als advocaat rechtstreeks met een goed verhaal naar de Hoge Raad zou kunnen stappen. Ook het Openbaar Ministerie zou de vervolgingsbeslissing kunnen laten afhangen van de uitleg van een bepaald begrip in een zaak waarin grote belangen spelen. Dat zou het geval kunnen zijn als een massale toeloop van nieuwe zaken wordt verwacht over een bepaalde kwestie. Om te voorkomen dat dan vervolgingen worden gestart waarvan de Hoge Raad vier jaar later zegt dat dit onterecht is, zou het voorstelbaar zijn om zo'n vraag in een vroeg stadium voor te leggen. Vanuit de ultimum remedium-gedachte zou het de voorkeur verdienen als er helemaal geen rechtsgang hoeft te worden gestart.

De meeste participanten zijn echter van oordeel dat het stellen van de vraag altijd via de rechter zou moeten, onder meer om de normale rechtsgang zo min mogelijk te doorkruisen. De Hoge Raad is geen adviesinstantie; rechtsvragen kunnen ook aan de wetenschap worden

voorgelegd. Dit betekent tevens dat de vraag pas gesteld kan worden als de zaak onder de rechter is en niet in een eerder stadium (tijdens het vooronderzoek). De rechter moet als 'filter' fungeren en beoordelen of aan de ingangsvoorwaarden is voldaan en of er een zaaksoverstijgend belang is. Een advocaat heeft andere belangen dan alleen een goede uitleg van het recht, zo wordt in een interview gesteld. De rechter moet ook in staat worden geacht om een goede (zuivere) rechtsvraag te formuleren, waarbij overigens (net als in het civiele recht) de standpunten van de partijen zouden kunnen worden vermeld. Ook in een interview wordt gewezen op het grote belang van de formulering van de vraag, waaraan de Hoge Raad immers met handen en voeten gebonden zal zijn. Als de vraag onvoldoende scherp is geformuleerd krijgt men alsnog geen (of een nietszeggend) antwoord.

In de tweede expert meeting bestaat consensus over de opvatting dat het moet gaan om een beslissing van de feitenrechter die ook geroepen is om de einduitspraak te geven. De R-C zou deze mogelijkheid niet moeten krijgen. In één interview wordt echter aangevoerd dat juist de R-C aanloopt tegen juridische discussiepunten die zich in heel veel gevallen voordoen. Om een vraag te kunnen stellen zou een volledig procesdossier niet per se nodig zijn, zolang maar duidelijk is dat de betreffende vraag van doorslaggevend belang is voor de afdoening van de zaak. In veel gevallen zou al in een vrij vroeg stadium duidelijk zijn dat een bepaalde vraag van grote betekenis is. In de eerste expert meeting wordt nog de vraag opgeworpen of het Openbaar Ministerie een prejudiciële vraag moet kunnen stellen als een strafbeschikking wordt opgelegd. In een interview wordt eveneens de aandacht gevestigd op 'massazaken' die met een transactie of een strafbeschikking worden afgedaan.

Eén deelnemer aan een expert meeting vraagt zich (net als één geïnterviewde) af of de mogelijkheid om een prejudiciële vraag te stellen in hoger beroep niet zou moeten worden uitgesloten. Het arrest van het hof is immers gewoon vatbaar voor cassatie en dan valt er weinig systeemwinst te halen. Het zou dan weinig uitmaken of de Hoge Raad nu een arrest wijst of een beslissing op een prejudiciële vraag neemt. Hier wordt tegenin gebracht dat er toch wel een verschil is tussen een rechtsvraag en een feitelijke analyse. Daarom zou het toch tijdswinst kunnen opleveren als de rechtsvraag eerst aan de Hoge Raad wordt voorgelegd. De betreffende geïnterviewde voegt hier bovendien zelf aan toe dat zich in hoger beroep ook nog nieuwe ontwikkelingen kunnen voordoen, vanwege nieuw onderzoek dat dan pas bekend is.

In één interview wordt benadrukt dat het moet gaan om een bevoegdheid van de rechter, maar niet om een verplichting. De rechter moet de mogelijkheid behouden om de vraag zelf te beantwoorden, zonder dat het 'fout' wordt om geen prejudiciële vraag te stellen.

7.10.2 Materiële beperkingen

7.10.2.1 Zuivere en gemengde rechtsvragen

Uit de expert meetings en in één interview is naar voren gekomen dat de prejudiciële procedure strikt beperkt zou moeten worden tot zuivere rechtsvragen, bijvoorbeeld de uitleg van (de bestanddelen van) een wetsartikel. 'Gemengde' vragen horen dan niet in de procedure thuis. Het zou alleen moeten gaan om strikt geïsoleerde juridische vragen, om zuiver technisch-juridische kwesties; de feiten zijn immers nog niet vastgesteld. In de tweede expert meeting bestaat hier consensus over. In de eerste expert meeting acht een enkeling het voorstelbaar dat een uitzondering wordt gemaakt in de situatie waarin Openbaar Ministerie en verdediging het eens zijn over de feiten. Eén geïnterviewde formuleert het als volgt: het moet gaan om een vraag die beantwoord kan worden zonder dat de Hoge Raad kennis hoeft te nemen van het dossier. Aldus wordt voorkomen dat hij op de stoel van de feitenrechter gaat zitten. Het zou in dit verband voordelen kunnen hebben als de Hoge Raad de vraag zou kunnen herformuleren, maar dat zou dan wel met

terughoudendheid moeten gebeuren om te voorkomen dat antwoord niet meer aansluit op de aanvankelijk gestelde vraag.

Een andere geïnterviewde wijst op het gevaar dat de feitelijke waardering wordt 'weggegeven' aan de Hoge Raad. Anderzijds acht deze professional het in bepaalde gevallen aanlokkelijk om de feitelijke context weer te geven in de vorm van een 'lijstje' van relevante omstandigheden. In het strafrecht kunnen rechtsvragen (bijvoorbeeld over de betekenis van voorbedachte raad of ontucht) immers vaak niet los worden gezien van de feitelijke achtergrond. Ook in andere interviews wordt de vraag opgeworpen of het onderscheid vol te houden is, omdat iedere rechtsvraag uiteindelijk berust op een feitencomplex. Ook zuivere rechtsvragen hebben hun oorsprong in de feiten van de betreffende zaak. Voor zover de feiten niet betwist zijn en door de verdachte zijn erkend, zou het niet bezwaarlijk zijn om de rechtsvraag om de feiten heen te bouwen. Als het echt een onontgonnen terrein is, zal de Hoge Raad misschien wel heel terughoudend zijn en niet meer zeggen dan dat het van de omstandigheden van het geval afhangt. Ook de uitleg van een (nieuwe) strafbepaling, zoals de training voor terrorisme (art. 134a Sr), kan heel erg afhangen van de feiten, zodat de antwoorden van de Hoge Raad vrij abstract zullen zijn. In dat opzicht is er geen wezenlijk verschil ten opzichte van de gewone cassatieprocedure, waar de Hoge Raad vaak ook niet veel verder komt dan het oordeel dat een beslissing (niet) onbegrijpelijk is gelet op bepaalde omstandigheden. Het zou gevaarlijk kunnen zijn om met een lijstje van factoren te komen, omdat achteraf kan blijken dat zo'n lijstje incompleet is. Een dergelijk lijstje kan dus vaak pas worden gegeven als de jurisprudentie uitgekristalliseerd is.

7.10.2.2 Relevantie voor (talrijke) andere zaken

Door één geïnterviewde wordt benadrukt dat het wel echt om een 'wezenlijke' rechtsvraag moet gaan, waarbij meteen wordt toegevoegd dat het moeilijk is om dat handen en voeten te geven. De vraag zou niet al eerder gesteld moeten zijn. In de expert meetings en de interviews wordt benadrukt dat in elk geval sprake zou moeten zijn van een zaaksoverstijgend belang. Daarbij wordt wel de vraag opgeworpen wat in dit verband precies onder 'zaaksoverstijgend' moet worden verstaan. De Hoge Raad is er in elk geval niet om vervroegd duidelijkheid te verschaffen in één 'exotisch' geval.

Uit de interviews komt naar voren dat men moeite heeft met een eventuele eis dat de vraag in talrijke zaken relevant zou moeten zijn. Een dergelijk criterium nodigt meteen uit tot discussies over de grens. Er zijn ook vragen die maar in enkele zaken over het hele land spelen, maar waarvan het toch belangrijk is om hier een antwoord op te krijgen. Een prangende abstracte rechtsvraag die van belang is in één zaak zal meestal ook wel relevantie hebben voor andere gevallen, zo wordt opgemerkt. Een zaak kan ook een 'testcase' zijn voor bijvoorbeeld de inzet van nieuwe (nog niet wettelijk geregelde) opsporingstechnieken in de toekomst, zo signaleert een respondent. Op het moment dat de vraag gesteld wordt is dan nog geen sprake van talrijke zaken, maar het oordeel van de Hoge Raad over de toelaatbaarheid kan wel snel duidelijkheid verschaffen voor toekomstige gevallen. De beslissing of iets 'belangrijk' is zou bij de rechter kunnen worden neergelegd. Een 'talrijkheidsvereiste' zou ook niet op voorhand noodzakelijk zijn om het aantal gevallen waarin vragen gesteld worden in te dammen. Als er toch te veel vragen zouden binnenkomen bij de Hoge Raad zou men alsnog een dergelijk criterium kunnen invoeren, zo wordt voorgesteld.

Er valt alleen efficiencywinst te behalen als de vraag in 'betrekkelijk veel zaken' speelt, aldus één geïnterviewde, hoewel niet uitgesloten wordt geacht dat het stellen van een vraag ook binnen één megazaak tot een aanzienlijke capaciteitsbesparing kan leiden. Het overnemen

van het criterium uit het civiele recht zou er volgens deze functionaris toe leiden dat het stellen van een prejudiciële vraag een zeldzaamheid wordt.

7.10.2.3 Relevantie voor de beslissing in de concrete zaak

Naast de relevantie voor andere zaken zou als cumulatief vereiste moeten worden gesteld dat het antwoord op de vraag relevant (bepalend, doorslaggevend) moet zijn voor de beslissing van de concrete zaak waarin de vraag gesteld is. Dat zou betekenen dat vragen over de positie van het slachtoffer (spreekrecht, schadevergoeding) erbuiten zouden vallen. Hoewel vragen daarover breed in de praktijk kunnen leven en er behoefte kan zijn aan een antwoord van de Hoge Raad daarop, is het volgens een geïnterviewde de vraag of de hele strafprocedure in dergelijke gevallen zou moeten worden geschorst.

7.10.3 Termijnen

Een periode van zes maanden voor de beantwoording van een vraag door de Hoge Raad is volgens sommige respondenten te lang, zeker als de verdachte preventief gedetineerd is. Volgens de meeste anderen is een termijn van een halfjaar echter niet onoverkomelijk. Als er getuigen (in het buitenland) moeten worden gehoord door de R-C is daar ook al gauw een halfjaar mee gemoeid, aldus twee geïnterviewden. Een kortere termijn lijkt niet haalbaar, als de partijen bijvoorbeeld veertien dagen moeten krijgen om op de vraag te reageren, derden eventueel moeten kunnen inspreken, de advocaat-generaal een conclusie moet nemen, enz. Als een antwoord van de Hoge Raad veel langer op zich laat wachten, zal dat volgens een geïnterviewde leiden tot grote aarzelingen bij rechters om een prejudiciële vraag te stellen.

In de expert meetings wordt benadrukt dat een zorgvuldige procedure nu eenmaal tijd kost; dit zou niet aan een vaste termijn gebonden moeten worden. De vertraging zou kunnen worden beperkt als de vraag al tijdens het vooronderzoek zou kunnen worden gesteld. Een geïnterviewde vindt het heel goed om naar een afdoening binnen zes maanden te streven, maar juist in de belangrijkste zaken zal die termijn wel eens worden overschreden. Gewezen wordt nog op de mogelijkheid om zaken waarin de verdachte voorlopig gehecht is te prioriteren (zie ook paragraaf 7.11.1).

7.10.4 Niet-ontvankelijkverklaring, selectiebeleid en prioritering door de Hoge Raad

In antwoord op de vraag of de Hoge Raad de mogelijkheid moet hebben om een verzoek om een vraag te beantwoorden niet-ontvankelijk te verklaren wordt in beide expert meetings en in een interview geopperd dat de Hoge Raad dit ongemotiveerd moet kunnen doen. Enkele deelnemers en een geïnterviewde pleiten voor een sobere regeling, waarin de civiele regeling niet wordt gekopieerd. Gedacht kan worden aan een betrekkelijk ruim criterium, waarbij wordt vertrouwd op de wijsheid en het verstand van de feitenrechter en het oordeel van de Hoge Raad daarover. Het moet geen zwaar opgetuigde procedure worden. Als de zittingsrechter fungeert als tusseninstantie, die de partijen hoort en over het verzoek beslist, is het niet meer nodig om allerlei formele waarborgen te regelen om misbruik of oneigenlijk gebruik door advocaten en andere 'uitwassen' te voorkomen. Gepleit wordt voor een regeling die vergelijkbaar is met die van de artt. 80a en 81 RO, volgens welke de Hoge Raad zich bij de vermelding van de gronden van zijn beslissing kan beperken tot zijn oordeel dat (bijvoorbeeld) de aangevoerde klachten geen behandeling in cassatie rechtvaardigen (enzovoort).

De werklast van de Hoge Raad (het moet wel 'werkbaar' en 'behapbaar' blijven) speelt in deze discussie een belangrijke rol, waarbij wordt opgemerkt dat met het oog daarop de

(verplichte) cassatiebalie wordt ingevoerd. Andere zaken moeten niet blijven liggen omdat de Hoge Raad alleen maar met prejudiciële vragen bezig is. De Hoge Raad moet daarom zelf ook – net als de feitenrechter – als poortwachter fungeren. Als de prejudiciële vraag niet beantwoord wordt, kan deze vraag uiteindelijk via de normale procedure alsnog aan de Hoge Raad worden voorgelegd, zo merkt een professional op. Een niet-ontvankelijkheid zou daarom ook kunnen worden uitgesproken vanwege een gebrek aan spoedeisendheid.

In één interview wordt gepleit voor 'snoeihard' selecteren en zeker ook voor prioriteren. Een andere functionaris meent dat de Hoge Raad zelf een prioritering moet kunnen aanbrengen, om de werklast te beperken en vertraging in de procedure te voorkomen. Dat zou ook niet problematisch zijn, omdat de betreffende rechtsvraag uiteindelijk toch via de normale procedure alsnog aan de Hoge Raad kan worden voorgelegd. Een andere geïnterviewde acht het weliswaar voorstelbaar dat de Hoge Raad die bevoegdheid wil hebben, bijvoorbeeld als een vraag al is beantwoord, maar daar zou volgens deze persoon dan wel een terughoudend gebruik van moeten worden gemaakt, aangezien dit voor een rechtszoekende soms buitengewoon frustrerend kan zijn. Een 'selectiebeleid' wordt door deze functionaris wel lastig gevonden, omdat men niet altijd even goed weet in hoeverre de Hoge Raad met beide benen in de maatschappij staat. Wat de Hoge Raad belangrijk vindt, hoeft niet altijd iets te zijn wat de rechtbanken belangrijk vinden. Overigens wordt de prejudiciële procedure in een expert meeting juist genoemd als een mogelijkheid voor de Hoge Raad om meer in contact te komen met de praktijk en de samenleving (zie paragraaf 7.7.2). Een laatste respondent meent dat de filtering vooral moet plaatsvinden bij de rechtbank die beslist of de vraag wordt gesteld. Het is de vraag of dan 'aan de achterkant' nogmaals een 'zeef' nodig is, aangezien er dan weer zoveel voorwaarden zouden gaan gelden dat de procedure geen zelfstandige plaats naast de cassatie in het belang der wet zou krijgen.

In een ander interview wordt bevestigd dat de Hoge Raad 'natuurlijk' de mogelijkheid moet hebben om een prejudiciële vraag niet-ontvankelijk te verklaren als deze zich naar het oordeel van de Hoge Raad niet leent voor beantwoording, maar als deze vraag eenmaal is 'doorgelaten' moet deze ook snel beantwoord worden. Het zou gevaarlijk zijn als de Hoge Raad hier eigen prioriteiten zou gaan stellen, hetgeen bovendien alleen nodig zou zijn in de nogal hypothetische situatie dat er een grote stroom vragen op de Hoge Raad afkomt. Het streven zou moeten zijn om alle zinnige vragen te beantwoorden en dit niet te laten afhangen van het aantal vragen dat gesteld wordt en de beschikbare capaciteit.

Een andere geïnterviewde zou er voorstander van zijn als de Hoge Raad – net als in het civiele recht – binnen heel korte tijd beoordeelt of de vraag beantwoord zal worden of niet (een 'groen of rood licht'-procedure). Aldus kan de vertraging in de procedure enigszins beperkt worden.

7.10.5 Afwijzing en motivering daarvan door de feitenrechter

In de expert meetings en de interviews komt naar voren dat de rechter een verzoek (of een vordering) van één van de procespartijen om een prejudiciële vraag te stellen, moet kunnen afwijzen. De feitenrechter heeft (eveneens) een belangrijke rol als poortwachter. Aldus kan worden voorkomen dat de verdachte en zijn advocaat er alles aan doen om de zaak te traineren, ook als zij weten dat het stellen van de vraag nergens toe zal leiden (zie ook paragraaf 7.11.3).

Over de vraag of de rechter deze beslissing zou moeten motiveren, lopen de opvattingen echter uiteen. De meeste respondenten menen dat dit wel zou moeten, net zozeer als dat de partijen hun standpunten uitdrukkelijk zouden moeten onderbouwen. Indien men als verdediging afhankelijk is van de rechter voor het stellen van een vraag, en men denkt een

goed punt te hebben, dan is het erg onbevredigend als daar niet gemotiveerd op gereageerd wordt. Eén geïnterviewde meent dat de rechter een gemotiveerde beslissing moet geven als sprake is van een vordering van het Openbaar Ministerie dan wel een verzoek van de verdachte (in de zin van art. 328 Sv), maar niet als de vraag alleen 'ambtshalve in zijn achterhoofd heeft gespeeld'. Een andere functionaris wijst er op dat een (gemotiveerd) verzoek om een getuige te horen ook gemotiveerd moet worden verworpen. Het zou dan niet goed voorstelbaar zijn om een verzoek om een prejudiciële vraag te stellen, zonder motivering met een machtswoord af te wijzen. Een vrij summiere motivering zou volstaan, in de zin dat de vraag niet van voldoende betekenis of dat het antwoord al wel duidelijk is. Een meer uitvoerige motivering van de afwijzing zou zelfs tot wrakingsverzoeken kunnen leiden, als daarbij vooruit wordt gelopen op het oordeel in de strafzaak.

Anderen staan afwijzend tegenover een motiveringsplicht. Zij willen voorkomen dat een 'hobbyist' van een belangenorganisatie allerlei interessante vragen wil laten stellen. Een rechter zou dan ongemotiveerd moeten kunnen afwijzen, vanwege de vertraging of omdat hij zelf de vraag wel kan beantwoorden. Bovendien wordt de vraag gesteld wat de consequentie zou moeten zijn van een schending van deze motiveringsplicht. Motiveren zou fatsoenlijk zijn maar hoeft niet in de wet te worden voorgeschreven.

Tegen een gemotiveerde afwijzing hoeft volgens een geïnterviewde geen appel open te staan. Voorkomen moet worden dat een procedure jaren gaat duren vanwege een appel tegen een beslissing die meer het karakter heeft van procesincident. En stel dat de rechtbank in eerste aanleg het verzoek tot het stellen van een prejudiciële vraag afwijst, dan kan tegen het eindvonnis in hoger beroep worden gegaan en kan bij het gerechtshof het verzoek om een prejudiciële vraag te stellen worden herhaald. Al heeft men dan wel minder snel een nieuw antwoord op het verzoek.

7.10.6 Inbreng van verdediging, Openbaar Ministerie, slachtoffer en/of derden in de prejudiciële procedure

7.10.6.1 Inbreng van derden

In de prejudiciële procedure in het civiele recht is de inspraak door derden een interessant en belangrijk aspect. De wenselijkheid van een dergelijke inbreng in de strafrechtelijke procedure staat in de expert meetings ter discussie, waarbij met name de vraag opkomt hoe om te gaan met 'querulanten'. Men vraagt zich ook af of de Hoge Raad zou moeten reageren op deze inbreng. In het civiele recht is dat niet het geval en dat zou in het strafrecht ook niet verplicht moeten zijn. Eén geïnterviewde oppert de mogelijkheid dat de advocaat-generaal in zijn conclusie op de standpunten van derden ingaat, zonder dat de Hoge Raad echt verplicht is om er in zijn arrest op te responderen.

Een andere vraag die (ook in een interview) opkomt, maar die ontkennend wordt beantwoord, is of de stukken uit het strafdossier aan derden worden verschaft. Eén functionaris ziet eigenlijk niet zoveel meerwaarde in inspraak door derden, omdat iedereen na de publicatie van de vraag in de media of in juridische tijdschriften een wetenschappelijk standpunt kan ventileren. Het voegt dan weinig toe om 'een soort ideeënbus bij de ingang van de Hoge Raad te hangen', zo wordt opgemerkt. Al met al is een duidelijke meerderheid bij de expert meetings van opvatting dat de mogelijkheid van inspraak beperkt zou moeten zijn tot de procespartijen (inclusief slachtoffers).

In één interview wordt gewezen op de mogelijkheid dat bijvoorbeeld Amnesty International zou kunnen optreden als amicus curiae in een terrorismezaak. Deze functionaris zou daar niet tegen zijn. Ook kan bijvoorbeeld worden gedacht aan Slachtofferhulp Nederland in een zaak die gaat over de vraag of psychisch letsel ook als (zwaar) lichamelijk letsel kan worden

aangemerkt. Voor zover inbreng door derden wordt toegelaten zou het wel moeten gaan om een juridisch betoog dat wordt ingediend door een advocaat. Het wordt door deze geïnterviewde niet noodzakelijk geacht dat de verdachte de gelegenheid krijgt om op de inbreng van derden te reageren.

Ook een andere geïnterviewde ziet geen principiële bezwaren tegen inbreng door derden, maar de invoering ervan zou wel leiden tot allerlei lastige vragen over de praktische uitwerking. Een beperking tot juristen of de inschakeling van een advocaat wordt door deze professional juist niet per definitie noodzakelijk geacht; het zou bijvoorbeeld ook kunnen gaan om beroepsbeoefenaars uit een andere branche. Ook hier lijkt een eventuele beperking weer te worden ingegeven door de (onterechte) vrees voor een enorme stortvloed aan vragen, zo wordt gesteld. Wel zou het moeten gaan om deskundigen die zinnige dingen kunnen zeggen, zonder dat zij zelf belang hebben bij de uitkomst van de procedure.

Als het gaat om de uitleg van een wettelijke term zou de inbreng van wetenschappers volgens sommige geïnterviewden nuttig (kunnen) zijn. Maar als de procedure eenmaal wordt opengesteld kan geen onderscheid meer worden gemaakt en kan de input van andere (politieke) bewegingen niet worden geweigerd. Alles afwegend leidt dit bij een professional tot een ontkennend antwoord voor wat betreft de inbreng van derden. Een deelnemer aan een expert meeting oppert nog dat in het geval van de Libor-fraude bijvoorbeeld de Vereniging van Effectenbezitters een standpunt zou kunnen innemen.

7.10.6.2 Inbreng van procespartijen

De procespartijen (het Openbaar Ministerie en de verdediging) zouden zich tijdens de procedure bij de rechtbank moeten kunnen uitlaten over het antwoord dat in hun visie op de vraag zou moeten worden gegeven, aldus enkele geïnterviewden. De partijen moeten ook de ruimte hebben om commentaar te leveren op de vraagstelling, waarbij het overigens aan de rechtbank is om de vraag te formuleren en eventueel aan de Hoge Raad om deze te herformuleren (zie ook paragraaf 7.10.1). Het commentaar van de partijen kan als productie/bijlage worden meegestuurd naar de Hoge Raad. Als dat standpunt eenmaal is ingenomen hoeft dat niet nogmaals (door een soort 'Borgersbrief') te gebeuren nadat de advocaat-generaal heeft geconcludeerd. Ook in een ander interview wordt betoogd dat de partijen in elk geval ergens (ofwel bij de feitenrechter, ofwel bij de Hoge Raad) hun standpunt naar voren moeten kunnen brengen. Het zou meer voor de hand liggen als ze zich bij de rechtbank al over de vraag kunnen uitlaten, zodat de nadelen van het stellen van de vraag ook kunnen worden besproken. Een laatste geïnterviewde vindt het juist wel voor de hand liggen dat de partijen kunnen reageren op de conclusie van de advocaat-generaal, maar dan wel binnen een zodanige termijn dat een spoedige voortgang van de zaak niet belemmerd wordt, en zonder mogelijkheid van repliek en dupliek.

7.10.6.3 Inbreng van slachtoffers

Voor het slachtoffer zien enkele geïnterviewden alleen een rol weggelegd als het gaat om de positie en de rechten die deze als zodanig heeft (schadevergoeding, spreekrecht), dus niet als het gaat om het bewijs en de schuldvraag. Het zou niet aantrekkelijk zijn om het slachtoffer zich te laten uitlaten over de vraag of een bepaalde gedraging valt onder de reikwijdte van een strafbepaling. Een inbreng van het slachtoffer zou overigens alleen zinvol zijn in gevallen waarin deze door een advocaat wordt bijgestaan. Eén respondent is van mening dat een inbreng van het slachtoffer zou passen bij de steeds sterkere rol die het slachtoffer heeft gekregen in de moderne strafrechtspleging. Deze respondent vindt bovendien dat de Hoge Raad gemotiveerd zou moeten aangeven waarom het (gemotiveerde) standpunt van het slachtoffer wel of niet is gevolgd.

7.11 Mogelijke knelpunten

7.11.1 Voorlopige hechtenis

Een mogelijk knelpunt doet zich voor wanneer een prejudiciële vraag wordt gesteld terwijl de verdachte zich in voorlopige hechtenis bevindt. Of de vertraging die in de procedure optreedt als gevolg van het stellen van een prejudiciële vraag in een concreet geval problematisch is, zal volgens de deelnemers afhangen van de omstandigheden van het geval en in het bijzonder van (de ernst van) het tenlastegelegde feit. Voor de feitenrechter, die in ieder concreet geval deze afweging moet maken, kan dit een reden zijn om de prejudiciële vraag niet te stellen. Mogelijk zal er daarom minder vaak een vraag worden gesteld dan nu wordt voorzien. Aangezien het geen verplichting is om prejudiciële vragen te stellen, en de verdachte hierover zal worden gehoord, worden op dit punt geen principiële problemen verwacht. Het stellen van een prejudiciële vraag verschilt in dit opzicht niet wezenlijk van andere onderzoekwensen, zoals het verzoek om een getuige te horen. In een megazaak of een grote terrorismezaak hoeft het voorleggen van een vraag aan de Hoge Raad dan ook niet te leiden tot extra vertraging. Bij een 'doorsneezaak' zal het punt van de voorlopige hechtenis echter een belangrijke rol spelen bij de afweging of een vraag moet worden gesteld, zo is de verwachting. Het ligt in de lijn der verwachting dat de verdediging om schorsing van de voorlopige hechtenis zal verzoeken. Er kan eventueel afstemming plaatsvinden, zodat de vraag gesteld kan worden in een zaak waarin de verdachte niet voorlopig gehecht zit.

Tevens zou het volgens enkele respondenten denkbaar zijn dat de Hoge Raad prejudiciële vragen in zaken waarin de verdachte zich in voorlopige hechtenis bevindt, met voorrang behandelt. Om te voorkomen dat voorlopig gehechten op vrije voeten komen omdat het te lang duurt, en om de bezwaren van een vertraging van de procedure te beperken, zou de Hoge Raad in dit soort gevallen tot spoed kunnen worden gemaand. Uiteraard zit er wel een grens aan de snelheid die in dit verband van de Hoge Raad kan worden verwacht. Eén geïnterviewde denkt aan een 'turbospoedprocedure' waarbij de vraag binnen drie maanden beantwoord zou moeten zijn.

Men ziet in de expert meetings weinig in een speciale voorziening ten aanzien van de voorlopige hechtenis. Slechts een enkeling pleit voor een automatische schorsing als een prejudiciële vraag wordt gesteld. Eén deelnemer stelt dat aansluiting zou kunnen worden gevonden bij de regeling van de schorsing van de vervolging (art. 17 Sv). De vraag of in dit verband een voorziening noodzakelijk is, hangt samen met de vraag of de prejudiciële vraag moet leiden tot een schorsing van de vervolging dan wel een schorsing (aanhouding) van het onderzoek ter terechtzitting. In verschillende interviews wordt aangegeven dat men dit beschouwt als een aanhouding van de zaak, net als wanneer bijvoorbeeld nog een getuige moet worden gehoord, zodat de gewone regeling van opheffing en schorsing van de voorlopige hechtenis geldt. De prejudiciële procedure is volgens de respondenten gewoon onderdeel van de vervolging, net als de reguliere cassatieprocedure. Eén geïnterviewde stelt dat de vervolging alle stappen omvat die worden genomen om tot een einduitspraak te komen, en het stellen van een prejudiciële vraag is duidelijk zo'n stap.

Gewaarschuwd wordt dat het verzoeken om een prejudiciële vraag een verdedigingstactiek zou kunnen zijn om de zaak te vertragen en daarmee aan te sturen op een schorsing van de voorlopige hechtenis (zie ook paragraaf 7.11.3). Als de termijn voor de beantwoording van een dergelijke vraag bijvoorbeeld zeven maanden zou zijn kan dit in sommige zaken betekenen dat het anticipatiegebod van art. 67a lid 3 Sv in beeld komt. En als er onzekerheid bestaat over de beantwoording van een rechtsvraag kan daarmee ook twijfel

ontstaan of de verdachte wel veroordeeld zal kunnen worden, zodat deze op die grond in vrijheid moet worden gesteld. Gesuggereerd wordt dat in de memorie van toelichting de omstandigheid dat de verdachte voorlopig gehecht is zou kunnen worden genoemd als een contra-indicatie voor het stellen van een prejudiciële vraag.

7.11.2 De onschuldpresumptie

Als een rechter (tegen de wil van de verdachte) een vraag gaat stellen die impliceert dat hij een bepaalde feitelijke gang van zaken voor juist houdt, kan er volgens een professional iets gaan wringen met de onschuldpresumptie. De natuurlijke drang van rechters om (toch) 'feitelijke' vragen te stellen in een juridisch jasje zou ook volgens sommige deelnemers aan de expert meetings een knelpunt kunnen vormen. Dit zou bijvoorbeeld kunnen gebeuren in de vorm van 'als-vragen': "Stel dat er drie personen samen in een auto zitten, is er dan sprake van medeplegen, als…etc.". Het toelaten van dergelijke vragen zou blijk kunnen geven van een bepaalde vooringenomenheid en daarmee spanning (kunnen) opleveren met de onschuldpresumptie. Het gaat immers om feiten die door de rechter nog niet zijn vastgesteld. Er moet opgepast worden voor wraking en de rechter zal bij dit soort vragen op eieren moeten lopen. Dit probleem wordt algemeen erkend. Dit neemt overigens niet weg dat de feitelijke context voor de Hoge Raad wel relevant kan zijn voor de wijze waarop een rechtsregel moet worden uitgelegd (zie paragraaf 7.10.2).

In verband met 'vooringenomenheidsgevoelens' zou het moment waarop de prejudiciële vraag wordt gesteld én de kwaliteit van de vraagstelling ook heel erg van belang zijn. Anderzijds wordt in een interview benadrukt dat het niet zozeer gaat om het schetsen van een bepaalde casus met de vraag of dit onder de reikwijdte van een bepaalde strafbaarstelling valt. Deze professional zou veel meer geïnteresseerd zijn in de wegingsfactoren die in algemene zin relevant zijn. Een optie die nog door enkele respondenten naar voren wordt gebracht is om eerst bij tussenvonnis de feiten vast te stellen en daarna pas over te gaan tot het stellen van de vraag (een soort twee fasen-proces). Tot slot brengt een respondent naar voren dat dit probleem kan worden ondervangen door de formulering van de vraag ter instemming voor te leggen aan de partijen.

7.11.3 De mogelijkheid van 'misbruik'

In een interview wordt gezegd dat er wel een drempel moet worden opgeworpen om te voorkomen dat het stellen van prejudiciële vragen een instrument van de verdediging wordt om de zaak op de lange baan te schuiven, met alle mogelijke consequenties van dien voor slachtoffers en andere betrokkenen. Het middel zou zodanig moeten worden ingekaderd dat er geen 'misbruik' van gemaakt kan worden. Deze kwestie komt ook aan de orde in andere interviews en in een expert meeting, waar de vraag wordt besproken welke criteria zouden moeten worden gehanteerd om 'misbruik' te voorkomen (zie verder paragraaf 7.10.4). Het wordt denkbaar geacht dat heel veel verzoeken worden gedaan door advocaten om zaken te traineren. Vooral in economische zaken en fraudezaken zou dit een verdedigingstactiek kunnen zijn, die zou kunnen uitnodigen tot oeverloze discussies. Met name verdachten die een veroordeling zien aankomen willen gewoon doorprocederen om het oordeel uit te stellen, aldus een respondent.

7.11.4 Het primaat van rechtsvorming door de feitenrechter en de wetgever

Een ander bezwaar dat in een expert meeting en in twee interviews naar voren wordt gebracht is dat bij een prejudiciële procedure de inbreng van de feitenrechters gemist wordt. Door één van de geïnterviewden wordt de vraag opgeworpen of de prejudiciële vraag soms niet te vroeg komt, op een moment dat de zaak niet voldoende 'gerijpt' is. De Hoge

Raad kan niet voortbouwen op de discussies die in twee feitelijke instanties zijn gevoerd en de verschillende standpunten die daar zijn ingenomen. Soms is het goed om als Hoge Raad even te wachten en het recht zich te laten ontwikkelen. De Hoge Raad zal ook niet altijd kunnen overzien wat een bepaalde uitspraak voor consequenties zal hebben in de rechtspraktijk, zodat hij heel terughoudend zal zijn bij het geven van een antwoord. Als de zaak zich in de praktijk heeft uitgekristalliseerd geeft dat houvast waardoor betere keuzes kunnen worden gemaakt. Aan deze rechtsontwikkeling wordt door een aantal participanten veel belang gehecht. Het huidige systeem zou daarom in hoofdlijnen moeten worden behouden. Mede om deze reden zou de Hoge Raad de ruimte moeten hebben om een prejudiciële vraag zonder motivering te kunnen afwijzen, zodat de feitenrechters het zelf kunnen 'uitvissen' (zie verder paragraaf 7.10.4). Aldus kan de denkkracht van de lagere gerechten worden gemobiliseerd.

Verder zou het ongewenst zijn als de feitenrechter uit 'luiheid' weg zou lopen voor ingewikkelde rechtsvragen. Een prejudiciële procedure zou dit in de hand kunnen werken. De term 'rechtsweigering' valt in dit verband. Ook in een interview wordt gesteld dat rechters hun eigen verantwoordelijkheid om zelf de beste beslissing te nemen niet uit de weg mogen gaan. Een andere geïnterviewde meent juist dat het stellen van een prejudiciële vraag niet betekent dat de feitenrechter wegloopt voor zijn verantwoordelijkheid, het behoort juist tot zijn verantwoordelijkheid om af te wegen of er wel of geen gebruik wordt gemaakt van deze mogelijkheid. Sommige feitenrechters zullen overigens juist bij voorkeur zelf een moeilijke rechtsvraag beantwoorden en zullen het vervelend vinden om eerst een antwoord van de Hoge Raad te moeten afwachten. In een ander interview wordt betoogd dat de eigen verantwoordelijkheid van de rechter enigszins verloochend wordt als men bij ieder twijfelpunt een vraag zou stellen. Maar dit bezwaar wordt niet gezien als men zich beperkt tot wezenlijke kwesties waarbij meteen duidelijk is dat er discussie over zal ontstaan en waarover de Hoge Raad zich uiteindelijk toch zal moeten uitlaten. Een laatste geïnterviewde wijst erop dat de overgrote meerderheid van de zaken gewoon via de normale weg berecht zal blijven worden. Heel prangende rechtsvragen zullen slechts in een beperkte categorie gevallen aan de orde zijn.

Het voorgaande hangt ook samen met de visie die men heeft op de rechtsvormende taak van de rechter in verhouding tot die van de wetgever in een democratische rechtsstaat. Traditioneel is de rechtsvormende taak van de Hoge Raad wat groter in het civiele recht dan in het strafrecht, mede in verband met het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel. Bij sommige onderwerpen zou het meer op de weg liggen van de wetgever om tijdig in te grijpen. Deze functionaris pleit voor terughoudendheid met het oog op de precaire verhouding tussen wetgever en rechter in de democratische rechtsstaat. Juist in gevallen waarin de wetgever nalaat om aan rechtsvorming te doen (zoals in het verleden bij euthanasie) moet de rechter zorgen voor een rustige opbouw en niet te voortvarend zijn.

7.12 Kosten

Als de verdachte een cassatieadvocaat moet inschakelen voor het formuleren van de vraag, zou dat volgens een participant leiden tot extra kosten. Opgemerkt wordt dat het de rechter is die de vraag moet formuleren en die fungeert als poortwachter. Als de prejudiciële vraag via de rechter moet worden gesteld, moet voor de kosten van de procedure de reguliere proceskostenregeling van artt. 591 en 591a Sv gelden. De financiering van de rechtsbijstand moet gewoon verlopen via de Raad voor rechtsbijstand, aldus een geïnterviewde. Men ziet geen noodzaak voor een bijzondere, afwijkende regeling. Dat geldt ook als de vraag door de verdediging is geïnitieerd; als dat wordt gehonoreerd door de rechter moet dit niet bestraft worden, zo stelt een andere geïnterviewde. De rechter beslist over de relevantie en dat maakt het niet meer uit door wie het verzoek is gedaan. Het gaat immers om een algemeen

maatschappelijk en zaaksoverstijgend belang. Dit zou slechts anders zijn als de vraag rechtstreeks door een advocaat zou (kunnen) worden gesteld (vergelijkbaar met een contra-expertise). Men ziet dit (in het civiele recht) ook als een extra argument om de bevoegdheid bij de rechter te houden en niet los te zien van het concrete geschil. Anderzijds valt in één interview te beluisteren dat de verdachte die een prejudiciële vraag gesteld wil zien, de kosten van zijn advocaat zelf moet betalen. Dat zou niet anders zijn dan bij andere procesincidenten.

Een verplichte inzet van een cassatieadvocaat (bij wijze van 'zeef') komt op een respondent overigens als nodeloos vertragend over. De zaak moet worden overgedragen en er moeten extra kosten vergoed worden.

7.13 Afronding

In dit hoofdstuk is verslag gedaan van een kwalitatief empirisch onderzoek naar de opvattingen en verwachtingen van professionals ten aanzien van een eventuele invoering van een prejudiciële procedure in het strafrecht. De uitkomsten van dit onderzoek zijn gepresenteerd aan de hand van een aantal thema's die in de interviews en de expert meetings aan de orde zijn gesteld (behoefte, potentiële voor- en nadelen, alternatieven etc.). In het volgende hoofdstuk worden deze uitkomsten aan de hand van dezelfde thema's in verband gebracht met de resultaten van de civielrechtelijke evaluatie en het strafrechtelijke literatuuronderzoek. Daarbij is per thema (argument, voorwaarde) besproken in hoeverre er bij de respondenten sprake was van consensus, van een (duidelijke) meerderheidsopvatting dan wel van discussie over bepaald standpunt. Aldus zal een thematisch overzicht ontstaan waarin de belangrijkste uitkomsten in een breder perspectief worden geplaatst.

In de expertmeetings komt meermalen naar voren dat de civiele prejudiciële procedure niet zonder meer gekopieerd kan worden in het strafrecht. Er moet naar de eigen aard van dit rechtsgebied worden gekeken. De Hoge Raad moet wel voldoende capaciteit hebben om prejudiciële vragen te beantwoorden en moet anders over een laagdrempelige mogelijkheid tot selectie beschikken. Een centrale rol voor de rechter bij de beslissing of een vraag wel of niet wordt voorgelegd wordt door een geïnterviewde heel belangrijk gevonden. Het Openbaar Ministerie en de verdachte mogen er vertrouwen in hebben dat de rechter echt weegt wat wezenlijk is om voor te leggen, zeker als dat gemotiveerd moet worden. Een enorme stormloop van vragen wordt niet verwacht, maar een extra voorziening is een interessant idee, zo concludeert een andere geïnterviewde.

Een enkeling vraagt zich aan het einde van de expertmeeting af of het probleem wel groot genoeg is voor deze oplossing. Deze professional stond aanvankelijk nog neutraal tegenover de invoering van een prejudiciële procedure, maar is naar aanleiding van de expertmeeting opgeschoven naar een afwijzing. Een andere deelnemer zal al geen functie voor deze procedure en denkt daar nog steeds hetzelfde over. Maar de meeste participanten blijven ook na de discussie bij hun aanvankelijke (positieve) standpunt.

8. Synthese voor het strafrecht

8.1 Introductie

Voor het strafrecht luidt de centrale onderzoeksvraag of het mogelijk is en zo ja, onder welke voorwaarden en omstandigheden een prejudiciële procedure in het strafrecht in te voeren (zie paragraaf 1.4). Om tot een beantwoording van deze onderzoeksvraag te komen, is een strafrechtelijke literatuurstudie verricht en een kwalitatief empirisch onderzoek uitgevoerd. In de voorgaande twee hoofdstukken is daarvan verslag gedaan. Beide onderzoeken geven antwoorden op deelvragen van de centrale onderzoeksvraag en bieden argumenten en inzichten voor beantwoording van die centrale onderzoeksvraag. Voor dit doel kunnen ook aan het evaluatieonderzoek van de wettelijke regeling, het gebruik en het functioneren van de prejudiciële procedure in het civiele recht argumenten en inzichten worden ontleend. In het onderhavige hoofdstuk brengen wij al deze argumenten en inzichten samen en komen tot een synthese daarvan teneinde een antwoord te formuleren op de centrale onderzoeksvraag. Dat zal themagewijs gebeuren. Daarmee tekent zich ook een blauwdruk af van hoe een eventuele prejudiciële procedure in het strafrecht zou kunnen worden vormgegeven.

Dit laatste geeft tevens aan dat de verschillende soorten onderzoek die zijn uitgevoerd – strafrechtelijke literatuurstudie, kwalitatief empirisch onderzoek en vergelijking met de prejudiciële procedure in het civiele recht – de situatie *ex ante* onderzoeken. Dat wil zeggen, er is niet een bestaande prejudiciële procedure onderzocht, maar wel de argumenten voor en tegen invoering van een prejudiciële procedure in het strafrecht. Aangezien die argumenten ook nauw samenhangen met de vraag onder welke omstandigheden en voorwaarden een dergelijke procedure zou kunnen worden ingevoerd, zijn ook die omstandigheden en voorwaarden onderzocht. Dat veronderstelt evenwel een bepaald idee over ten minste de contouren van een regeling voor een prejudiciële procedure. Wij hebben daarbij als vertrekpunt genomen een regeling die in hoofdlijnen de kenmerken van de prejudiciële procedure in het civiele recht volgt.[1] Voorts veronderstelt de gekozen aanpak dat de argumenten en inzichten deels berusten op verwachtingen alsook dat bepaalde verwachtingen de afweging van de argumenten en inzichten zullen kleuren (vgl. de soms uiteenlopende opvattingen van de respondenten in het kwalitatief empirisch onderzoek, zie hoofdstuk 7). Eenzelfde situatie deed zich voor bij de invoering van de prejudiciële procedure in het civiele recht; ook daar ging het om verwachtingen (zie paragraaf 1.2.3). Dit demonstreert tegelijkertijd dat hierin geen wezenlijke beperkingen in het onderzoek en de resultaten daarvan zijn gelegen, zolang men er zich van bewust is dat sprake is van verwachtingen. Indien er inderdaad een prejudiciële procedure mocht komen, zal het vooral aankomen op de wijze waarop de strafkamer van de Hoge Raad als hoogste rechter, als 'leidinggevende' in het systeem van de strafrechtspraak, invulling geeft aan de prejudiciële procedure. In die zin zijn de bevindingen van Van Kampen & Giesen en Numann over de prejudiciële procedure in het civiele recht die in paragraaf 1.2.3 zijn geciteerd en die in het evaluatieonderzoek van de prejudiciële procedure in het civiele recht bevestiging vinden (zie paragraaf 5.1) ook hier relevant. Die bevindingen zijn kort gezegd de verwachting dat de Hoge Raad het succes van een prejudiciële procedure bepaalt, dat de Hoge Raad de leiding neemt en dat hij – zeker in het begin – zich ruimhartig zal opstellen en zoveel mogelijk de gestelde vragen zal proberen te beantwoorden.

---

[1] Zoals ook impliciet in de literatuur lijkt te zijn gebeurd, zie Kristen 2011, p. 134 e.v., Knigge 2015, p. 93 en Spronken 2013, p. 407.

8.2 De eigen context van het strafrecht

Bij de afweging van de hiervoor besproken argumenten voor en tegen alsmede het overwegen van de voorwaarden waaronder een prejudiciële procedure in het strafrecht zou kunnen worden ingevoerd, moet worden bedacht dat het strafrecht een geheel eigen context heeft, waarbinnen het strafproces eigen, van het civiele proces te onderscheiden, karakteristieken en kenmerken heeft.

In het strafrecht gaat het om de verhouding tussen overheid en burger als verdachte. De positie van verdachte is ingangsvoorwaarde voor het kunnen aanwenden van allerlei, al dan niet ingrijpende bevoegdheden door de overheid. Bevoegdheden die de uitoefening van vrijheidsrechten van een burger hinderen en/of beperken. Regels van strafvordering verschaffen de grondslag en de voorwaarden voor het aanwenden van deze bevoegdheden en tegelijkertijd kunnen zij rechtsbescherming aan verdachte bieden. Als bestuursorgaan kan het Openbaar Ministerie beslissen verdachte te vervolgen, waarbij het een burger in staat van beschuldiging stelt door hem te dagvaarden en een of meer feiten ten laste te leggen. In dit kader past dat het Openbaar Ministerie feitelijk materiaal voor het bewijs van het tenlastegelegde aandraagt. Op het Openbaar Ministerie rust de bewijslast (en het bewijsrisico). Omwille van de onschuldpresumptie draagt de verdachte geen bewijslast (en geen bewijsrisico), maar ligt het wel op zijn weg om beargumenteerd bevrijdende feiten en omstandigheden aan te voeren opdat deze aannemelijk worden, hetzij op grond van het verweer van de verdediging, hetzij mede op grond van de onderzoeksactiviteiten die de rechter ontplooit naar aanleiding van dat verweer.[2] Het laatste vloeit voort uit de taak van de strafrechter tot het vinden van de materiële waarheid. Die materiële waarheid moet worden gevonden op basis van het negatief wettelijk bewijsstelsel aan de hand waarvan de rechter moet beoordelen of het ten laste gelegde wettig en overtuigd bewezen is. Aan dat bewezenverklaarde dienen vervolgens rechtsgevolgen te worden verbonden door via strafprocesrecht het materiële strafrecht te verwezenlijken. In dit proces kunnen allerlei rechtsvragen opkomen over regels van strafvordering en materieelstrafrechtelijke voorschriften en die dan uiteindelijk de strafrechtelijke aansprakelijkheid bepalen. Deze rechtsvragen moeten worden beantwoord alvorens de strafrechter de strafzaak kan beslissen. Een oordeel van de Hoge Raad kan daarbij wenselijk of zelfs nodig zijn vanuit het oogpunt van rechtsvorming, rechtseenheid en/of rechtsbescherming. Daar kan, mede vanwege de implicaties van het strafproces voor verdachte, slachtoffer en samenleving, snelheid bij gebaat zijn. Tegelijkertijd is zorgvuldigheid vereist vanwege de op het spel staande fundamentele rechten (o.a. recht op een eerlijk proces) en andere belangen van verdachte, slachtoffer en samenleving. Dat verklaart ook waarom er de gewone rechtsmiddelen van hoger beroep en cassatie zijn. De kwaliteit van de strafrechtspleging is derhalve essentieel om de doelen en de functies van het strafrecht in de samenleving te realiseren.

Uit het voorgaande volgt dat de wisselwerking tussen feiten en recht in de strafrechtspraak anders is dan in de civiele rechtspraak. In het strafrecht staat het vinden van de materiële waarheid voorop en heeft de strafrechter mede om die reden een ambtshalve taak en in dat kader een actievere rol tijdens het strafproces dan de civiele rechter in een civiele dagvaardingsprocedure.

Vanwege deze kort en grof geschetste eigen context van het strafrecht menen wij dat de argumenten voor en tegen een prejudiciële procedure in het strafrecht op hun eigen merites moeten worden beoordeeld, ook al kunnen die argumenten ook betekenis hebben (gehad) voor de prejudiciële procedure in het civiele recht. In het navolgende behandelen wij de

[2] Borgers & Kristen 1999, p. 874, noemen dit in navolging van de civiele procesrecht de bewijsvoeringslast.

argumenten voor en tegen puntsgewijs; voor een uitwerking en bespreking van de argumenten verwijzen wij naar hoofdstukken 6 en 7. Voorts moet voor het bepalen en het concretiseren van de voorwaarden waaronder een mogelijke strafrechtelijke prejudiciële procedure zou kunnen ingevoerd, eveneens rekening worden gehouden met de eigen context van het strafrecht. Hieruit volgt dat een eventuele prejudiciële procedure in het strafrecht moet worden onderscheiden van de civielrechtelijke prejudiciële procedure. De wettelijke regeling van deze laatste procedure kan derhalve niet worden overgeplant in het Wetboek van Strafvordering. Een wettelijke regeling van een mogelijke strafrechtelijke prejudiciële procedure in het Wetboek van Strafvordering dient rekening te houden met de eigen karakteristieken en kenmerken van het strafproces (zie hiervoor en paragraaf 1.3). Niettemin kunnen onderdelen van de wettelijke regeling van de civielrechtelijke prejudiciële procedure tot inspiratie dienen en zijn kenmerken van de prejudiciële procedure in het civiele recht als vertrekpunt genomen voor dit onderzoek (zie paragraaf 8.1).

8.3 Argumenten voor invoering van een prejudiciële procedure in strafzaken

8.3.1 Gebleken behoefte

Een belangrijke bevinding van zowel de strafrechtelijke literatuurstudie als het kwalitatief empirisch onderzoek is dat er in het verleden zeker gevallen zijn geweest waarin een prejudiciële procedure op een snelle manier zou kunnen hebben geleid tot een definitieve uitspraak in een strafzaak waarbij de feitenrechter dan zou hebben kunnen beslissen met inachtneming van het antwoord van de Hoge Raad. Vele voorbeelden zijn genoemd, een aantal daarvan zijn in de strafrechtelijke literatuurstudie uitgewerkt. Een aantal van de voorbeelden betreft gevallen waarin de strafrechtspraktijk even heeft moeten wachten alvorens de strafzaak met de relevante rechtsvraag via de gewone rechtsmiddelen van hoger beroep en cassatie bij de Hoge Raad terecht is gekomen. Dat heeft geleid tot een periode van onduidelijkheid, rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid. Te denken valt aan het voorbeeld van tegenstrijdige rechtspraak inzake het gebruik van lokmiddelen (zie paragraaf 6.4.2). Enkele andere voorbeelden betreffen gevallen waarin het bestaande instrument van de informele versnelde procedure is gebruikt. In de praktijk wordt steeds de Salduz-kwestie genoemd (zie paragrafen 6.4.1 en 7.4.4).

Met de informele versnelde procedure kan wat betreft de snelheid waarmee het oordeel van de Hoge Raad kan worden verkregen een vergelijkbaar resultaat worden gerealiseerd als met een prejudiciële procedure mogelijk zou zijn. In de Salduz-kwestie is hiervan sprake (zie verder paragraaf 6.4.2). Hieruit volgt tegelijkertijd dat de informele versnelde procedure in zo'n geval geen beter alternatief zou zijn geweest. Dat geldt ook voor cassatie in het belang der wet; dat is geen volwaardig alternatief, zoals wij in paragraaf 8.3.2 nog zullen aanvoeren.

Zo bezien is er een behoefte gebleken. Ook komt uit het kwalitatief empirisch onderzoek onder professionals naar voren dat zij een dergelijke behoefte voor de toekomst voorzien (zie paragraaf 7.4). Wel is een algemeen gevoelen dat de behoefte in het strafrecht beperkt zal zijn. Het aantal strafzaken dat behoort tot de voorbeelden waarin een prejudiciële procedure tot een snelle beantwoording van een zich manifesterende rechtsvraag had kunnen leiden, is op jaarbasis gezien zeer beperkt. Dat doet echter geen afbreuk aan de behoefte; die blijft bestaan. Vergelijk in dit verband ook de ervaringen met de civielrechtelijke prejudiciële procedure. Daar gaat het in de periode van 1 juli 2012 tot en met 31 december 2015 om 31 gestelde prejudiciële vragen, waarbij in 2013-2014 jaarlijks 8 prejudiciële vragen zijn gesteld en in 2015 13 prejudiciële vragen (zie paragraaf 3.2 en Bijlage 11.2). Dit is een aantal dat in het niet valt bij het aantal zaken dat civiele kamer van

de Hoge Raad jaarlijks afdoet. Toch wordt geoordeeld dat de procedure een succes is en voorziet in een behoefte (zie paragraaf 5.1).

Bij deze vergelijking met het civiele recht past wel de kanttekening dat de behoefte aan een prejudiciële procedure in het strafrecht naar verwachting lager zal zijn. In het strafrecht wordt significant meer doorgeprocedeerd tot aan de Hoge Raad, zodat er geen hiaten in het zaaksaanbod zijn. De strafzaken waarin rechtsvragen van betekenis spelen, komen vroeg of laat wel bij de Hoge Raad terecht (zie paragrafen 6.1 en 7.4.1).

Ten slotte is voorgesteld om het stellen van een prejudiciële vraag ook mogelijk te maken bij een rechtsvraag die speelt in een zgn. 'megazaak' (zie paragrafen 6.5.4, 7.4.1, 7.5.3 en 7.10.2). In dergelijke zaken kunnen rechtsvragen aan de orde zijn die beslissend kunnen zijn voor het verdere verloop en de uitkomst van het strafproces. De suggestie voor het openstellen van een prejudiciële procedure voor een 'megazaak' maakt overigens meteen duidelijk dat een kenmerkend onderdeel van de prejudiciële procedure in het civiele recht, namelijk de grondslag voor het ontvangen van een prejudiciële vraag, het criterium van 'talrijkheid' van art. 392 lid 1 sub b Rv, niet zou moeten gelden voor een mogelijke prejudiciële procedure in het strafrecht. Want het talrijkheidscriterium filtert de 'megazaak' eruit (tenzij die 'megazaak' meer verdachten kent en waarbij hun zaken gevoegd worden behandeld). Overigens, bedacht moet worden dat bij een 'megazaak' de vertraging die een prejudiciële procedure met zich zal brengen, vaak niet merkbaar zal zijn in het licht van de totale duur van het strafproces. Ook is voorstelbaar dat behandeling van andere onderdelen van de 'megazaak' doorgang vindt terwijl een prejudiciële vraag over een bepaalde kwestie aanhangig is.

8.3.2 Niet altijd zijn alternatieven voorhanden

In de strafrechtelijke literatuurstudie en het kwalitatief empirisch onderzoek is een aantal alternatieven voor een mogelijke prejudiciële procedure in het strafrecht naar voren gekomen (zie paragrafen 6.5.4 en 7.6). Blijkt immers dat er een behoefte is om snel uitsluitsel over een rechtsvraag te verkrijgen (zie hiervoor paragraaf 8.3.1), dan hoeft er geen prejudiciële procedure in het strafrecht te komen wanneer hetzelfde op een reële alternatieve wijze kan worden bereikt.

Wij onderkennen dat er alternatieven zijn, maar beschouwen die elk afzonderlijk niet als volwaardige alternatieven. Niettemin kunnen die alternatieven wel complementair zijn, zodat het bestaande palet aan alternatieven tezamen soelaas kan bieden voor een groot aantal gevallen. Maar dat mist wel het voordeel van één eenvormige procedure die bij wet kan worden geregeld. En het betekent dat wordt geaccepteerd dat er rechtsvragen blijven liggen – zoals nu gebeurt – met alle gevolgen van dien voor de rechtszekerheid, de rechtseenheid, de rechtsvorming en de rechtsbescherming. Die rechtsvragen zullen immers via de reguliere weg van de gewone rechtsmiddelen van hoger beroep en cassatie bij de Hoge Raad terecht moeten komen. Dat kost simpelweg meer tijd, en het betekent dat de verdediging en/of het Openbaar Ministerie bepalen of en hoe en tegen welk onderdeel en waarom zij hoger beroep of cassatie instellen.

Wij bespreken hierna de verschillende alternatieven voor een prejudiciële procedure in het strafrecht.

Informele versnelde procedure
Hiervoor is gebleken dat via de informele versnelde procedure op een termijn die vergelijkbaar is met die van een prejudiciële procedure via de gewone rechtsmiddelen hoger en cassatie een oordeel van de Hoge Raad over een rechtsvraag kan worden verkregen.

Toepassing van dit instrument lijkt evenwel uitzondering te zijn; met de Salduz-kwestie is een belangrijk voorbeeld, maar tegelijkertijd ook een enkel voorbeeld gegeven. De procedure kan alleen werken wanneer alle schakels in de strafrechtketen overeenkomen dat zij met spoed bewerkstelligen dat een bepaalde rechtsvraag in een concrete strafzaak bij voorrang naar de Hoge Raad wordt geleid. Dat verlangt medewerking van de rechtbank voor het uitwerken en insturen van het vonnis, en evenzo voor het gerechtshof voor zijn arrest. De verdediging en het Openbaar Ministerie moeten ook (kunnen) meewerken. Voor de informele versnelde procedure zijn derhalve afspraken tussen betrokkenen nodig en capaciteit bij alle betrokkenen. In het civiele recht zien wij dat ook terug. Aldaar is slechts bij hoge uitzondering gebruik gemaakt van dit instrument (zie paragraaf 3.7.5). Daarnaast is in de expert meetings als belangrijk nadeel genoemd dat deze procedure weinig transparant is. In welke gevallen en onder welke voorwaarden de procedure wordt gebruikt, is niet op voorhand duidelijk. Het blijft een toepassing op ad hoc-basis. En ten opzichte van een mogelijkheid van het stellen van een prejudiciële vraag in eerste aanleg, kent de informele versnelde procedure als tijdsmatig nadeel dat eerst nog de gang naar het gerechtshof moet worden gemaakt (zie paragraaf 7.6.3).

Cassatie in het belang der wet
Het buitengewone rechtsmiddel van cassatie in het belang der wet is vooral van waarde omdat het de mogelijkheid biedt belangrijke rechtsvragen, die naar verwachting niet op korte termijn via het gewone rechtsmiddel cassatie de Hoge Raad bereiken, aan de Hoge Raad voor te leggen. Aldus kan het de rechtseenheid en de rechtsvorming bevorderen, bijvoorbeeld als feitenrechters verschillend over een rechtsvraag oordelen. Een prejudiciële procedure en cassatie in het belang der wet dienen in zoverre hetzelfde doel. Dat geldt zowel voor het civiele recht als voor het strafrecht. Het basisvereiste bij cassatie in het belang der wet dat het moet gaan om een rechtsvraag die bovendien uiteenlopend wordt beantwoord, doet denken aan art. 392 lid 1 onder b Rv (zie paragraaf 3.7.3).

Uit het strafrechtelijk literatuuronderzoek en het kwalitatief empirisch onderzoek komt echter naar voren dat cassatie in het belang der wet geen volwaardig alternatief is voor een prejudiciële procedure (zie paragrafen 6.6 en 7.6.1). In de eerste plaats kan het instellen van dit buitengewone rechtsmiddel niets meer afdoen aan de positie van de partijen in de betreffende strafzaak. Uit art. 78 lid 6 RO blijkt immers dat cassatie in het belang der wet geen nadeel toe mag brengen aan de rechten die door partijen zijn verkregen.

In de tweede plaats kan cassatie in het belang der wet pas kan worden ingesteld als de zaak onherroepelijk is geworden. Daartoe moet ofwel de termijn voor het aanwenden van gewone rechtsmiddelen zijn verstreken, ofwel het gewone rechtsmiddel van hoger beroep zijn doorlopen. Zeker bezien vanuit de eerste aanleg, kan de introductie van een prejudiciële procedure in dit opzicht voor een versnelling zorgen.

In de derde plaats biedt een prejudiciële procedure de voorziening dat de feitenrechter, de verdediging en het Openbaar Ministerie zelf de mogelijkheid krijgen om (te verzoeken/te vorderen) een bepaalde rechtsvraag voor te leggen aan de Hoge Raad. Hoewel verdediging en Openbaar Ministerie alsook een derde (zoals een gerecht) ook de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad kunnen verzoeken cassatie in het belang der wet in te stellen, zijn zij daarin wel afhankelijk van het beleid van de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad en de mate waarin deze toepassing geeft aan cassatie in het belang der wet (zie paragraaf 6.6.5). Hoewel het beleid is verruimd en de Procureur-Generaal een ruimhartiger toepassing van het buitengewone rechtsmiddel voorstaat, zijn er in de praktijk veel redenen om een verzoek tot het instellen van cassatie in het belang der wet af te wijzen, blijkt het Openbaar Ministerie beperkt invulling te geven aan de plicht te attenderen op zaken die in aanmerking

zouden kunnen komen voor cassatie in het belang der wet en spelen er capaciteitsproblemen (zie paragrafen 6.6.5 en 6.6.8).

In de vierde plaats ontbreekt bij cassatie in het belang der wet het partijdebat – zo is er geen Borgersbrief – en de mogelijkheid dat de Hoge Raad door partijen en andere belanghebbenden wordt voorgelicht over de rechtsvraag die voorwerp is van cassatie in het belang der wet. Dat laatste valt overigens nog wel te organiseren, zo dat gewenst zou worden geacht. In civiele zaken heeft de Hoge Raad inmiddels de mogelijkheid geopend om inbreng van derden ook mogelijk te maken bij cassatieprocedures in het belang der wet (zie paragraaf 3.7.3). Dit laat echter onverlet dat het gebrek aan debat als een gemis wordt ervaren (zie paragrafen 6.6.6 en 6.6.8). Bij een prejudiciële procedure is het vertrekpunt de concrete strafzaak waarin de rechtsvraag is opgekomen. De prejudiciële procedure dient dan ook om deze reden te voorzien in inbreng van partijen (zie verder paragraaf 8.5.11).

In de expertmeetings en de interviews wordt benadrukt dat de beide mogelijkheden (een prejudiciële procedure en cassatie in het belang der wet) elkaar niet uitsluiten, maar – net als in het civiele recht – naast elkaar kunnen bestaan en elkaar kunnen aanvullen. Als om wat voor reden dan ook geen prejudiciële vraag wordt gesteld in een bepaalde zaak, bijvoorbeeld omdat de partijen daar bezwaar tegen maken of omdat de rechter vertraging wil voorkomen, kan de Procureur-Generaal alsnog in actie komen. Ook in het civiele recht is de opvatting heersend dat beide procedures bestaansrecht hebben, zij het dat cassatie in het belang der wet daar (inmiddels) in de schaduw staat van de prejudiciële procedure. Het aantal verzoeken dat bij de Commissie cassatie in het belang der wet wordt ingediend – en dus het aantal ingestelde cassaties in het belang der wet – neemt af, hetgeen zich deels laat verklaren door de invoering van de prejudiciële procedure (zie paragraaf 3.7.3).

Via een civielrechtelijk kort geding?
Het is mogelijk een strafrechtelijke kwestie als rechtsvraag via een civielrechtelijk kort geding door middel van de prejudiciële procedure in het civiele recht aan de civiele kamer van de Hoge Raad te stellen. Gelet op voorwaarden die moeten zijn vervuld om deze route te kunnen bewandelen, zal dit alleen in exceptionele gevallen een begaanbare weg zijn. Ook vragen wij ons af of dit de koninklijke weg is (zie paragrafen 3.3.3.3 en 6.5.4). Niettemin kan het benutten van de weg van het civielrechtelijk kort geding niet worden vermeden. De burgerlijke rechter is nu eenmaal restrechter.

Sprongcassatie?
In het strafrecht bestaat niet het instrument van sprongcassatie (zie paragraaf 6.5.4). Bij sprongcassatie wordt met instemming van partijen tegen een vonnis gewezen in eerste aanleg meteen cassatie ingesteld, met het overslaan van het hoger beroep. De tijdwinst is evident doordat het hoger beroep er tussen uitvalt. Sprongcassatie is dan ook gericht op het sneller verkrijgen van een oordeel van de Hoge Raad. Als nadelen van sprongcassatie gelden dat met sprongcassatie een tweede feitelijke instantie wegvalt, met de daaraan gekoppelde rijping van de rechtsvraag en de inzet van de denkkracht van een gerechtshof (vgl. paragrafen 4.9.6 over discoursontwikkeling *in civilibus* en paragraaf 6.5.5), alsmede dat het gebruik van het instrument toestemming van partijen verlangt en dat het aankomt op de verdediging en/of het Openbaar Ministerie om de cassatiemiddelen te formuleren en daarmee te bepalen welke rechtsvraag zij precies aan de Hoge Raad voorleggen. Uit het kwalitatief empirisch onderzoek blijkt dat geen van de respondenten sprongcassatie in het strafrecht als reëel alternatief zien (zie paragraaf 7.6.2). Dat is ook de slotsom ter zake van sprongcassatie in verhouding tot de prejudiciële procedure in het civiele recht; sprongcassatie wordt overvleugeld door de prejudiciële procedure (zie paragraaf 3.7.2).

Onze slotsom is dat invoering van sprongcassatie in het strafrecht in vergelijking met invoering van een prejudiciële procedure geen reëel alternatief biedt.

Een procedure voor extrajudiciële vragen?
Knigge heeft voorgesteld na te denken over een procedure voor extrajudiciële vragen. Met die procedure kan de feitenrechter die met een bepaalde rechtsvraag zit en zonder dat de beantwoording van die rechtsvraag nodig is voor het nemen van een beslissing in een onder die rechter zijnde strafzaak, die rechtsvraag stellen aan de Hoge Raad (zie verder paragraaf 6.5.4). Vooralsnog spreekt ons dit voorstel niet aan. Het moment waarop rechtsvragen zullen opkomen, is bij de toepassing van het recht op de feiten van een concrete strafzaak. Voor die rechtsvragen biedt de procedure geen soelaas, terwijl dat wel de doelstelling is van een prejudiciële procedure. Voorts betekent de procedure dat de Hoge Raad die rechtsvraag in abstracto moet beantwoorden, zonder onderliggende zaak en zonder feitelijke context. Terwijl rechtsregels betekenis krijgen in de wisselwerking tussen feit en recht. Daarnaast is een te voorspellen effect van de procedure dat Hoge Raad 'vraagbaak voor al uw rechtsvragen' wordt zonder dat er een concrete aanleiding is die voortspruit uit een lopende strafzaak. En niet in de laatste plaats menen wij dat er een wezensvreemd element in de strafrechtspraak sluipt. De strafrechtspraak is met de voorgestelde procedure niet bezig met het rechtspreken in de zin van geschilbeslechting. Er worden dan geen uitspraken gedaan over wat rechtens is in een concrete situatie waar verschillende partijen bij zijn betrokken en waarbij een verschil van inzicht bestaat tussen die partijen over de concrete situatie (i.e. is sprake van een of meer strafbare feiten?). Aldus wordt buiten het systeem van de strafrechtspraak getreden. Ten slotte zou een procedure voor het stellen van extrajudiciële vragen uit de aard der zaak niet de mogelijkheid bieden dat verdediging en/of Openbaar Ministerie het stellen van een rechtsvraag initiëren. Er is immers geen kader waarbinnen zij betrokken zijn; het is de feitenrechter die los van een strafproces met een rechtsvraag zit en deze dan voorlegt aan de Hoge Raad. De vraag naar de wenselijkheid van een mogelijkheid om extrajudiciële vragen te stellen, valt overigens ook buiten het bestek van dit onderzoek, dat zich immers richt op de invoering van een *prejudiciële* procedure in strafzaken (zie paragraaf 8.1).

8.3.3 Bijdrage aan rechtsvorming

In de strafrechtelijke literatuur en door respondenten is als vanzelfsprekend erkend dat een prejudiciële procedure in het strafrecht zal bijdragen aan de rechtsvorming. Die bijdrage zal in elk geval zijn dat de Hoge Raad zich eerder over een rechtsvraag kan uitspreken. Daarmee kan diens oordeel meteen kan worden toegepast in de concrete strafzaak waarin de rechtsvraag speelt, alsook, omdat de rechtsvraag een zaaksoverstijgend belang heeft, in andere reeds lopende of toekomstige strafzaken. De verwachting is evenwel dat de wijze waarop de Hoge Raad kan bijdragen aan de rechtsvorming gelijk is aan die in een reguliere cassatieprocedure (zie paragrafen 6.4.2 en 7.7.1).

In de strafrechtelijke literatuur is daarnaast nog onderscheiden dat via het instrument van de prejudiciële procedure de feitenrechter, als onderdeel van de strafrechtspraak als systeem, het initiatief tot rechtsvormend optreden kan nemen door de Hoge Raad, althans diens antwoord op de rechtsvraag, reeds in de aanhangige strafzaak te betrekken (paragraaf 6.4.2). Diezelfde rol kan het Openbaar Ministerie als bestuursorgaan belast met de rechtshandhaving op zich nemen, zo voegen wij er aan toe. Binnen het Openbaar Ministerie vindt al overleg en afstemming plaats over hoe om te gaan met rechtsvragen die naar voren komen in strafzaken, mede in het licht van de plicht van art. 23 Besluit orde van dienst van gerechten. Dat er in specifieke gevallen behoefte bestaat dat een feitenrechter of het Openbaar Ministerie de rechtsvorming kan entameren, is geïllustreerd door een

professional, zie paragraaf 7.7.1. Een prejudiciële procedure kan hier de oplossing bieden. Dat wordt bevestigd door de evaluatie van de prejudiciële procedure in het civiele recht.

Voor de prejudiciële procedure in het civiele recht is namelijk het algemeen gevoelen dat deze procedure een toegevoegde waarde heeft voor de rechtsvorming. De procedure is nuttig en heeft bestaansrecht. Daarbij wordt de bijdrage aan rechtsvorming als tweeledig beschouwd. Ten eerste krijgt de Hoge Raad door de prejudiciële procedure eerder gelegenheid zich over een rechtsvraag uit te laten. Ten tweede kan de Hoge Raad in de prejudiciële procedure meer aan rechtsvorming doen dan bij een gewone cassatie. De Hoge Raad is immers niet gebonden aan de oordelen van de rechtbank en het gerechtshof en de cassatiemiddelen daartegen. De rechtsvraag is 'ontdaan van ruis' (zie voor het voorgaande paragrafen 3.5.2 en 4.9.3-4.9.4). In dit verband is illustratief het voorbeeld van dezelfde kwestie die zowel via de prejudiciële procedure en als via sprongcassatie bij de Hoge Raad is aangebracht (zie paragraaf 4.9.3). Met dat laatste effect moet ook rekening worden gehouden bij een prejudiciële procedure in het strafrecht, waarvan nu nog de verwachting is dat de Hoge Raad wat betreft rechtsvorming hetzelfde kan als in een reguliere cassatie. Het is evenwel aan de Hoge Raad om zelf hierin positie te bepalen, nu dit gaat over de taakopvatting van de Hoge Raad.

8.3.4 Bijdrage aan rechtseenheid

Dat een prejudiciële procedure in het strafrecht kan bijdragen aan de rechtseenheid is in de literatuur en door respondenten eveneens als vanzelfsprekend erkend. Steeds worden voorbeelden aangehaald waarbij er sprake is van onderling afwijkende, of zelfs tegenstrijdige uitspraken van feitenrechters over dezelfde rechtsvraag (zie paragrafen 6.4.2, 7.4.1 en 7.8). De rechtsvraag kan blijkbaar op verschillende wijzen worden beantwoord en dat gebeurt dan ook, omdat een richtinggevende uitspraak van de Hoge Raad vooralsnog ontbreekt. Ook voor de prejudiciële procedure in het civiele recht is de algemene veronderstelling dat deze bijdraagt aan de rechtseenheid (en rechtszekerheid). De idee is immers dat de antwoorden van de Hoge Raad op prejudicieel gestelde rechtsvragen duidelijkheid, of, zo nuanceren wij, minst genomen richting geven en daarmee – bij correcte toepassing – eenheid in de lagere rechtspraak kunnen bewerkstelligen (zie paragrafen 3.5.3 en 4.10).

8.3.5 Bijdrage aan rechtsbescherming

Specifiek voor het strafrecht is dat het strafproces rechtsbescherming kan en moet bieden aan de verdachte; strafvorderlijk optreden betekent immers een beknotting of zelfs inbreuk op iemands vrijheidsrechten. Zowel in de strafrechtelijke literatuur als door respondenten wordt aangegeven dat een prejudiciële procedure kan bijdragen aan rechtsbescherming. De prejudicieel te stellen rechtsvraag kan immers zien op het al dan niet rechtmatig zijn van strafvorderlijk optreden of op een correcte toepassing van leerstukken of regels van materieel strafrecht. Een bijtijds oordeel van de Hoge Raad hierover, bijvoorbeeld bij berechting in eerste aanleg, kan ertoe leiden dat onrechtmatig strafvorderlijk optreden moet worden gestaakt, gecompenseerd en/of gesanctioneerd respectievelijk dat het materieel strafrecht adequaat wordt toegepast. Dan hoeft de verdediging niet eerst de weg via het hoger beroep, daarna cassatie naar de Hoge Raad en vervolgens weer terug naar de feitenrechter te bewandelen, om hetzelfde resultaat te verkrijgen (zie paragrafen 6.4.3 en 7.9.1).

8.3.6 Bijdrage aan de kwaliteit en legitimatie van uitspraken van de feitenrechter

De feitenrechter die conform het antwoord van de Hoge Raad verkregen in de prejudiciële procedure beslist in de voorliggende strafzaak, steunt daarmee op de schouders van de Hoge Raad. Dat draagt bij aan de kwaliteit van het vonnis of arrest van de feitenrechter (er hebben immers twee gerechten naar de rechtsvraag gekeken) en het geeft gezag aan die uitspraak ('s lands hoogste rechtscollege spreekt indirect mee recht). De waardering voor de uitspraak en daarmee de legitimatie daarvan kan toenemen; veel meer dan dat valt er niet over te zeggen, omdat dit niet meetbaar is. Dit komt zowel in de literatuur als uit het kwalitatief empirisch onderzoek naar voren (zie paragrafen 6.4.4 en 7.5.4). Voor de evaluatie van de prejudiciële procedure in het civiele recht is dit aspect niet onderzocht. Wel is gevraagd naar acceptatie van de uitspraak van de feitenrechter die is beslist met in achtneming van het antwoord van de Hoge Raad gegeven in de prejudiciële procedure. Ook hier geldt dat dit niet concreet meetbaar is. Niettemin bestaat de indruk dat voor sommige partijen, vooral degenen die ten wiens faveure de civiele rechter heeft beslist, de acceptatie voor de uitspraak groter is nu de Hoge Raad als het ware heeft meegedaan (zie paragraaf 4.8.2).

Er is evenwel een keerzijde. Wanneer de feitenrechter een strafzaak beslist conform de uitspraak van de Hoge Raad verkregen met de prejudiciële procedure, kan dat ook worden opgevat als een afwentelen van verantwoordelijkheid. Een dergelijk beeld holt de legitimatie van de feitenrechter juist uit. Om deze reden is het belangrijk dat bij de invoering en het gebruik van een prejudiciële procedure de idee van samenwerking tussen rechters vooropstaat (zie paragraaf 8.3.7), en niet dat de feitenrechter zijn verantwoordelijkheid niet neemt en alleen met hulp van de Hoge Raad tot een uitspraak kon komen. Een dergelijke 'framing' reduceert het gewicht van deze tegenwerping. Wij menen dan ook dat een prejudiciële procedure vooral zal bijdragen aan de kwaliteit en de legitimatie van de uitspraken van feitenrechters.

8.3.7 Samenwerking tussen rechters: rechtspraak als systeem

Het argument luidt dat door het stellen van een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad, de feitenrechter en de Hoge Raad samen kunnen werken in het realiseren van de doelstellingen van de strafrechtspraak. De strafrechtspraak werkt dan als systeem en kan richting samenleving snel en adequaat dienen met beantwoording van rechtsvragen (zie paragraaf 6.4.5). Genoemd is ook dat een prejudiciële procedure in het strafrecht de precedentwerking van uitspraken van de Hoge Raad kan versterken (zie paragraaf 6.4.2).

In het kwalitatief empirisch onderzoek komt dit argument niet expliciet terug. Het ligt hooguit besloten in een aantal opvattingen van respondenten. Te denken valt aan de idee dat de Hoge Raad via de prejudiciële procedure meer voeling kan krijgen met wat er leeft en speelt in de strafrechtspleging (paragraaf 7.7.2). En het ligt onmiskenbaar ten grondslag aan opvattingen over de bijdrage die een prejudiciële procedure kan leveren aan de rechtsvorming en rechtseenheid (zie hiervoor paragrafen 8.3.3 en 8.3.4). Datzelfde geldt voor wat naar voren is gebracht voor de prejudiciële procedure in het civiele recht ter zake van de vraag of, en zo ja, in hoeverre de procedure leidt tot reductie van procedures en de constatering dat de procedure de toegang tot de Hoge Raad verlaagt (zie paragrafen 3.5.3, 3.5.4, 4.9.4, en 4.10.2-4.10.3).

8.3.8 Efficiëntievoordeel voor procespartijen en de samenleving

In de strafrechtelijke literatuur is naar voren gebracht dat een prejudiciële procedure een besparing van tijd, kosten, werk en emotionele belasting oplevert. Die besparing is vooral

terug te voeren op het argument dat in de strafzaak zelf door de prejudiciële procedure de Hoge Raad eerder bij de strafzaak wordt betrokken. Een gang naar de Hoge Raad via de gewone rechtsmiddelen van hoger beroep en cassatie wordt bespaard. Buiten de individuele strafzaak kan een prejudiciële procedure ook tot een besparing van tijd, kosten, werk en emotionele belasting leiden, namelijk in andere lopende en toekomstige strafzaken. De rechtsvraag die in de prejudiciële procedure aan de orde is, zal een zaaksoverstijgend belang hebben en daarmee is het antwoord van de Hoge Raad relevant voor andere lopende en toekomstige strafzaken. Na het antwoord van de Hoge Raad kunnen lopende strafzaken door de feitenrechter met inachtneming van dat antwoord worden afgedaan. En wellicht dat toekomstige zaken niet meer worden vervolgd. Het gevolg kan zijn dat in die zaken geen gewone rechtsmiddelen meer worden aangewend (zie paragraaf 6.4.6).

Ook in het kwalitatief empirisch onderzoek komt deze benadering naar voren. Respondenten zeggen evenwel dat het onmogelijk valt te kwantificeren wat dan de besparing zal zijn en in hoeverre een prejudiciële procedure voor andere lopende strafzaken tot een versnelling in de afdoening zorgt, tot een reductie van het aantal zaken leidt en een reductie in het aanwenden van gewone rechtsmiddelen teweegbrengt (zie paragrafen 7.5.1 en 7.5.3). Dat is ook de vaststelling voor de beoogde effecten van de prejudiciële procedure in het civiele recht, als het gaat om reductie van zaken en versnelling van procedures. Toch wordt door respondenten aangenomen dat deze effecten er zijn (zie paragrafen 7.5.1 en 7.5.3) en die effecten blijken er in concrete civiele zaken ook daadwerkelijk te zijn, zie paragrafen 3.5.4, 4.8.1, 4.8.3 en 4.11.5. Een relevante bevinding is nog dat het antwoord gegeven in een prejudiciële procedure kan leiden tot meer procedures, zelfs een tweede prejudiciële procedure, zoals een keer het geval is geweest, zie paragraaf 3.5.4. Dit inzicht laat zien dat met een antwoord in een prejudiciële procedure een rechtsvraag niet definitief hoeft te zijn beslecht en dat zo'n antwoord ook weer nieuwe vragen kan oproepen (zie paragraaf 4.8.1 alsook paragraaf 8.4.5). Daarbij moet wel worden bedacht dat dit net zo goed geldt wanneer de Hoge Raad uitspraak heeft gedaan nadat de reguliere route van hoger beroep, cassatie en weer terugwijzen of verwijzen naar het gerechtshof is doorlopen. Daarmee vergeleken, is een prejudiciële procedure wel weer sneller.

8.4 Argumenten tegen invoering van een prejudiciële procedure in strafzaken

8.4.1 Verlenging van de procedure

Het meest aangevoerde argument tegen invoering van een prejudiciële procedure in het strafrecht is de vertraging die het stellen van een prejudiciële vraag teweeg brengt in de afdoening van het strafproces. De behandeling van de strafzaak moet immers worden aangehouden om de prejudiciële vraag te formuleren, verdediging en Openbaar Ministerie daarover te horen, vervolgens de vraag in sturen naar de Hoge Raad, daarna het antwoord van de Hoge Raad afwachten, en dan de behandeling van de strafzaak weer te hervatten en vervolgens te beslissen met inachtneming van het antwoord van de Hoge Raad. De daarmee gemoeide vertraging zal naar verwachting acht à tien maanden zijn, uitgaande van een termijn van zes maanden voor de eigenlijke prejudiciële procedure. Een dergelijke vertraging heeft allerlei gevolgen voor de verdachte, voor de organisatie van het strafproces en voor eventuele slachtoffers en samenleving (zie paragrafen 6.5.1 en 7.5.1).

Over de prejudiciële procedure in het civiele recht is ook opgemerkt dat die leidt tot vertraging in de zaak zelve. Maar daaraan is ook toegevoegd dat de prejudiciële procedure leidt tot een eerder verkrijgen van een oordeel van de Hoge Raad. Dat is winst (zie paragrafen 4.8.1 en 4.8.3). Dit inzicht geldt uiteraard ook voor een mogelijke prejudiciële procedure in het strafrecht. Het stellen van een prejudiciële vraag betekent dat er een

rechtsvraag voorligt waarover in elk geval de feitenrechter een oordeel van de Hoge Raad wenst. Aannemelijk is dat de verdediging en/of het Openbaar Ministerie dat evenzeer wensen. In dat geval is het ook aannemelijk dat als in deze strafzaak geen prejudiciële vraag zou zijn gesteld, de gewone rechtsmiddelen hoger beroep en cassatie zouden worden aangewend om een uitspraak van de Hoge Raad te verkrijgen over de rechtsvraag. En dan is het reëel om de duur van de prejudiciële procedure te vergelijken met de gang naar de Hoge Raad via het hoger beroep en de reguliere cassatie. Een prejudiciële procedure is dan altijd sneller, ook als pas in hoger beroep de prejudiciële vraag wordt gesteld. De enige uitzondering hierop is dat de informele versnelde procedure wordt gebruikt (waarover paragraaf 8.3.2). Zo bezien, is de zeggingskracht van het argument van verlenging van het strafproces beperkt.

8.4.2 Er zijn alternatieven

Voor een prejudiciële procedure in het strafrecht bestaan diverse alternatieven. Drie bestaande alternatieven zijn de informele versnelde procedure, cassatie in het belang der wet en het stellen van prejudiciële vragen over strafrechtelijke kwesties aan de civiele kamer van de Hoge Raad via het civiele kort geding. Twee (nog) niet bestaande alternatieven zijn de sprongcassatie in het strafrecht en de idee voor een procedure voor extrajudiciële vragen. Al deze alternatieven zijn besproken in paragrafen 6.5.4, 6.6, 7.6 en 8.3.2. Wij menen, ook tegen de achtergrond van de ervaringen in het civiele recht, dat dit geen volwaardige alternatieven zijn, en dat zij ook tezamen nog niet toereikend zijn (zie paragraaf 8.3.2).

8.4.3 Rijping van de rechtsvraag en het antwoord daarop

Er zijn in de literatuur vier gevallen onderscheiden waarin het nuttig of zelfs wenselijk kan zijn dat de rechtspraak als systeem eerst zelf zoekt, inventariseert en beoordeelt wat feiten, feitelijke situaties en gevallen zijn, welke variaties in de rechtsvraag bestaan en welke juridische argumenten er zijn. Aldus kan de rechtsvraag rijpen doordat gebruik wordt gemaakt van de expertise en denkkracht die bij de feitenrechters aanwezig is (zie paragraaf 6.5.5). In het civiele recht wordt dit ook wel rechtsvorming door natuurlijk verloop of discoursontwikkeling genoemd (zie paragrafen 1.2.2 en 4.9.6). Dit argument is blijkens de expert meetings en de evaluatie van de civielrechtelijke prejudiciële procedure door rechters onderkend en uitgebouwd in een viertal richtingen (zie paragrafen 1.2.2, 3.3.4.1, 4.9.6 en 7.11.4).

Ten eerste wordt aangegeven dat rechters een eigen verantwoordelijkheid hebben als het gaat om beantwoorden van rechtsvragen. Zij zijn onderdeel van de rechtspraak en zij kunnen ieder voor zich bijdragen aan het probleemoplossend vermogen van de rechtspraak. De rechtspraak functioneert dan vanuit een bottom-up benadering. Ten tweede vinden rechters het een uitdaging om zelf na te denken over complexe rechtsvragen die in een strafzaak zijn gerezen en te trachten om zelf tot een adequate beantwoording te komen. Ten derde dreigt in een juist een top-down benadering wanneer feitenrechters veelvuldig gebruik gaan maken van een prejudiciële procedure. Ten slotte kan er bij rechtsvragen die voortkomen uit nieuwe wetgeving nog te weinig rechtspraak zijn om als Hoge Raad op voort te bouwen (zie ook reeds paragraaf 6.5.5).

8.4.4 Veranderende positie van de Hoge Raad

In een prejudiciële procedure kan de Hoge Raad op een andere manier dan als cassatierechter optreden bij de beoordeling van de prejudiciële vraag. Er is geen vonnis, arrest en/of cassatiemiddelen waaraan de Hoge Raad is gebonden. Hij kan een meer rechtsvraaggerelateerde opstelling verkiezen (zie paragraaf 6.5.3). Dat staat ter keuze van

de Hoge Raad. Hier dient de Hoge Raad te waken voor een al te zeer wetgevende rol door een te extensieve interpretatie. Het materieelstrafrechtelijk legaliteitsbeginsel van art. 1 Sr verzet zich daartegen.[3] Echter, om de Hoge Raad hier te positioneren als 'semi-wetgever' (zie paragraaf 6.5.3) gaat ons te ver. Dat suggereert dat de Hoge Raad op de stoel van de wetgever komt te zitten. Het is realiteit dat de Hoge Raad (net als feitenrechters overigens) rechtsregels geeft, maar hij doet dat in het kader van de uitleg en toepassing van het recht in een concrete strafzaak. Bovendien miskent het argument van de Hoge Raad als 'semi-wetgever' dat een kenmerk van een prejudiciële procedure is dat naast de feitenrechter ook de verdediging en het Openbaar Ministerie het stellen van een prejudiciële vraag kunnen initiëren (zie hierna paragraaf 8.5.5).

8.4.5 Indammende werking van een prejudiciële procedure?

In de strafrechtelijke literatuur is gewezen op een effect van een mogelijke prejudiciële procedure in het strafrecht. De idee is dat wanneer in een prejudiciële procedure antwoord van de Hoge Raad is verkregen, de strafzaak door de feitenrechter definitief kan worden beslist. Deze gedachte zien we ook terug in het kader van de civielrechtelijke prejudiciële procedure (zie paragraaf 4.8.1). Alsdan zouden verdediging en Openbaar Ministerie geen behoefte meer hebben aan het alsnog aanwenden van de gewone rechtsmiddelen van hoger beroep en cassatie. Ook zou het antwoord van de Hoge Raad voor andere lopende strafzaken waarin dezelfde of een soortgelijke rechtsvraag aan de orde is, de gang naar de Hoge Raad zinledig maken. Alsdan zullen minder strafzaken de Hoge Raad bereiken en draagt een prejudiciële procedure bij aan het indammen van de binnenkomende zaken bij de Hoge Raad (zie paragraaf 6.5.2).

In de strafrechtelijke literatuur is evenwel al onderkend dat dit argument niet overtuigend is, omdat zeker in het strafrecht de neiging zal zijn om door te procederen. En bovendien kunnen verdediging en Openbaar Ministerie om andere hun moverende redenen in hoger beroep en/of in cassatie gaan. De respondenten bevestigen deze benadering (paragraaf 7.5.3).

8.4.6 Nieuwe onduidelijkheden

Onderkend moet worden dat invoering van een prejudiciële procedure in het strafrecht gepaard zal gaan met onduidelijkheden (zie paragraaf 6.5.6). De verdediging, het Openbaar Ministerie, de feitenrechter en de Hoge Raad zullen de (on)mogelijkheden van een dergelijke nieuwe procedure moeten gaan verkennen. Dat is evenwel een afnemende kwestie, want in het gebruik van de prejudiciële procedure zullen zich lijnen gaan aftekenen en onduidelijkheden zullen worden weggenomen. Het is derhalve alleen een praktisch tegenargument van beperkte duur. Bovendien kan voor wat betreft voorschriften die worden overgenomen van de prejudiciële procedure in het civiele recht ook worden teruggevallen op de ervaringen met het civiele recht. De ervaringen met die procedure laten ten slotte zien dat eventuele onduidelijkheden zich laten oplossen. Evenzo bij bijvoorbeeld de prejudiciële procedure bij het HvJ EU.

8.4.7 Voorlopige hechtenis

Bij een eerste gedachte over een prejudiciële procedure in het strafrecht gaat de aandacht meteen uit naar de voorlopig gehechte verdachte. Dat wordt vaak prima facie als knelpunt gezien (zie paragraaf 1.3, 6.5.1, 7.5.1, 7.11.1). Wanneer immers verdachte zich in voorlopige hechtenis bevindt en het strafproces wordt onderbroken doordat een prejudiciële vraag wordt gesteld, dan blijft als uitgangspunt zijn vrijheidsbeneming voortduren totdat het

[3] Zie o.m. De Hullu 2015, p. 100-111.

strafproces heeft geleid tot een einduitspraak. Tegelijkertijd volgt uit het EVRM dat voorarrest zo beperkt mogelijk wordt toegepast.[4] Het is volgens ons echter de vraag of hier een aandachtspunt ligt dat een obstakel vormt voor invoering van een prejudiciële procedure in het strafrecht. Verschillende situaties moeten worden onderscheiden.

Ten eerste het geval dat in diverse strafzaken dezelfde zuivere rechtsvraag speelt. Iets dat niet ondenkbaar is, nu wordt verlangd dat de rechtsvraag een zaaksoverstijgend belang heeft (zie verder paragraaf 8.5.4). In dat geval kan binnen de keten van de strafrechtspraak overleg plaatsvinden over de kwestie in welke strafzaak de prejudiciële vraag wordt gesteld. Dergelijk overleg pleegt in de praktijk reeds plaats te vinden als in verschillende strafzaken belangrijke rechtsvragen spelen. Ook de eerder beschreven informele versnelde procedure gaat uit van dergelijk overleg (zie paragrafen 6.5.4 en 8.3.2). Bij het bepalen van de strafzaak waarin de prejudiciële vraag zal worden gesteld, dient de voorkeur uit te gaan naar de strafzaak waarin de verdachte niet in voorlopige hechtenis zit. De strafzaak waarin de verdachte wel in voorlopige hechtenis zit, kan gewoon worden afgedaan.

Ten tweede de gevallen dat vooralsnog in slechts in één strafzaak een zuivere rechtsvraag aan de orde is en de verdachte in die strafzaak voorlopig gehecht is dan wel dat in meer strafzaken die rechtsvraag opkomt en de verdachte in alle strafzaken voorlopig gehecht is. In deze gevallen komt het aan op de feitenrechter. In een wettelijke regeling van een strafrechtelijke prejudiciële procedure zou hij bevoegd zijn tot het stellen van een prejudiciële vraag. Dat betekent dat de feitenrechter in de concrete omstandigheden van de voorliggende strafzaak moet beoordelen of het belang dat is gediend met het stellen van een prejudiciële vraag – en daarmee ziet op een zaaksoverstijgend belang – opweegt tegen het individuele recht van verdachte op een zo kort mogelijke vrijheidsbeneming. Een dergelijke afweging is zeker niet ongewoon voor de feitenrechter; hij maakt deze afweging ook wanneer bijvoorbeeld onderzoekshandelingen worden verzocht of gevorderd dan wel ambtshalve worden overwogen en die onderzoekshandelingen betekenen dat het onderzoek ter zitting moet worden aangehouden. De feitenrechter weegt dan het algemene belang van de strafvordering af tegen het persoonlijke belang van het recht op vrijheid in het licht van de concrete omstandigheden van het geval. Voor de verdachte geldt nog de mogelijkheid om op verschillende momenten en meermalen een verzoek tot opheffing van de voorlopige hechtenis (art. 69 Sv) in te dienen. Zo kan naarmate de tijd voortschrijdt tijdens de prejudiciële procedure wel de regel van art. 67a lid 3 Sv van toepassing worden. Dat leidt dan tot een opheffing van de voorlopige hechtenis.

Voorts kan de feitenrechter gebruik maken van de mogelijkheid om de voorlopige hechtenis te schorsen in afwachting van de uitkomst van de prejudiciële procedure. De schorsingsregeling van de voorlopige hechtenis biedt door haar open karakter van de schorsingsvoorwaarden (art. 80 Sv) veel mogelijkheden om te waarborgen dat verdachte ter beschikking van justitie blijft. Bij een schorsing van de voorlopige hechtenis heeft het instellen van de prejudiciële procedure en de duur dan geen invloed op de vrijheidsbeneming van verdachte door voorlopige hechtenis, al kunnen de schorsingsvoorwaarden wel beperkingen voor verdachte met brengen.

Bij dit alles moet worden bedacht dat wanneer verdachte tijdens het aanhangig zijn van zijn strafzaak voorlopig gehecht is en diens voorlopige hechtenis bij de einduitspraak niet wordt geschorst of opgeheven, hij voorlopig gehecht blijft, ook als hij een gewoon rechtsmiddel aanwendt. Dat betekent dat een verdachte in wiens strafzaak in eerste aanleg een rechtsvraag aandient die beoordeling door de Hoge Raad verlangt en die via de normale

[4] O.m. Kristen 2011, p. 151.

weg van hoger beroep en dan cassatie aan de Hoge Raad wordt voorgelegd, uiteindelijk langer in voorlopige hechtenis blijft dan wanneer in eerste aanleg een prejudiciële vraag zou zijn gesteld.[5]

In de strafrechtelijke literatuur is ten slotte nog voorgesteld om alvorens een prejudiciële vraag te stellen van de voorlopig gehechte verdachte toestemming te verkrijgen voor het stellen van de prejudiciële vraag, omdat de vrijheidsbeneming vanwege voorlopige hechtenis tijdens de prejudiciële procedure zal blijven voortduren, tenzij de voorlopige hechtenis wordt geschorst.[6]

Wij opteren voor de praktische oplossing dat de feitenrechter die overweegt een prejudiciële vraag te stellen, al dan niet op verzoek of op vordering van de verdediging respectievelijk Openbaar Ministerie, zelf in de concrete omstandigheden van de strafzaak de afweging maakt tussen het algemeen belang dat het antwoord op de rechtsvraag kan dienen en het individuele recht op vrijheid. Die oplossing wordt ook voorgestaan door respondenten in expert meetings en interviews (paragraaf 7.11.1).

8.4.8 Kosten

Uiteraard moet onder ogen worden gezien dat het invoeren van een prejudiciële procedure en vervolgens het gebruik daarvan kosten met zich brengt voor de overheid en meer specifiek de rechtspraak (zie paragraaf 6.5.7). Er staat evenwel wel iets tegenover, iets dat niet (goed) in geld valt uit te drukken en toch heel belangrijk is. Dat is de kwaliteitsverbetering die kan worden gerealiseerd in de strafrechtspleging. De Hoge Raad kan immers invulling geven aan diens taak op het vlak van rechtseenheid, rechtsvorming en rechtsbescherming (zie paragrafen 6.4.2-6.4.3). En de feitenrechter kan in de strafzaak waarin de prejudiciële vraag is gesteld, alsook in andere strafzaken waarin dezelfde of een soortgelijke rechtsvraag aan de orde is, die zaak beslissen met inachtneming van het oordeel van de Hoge Raad. Dat draagt bij aan de kwaliteit van diens uitspraak (zie paragraaf 6.4.4).

Wanneer na een prejudiciële procedure alsnog in hoger beroep en cassatie wordt gegaan lopen de kosten nog meer op. Daar valt tegen in te brengen dat niet valt te verwachten dat in strafzaken waarin een prejudiciële vraag is gesteld steeds in appel en/of cassatie wordt gegaan. Als deze gewone rechtsmiddelen alsnog worden aangewend, zullen de redenen daarvoor zijn gelegen in ofwel een bezwaar tegen de toepassing van het antwoord in de concrete strafzaak, ofwel een andere rechtsvraag, ofwel – met name ingeval van hoger beroep – een bezwaar over de feiten en/of de strafmaat. De prejudiciële kwestie is immers door de Hoge Raad afgedaan; dat is in de vervolgprocedure(s) ook winst. Daarbuiten moet worden bedacht dat ook na de reguliere gang naar de Hoge Raad via de gewone rechtsmiddelen van hoger beroep en cassatie of via het buitengewone rechtsmiddel van cassatie in het belang der wet een strafzaak nogmaals via cassatie bij de Hoge Raad terechtkomt. De rechtspraktijk laat daarvan voorbeelden zien. In het strafrecht zien we vaker dat wordt 'doorgeprocedeerd'.

Het aanwenden van een prejudiciële procedure zal voor de verdachte kosten met zich brengen. Het zal in elk geval kosten voor rechtsbijstand betreffen, en daarnaast kan sprake zijn van schade als gevolg van een latere beslissing in zijn strafzaak (zie paragraaf 6.5.7). Voor de kosten van verdachte zal een voorziening moeten worden getroffen. Met het stellen van een prejudiciële vraag wordt immers een rechtsvraag met zaaksoverstijgend belang, en

5 Zie Kristen 2011, p. 151.
6 Zie verder Kristen 2011, p. 152.

die dus niet per se samenvalt met de persoonlijke belangen van verdachte (maar waarbij dat wel het geval kan zijn), voorgelegd aan de Hoge Raad. De kosten die daaruit voortvloeien dienen dan niet ten laste van verdachte te komen.

Voor de vertragingsschade moet voorts worden opgemerkt dat deze moeilijk zal zijn vast te stellen of zelfs niet reëel is. Want wijst het stellen van een prejudiciële vraag er niet op dat er een kwestie in de strafzaak heeft gespeeld waarvoor het in de lijn der verwachtingen ligt dat als de feitenrechter deze rechtsvraag zelf had beslist, verdachte dan niet zelf in hoger beroep en/of cassatie was gegaan? En dat het daarmee nog langer had geduurd voordat verdachte een onherroepelijke einduitspraak in zijn strafzaak had verkregen?

8.5 Voorwaarden te stellen aan een mogelijke prejudiciële procedure

8.5.1 Introductie

Uit de combinatie van de strafrechtelijke literatuurstudie, het empirisch onderzoek en de bevindingen van de evaluatie van de civielrechtelijke prejudiciële procedure komt naar voren dat de invoering van een prejudiciële procedure in het strafrecht mogelijk is, mits er voorwaarden worden gesteld aan de wettelijke regeling van zo'n procedure. Een belangrijk deel van die voorwaarden beschouwen wij als kenmerken van een in te voeren wettelijke regeling. Een ander deel van die voorwaarden betreffen meer technische punten waarvoor voorzieningen moeten worden getroffen, bijvoorbeeld in de wettelijke regeling van een prejudiciële procedure. Wij bespreken beide soorten voorwaarden hierna.

8.5.2 Alleen voor zuivere rechtsvragen

Een prejudiciële procedure in het strafrecht dient enkel en alleen open te staan voor zuivere rechtsvragen. Dat zijn vragen die alleen juridisch van aard zijn en niet zijn verweven met feiten. Het zijn rechtsvragen die kunnen worden beantwoord zonder kennis van de feiten van de onderliggende strafzaak. Dat wil niet zeggen dat de feitelijke context niet relevant is. Die feitelijke context geeft immers aan tegen welke achtergrond de rechtsvraag is opgekomen. Dat geeft de (mogelijke) betekenis van de rechtsvraag in de zin van op welk punt, hoe en met welke gevolgen draagt het antwoord op de rechtsvraag bij aan of is deze van invloed op het verbinden van rechtsgevolgen aan bepaalde feiten. Voor de beantwoording van de rechtsvraag moet de Hoge Raad dan ook kennis kunnen nemen van die feitelijke context. Evenals bij de prejudiciële procedure in het civiele recht het geval is, zouden ook bij een strafrechtelijke prejudiciële procedure de processtukken op zijn verzoek aan de Hoge Raad moeten worden gezonden (vgl. art. 393 lid 4), waarbij kan worden opgemerkt dat hij daar in civiele zaken steeds om vraagt (zie paragraaf 3.3.6.4).

Het voorgaande betekent dat een prejudiciële procedure in het strafrecht niet open moet staan voor de zogenoemde gemengde vragen. Dat zijn vragen die naast een zuivere rechtsvraag ook feitelijke elementen bevatten. Een gemengde vraag is een rechtsvraag die kan leiden tot wat cassatie-technisch als een gemengde beslissing kan worden gekwalificeerd. En een gemengde beslissing is een beslissing die juridische en feitelijke elementen in zich verenigt (zie paragraaf 3.3.10). Dergelijke feitelijke elementen zijn bijvoorbeeld omstandigheden die de feitenrechter in zijn oordeel zou moeten betrekken bij toepassing van een rechtsregel die de Hoge Raad als antwoord op de rechtsvraag heeft geformuleerd en welke omstandigheden de Hoge Raad dan in zijn antwoord heeft aangeduid.

In de civielrechtelijke prejudiciële procedure kunnen gemengde vragen worden gesteld; de wetgever heeft uitdrukkelijk die mogelijkheid geboden,[7] ondanks kritiek daarop in de literatuur. Uit het evaluatieonderzoek van de civielrechtelijke prejudiciële procedure blijkt dat een beperkt aantal gemengde vragen door de Hoge Raad zijn ontvangen en beantwoord (zie paragraaf 3.3.10). Dit betekent dat de Hoge Raad zich over feitelijke elementen in die vragen heeft uitgesproken. Waar dat in het civiele recht nog verenigbaar kan worden geoordeeld met de taak van de Hoge Raad als cassatierechter (zie paragraaf 3.3.10), zou dat in het strafrecht spanning opleveren met de onschuldpresumptie en het vereiste van rechterlijke onpartijdigheid en onafhankelijkheid.

Een gemengde vraag betekent namelijk dat ook de vaststelling van feiten onderdeel is van de vraag aan de Hoge Raad. Voor de formulering van de vraag dient de feitenrechter dan die feiten vast te stellen. Dat betekent dat de feitenrechter zich voorafgaande aan de beantwoording van de voor- en hoofdvragen van artikelen 348-350 Sv uit moet laten over die feiten. Dat kan een oordeel over de schuld of onschuld van de verdachte verlangen; dat verdraagt zich niet met de onschuldpresumptie. Bovendien geeft de feitenrechter dan blijk van zijn opvatting over die feiten en dat kan blijk geven van vooringenomenheid. En stel dat de Hoge Raad de gemengde vraag zou ontvangen en beantwoorden, dan zijn de daarmee betrokken feiten vastgesteld door feitenrechter en is diens oordeel gesauveerd door de Hoge Raad. Als de feitenrechter vervolgens met inachtneming van het antwoord van de Hoge Raad de voorliggende strafzaak wil gaan beslissen, dan kan het zijn dat hij in het kader van de beantwoording van de voor- en hoofdvragen van artikelen 348-350 Sv tot een andere vaststelling van feiten komt, die conflicteert met de feiten zoals die waren vastgesteld bij het formuleren van de gemengde vraag.

In het verlengde hiervan ligt het wetssystematische argument dat het beslissingsschema van de artikelen 348-350 Sv uit elkaar wordt getrokken. Ingevolge dit beslissingsschema dient de vraag of het tenlastegelegde bewezen kan worden verklaard te worden beantwoord na afronding van het onderzoek ter zitting, gehoord alle procesdeelnemers over de strafzaak zoals die initieel aan de rechter is gepresenteerd met het dossier, en daarmee met alle beschikbare informatie, waaronder ook non-verbale zittingsinformatie. Wordt nu de beoordeling van een feitelijke kwestie, die uit de aard der zaak ongetwijfeld samenhangt met het tenlastegelegde (anders zou er geen relevante gemengde rechtsvraag spelen), als het ware naar voren gehaald omdat die in het kader van de gemengde rechtsvraag vast moet worden gesteld voor beantwoording van die rechtsvraag in een prejudiciële procedure,[8] dan wordt dit onderdeel losgekoppeld van de overige bewijsvragen en de hoofdvragen van art. 350 Sv.

Een dergelijk naar voren halen van de beoordeling van bepaalde feiten in het kader van een gemengde vraag die in een prejudiciële procedure is beantwoord, kan ook uitwerking hebben op de strategie van verdediging en/of Openbaar Ministerie voor het vervolg van het strafproces. Na het antwoord van de Hoge Raad op de prejudiciële vraag zijn bepaalde feiten vast komen te staan. De verdediging en/of het Openbaar Ministerie kunnen zich gaan richten op het ter discussie stellen van die feiten. Aldus ontstaat er een verkapte tweede instantie binnen hetzelfde strafproces, en dat kan de feitenrechter in een lastig parket brengen.

---

7 Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, nr. 3, p. 9-10.

8 Dat zal dan vooral gebeuren door de feitenrechter die de prejudiciële vraag stelt. Niet is uitgesloten dat ook de Hoge Raad voor de beantwoording van een gemengde vraag wordt gedwongen impliciet of expliciet uit te gaan van het vaststaan van bepaalde feiten.

Uit het voorgaande volgt onzes inziens dat een mogelijke prejudiciële procedure geen ruimte moet bieden voor het stellen van gemengde vragen. Die procedure dient alleen open te staan voor zuivere rechtsvragen. Gemengde vragen lenen zich in de eigen context van het strafrecht niet voor beantwoording bij wijze van prejudiciële beslissing, zodat de Hoge Raad onzes inziens zal moeten afzien van de beantwoording daarvan (vgl. art. 393 lid 8 Rv). De wetgever zou dit expliciet in de memorie van toelichting kunnen neerleggen. Het standpunt dat in een strafrechtelijke prejudiciële procedure geen ruimte moet zijn voor het stellen van gemengde vragen wordt breed gedeeld in de expert meetings en interviews (zie paragraaf 7.10.2.1). Dit geluid is eerder naar voren gekomen. Kristen maakt melding van de opvatting die duidelijk in workshops van een in 2010 georganiseerd congres[9] naar voren is gekomen, namelijk dat een prejudiciële procedure geen ruimte moet bieden voor gemengde rechtsvragen.[10] In de strafrechtelijke literatuur is overigens de kwestie van gemengde rechtsvragen niet uitgebreid aan de orde geweest.[11]

Tegelijkertijd wordt ook in de interviews erkend dat rechtsvragen in het strafrecht vaak niet los kunnen worden gezien van de feitelijke context. In dit licht is het de vraag of een strikt onderscheid tussen rechtsvragen en feitelijke vragen vol te houden is. In elk geval is wel een aantal waarborgen beschikbaar en denkbaar om te voorkomen dat in een prejudiciële procedure te veel wordt vooruitgelopen op feiten:[12]

1) In de prejudiciële procedure is de Hoge Raad gebonden aan de cassatiegronden van schending van het recht en vormverzuimen (art. 79 lid 1 RO);
2) De Hoge Raad kan 'aanstonds' afzien van het beantwoorden van de prejudiciële vraag indien voorshands duidelijk is dat dit een gemengde rechtsvraag is die niet kan worden beantwoord zonder een oordeel te vellen over een feitelijke kwestie. Dit kan worden gerealiseerd binnen het verband van een met de civielrechtelijke prejudiciële procedure overeenstemmende groen of rood licht-procedure op basis van art. 393 leden 1 en 8 Rv (waarover paragraaf 8.5.10);
3) Blijkt een later in de prejudiciële procedure pas dat de beantwoording van een prejudiciële vraag sterk samenhangt met de feitelijke omstandigheden van het geval, dan kan de Hoge Raad afzien van beantwoording van de vraag dan wel zich terughoudend opstellen en zich beperken tot een vrij abstract antwoord;
4) Voor het stellen van een prejudiciële vraag kan de feitenrechter volstaan met een weergave van de tenlastelegging, al dan niet aangevuld met enkele feiten. Aldus geeft de feitenrechter '(…) een summier overzicht van het voorwerp van het geschil en de relevante feiten (…)' nodig '(…) voor een goed begrip van het feitelijk en juridisch kader (…)'. Dat kan dan behelzen '(…) een uiteenzetting van de feitelijke gegevens waarop de prejudiciële vragen berusten.'[13] De feitenrechter hoeft geen vastgestelde feiten aan te leveren.[14] Te denken valt aan een korte, zakelijke beschrijving van de casus op zeg één A4-tje. Het gaat immers enkel om het verschaffen van een feitelijke context. Daarbij dient de Hoge Raad er van uit te gaan dat deze feiten niet zijn vastgesteld. Wel kan de Hoge Raad rekening houden met feiten waarvan hij kennis neemt tijdens de prejudiciële

---

9 Het congres 'De Hoge Raad in 2025: contouren van de toekomstige cassatierechtspraak', op 4 juni 2010 gehouden te Utrecht en waarvan de bundel Hol, Giesen & Kristen 2011 de weerslag bevat.

10 Kristen 2011, p. 147.

11 Kristen 2011, p. 146-147, besteedt er aandacht aan en noemt de hiervoor gegeven argumenten.

12 Geïnspireerd op opmerkingen hierover in de memorie van toelichting bij de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, nr. 3, p. 7-10, de Aanbevelingen aan de nationale rechterlijke instanties over het aanhangig maken van prejudiciële procedures, *Pb EU* 2012, C 338/1 van het HvJ EU, p. 3-4 en de beschouwingen in paragraaf 3.3.10.

13 Aldus onderdelen lenend van uit de aanbevelingen van het HvJ EU, zie voorgaande noot, p. 3.

14 Anders dan art. 392 lid 3 Rv verlangt in de civielrechtelijke prejudiciële procedure en anders bij de prejudiciële procedure bij het HvJ EU, zie aanbevelingen, p. 3.

procedure. Daarbij moet met name worden gedacht aan feiten die uit het strafdossier blijken alsook aan feiten die uit de inbreng van verdediging en Openbaar Ministerie en derden naar voren komen (zie paragrafen 8.5.10-8.5.11);
5) De feitenrechter zou af moeten zien van het stellen van een prejudiciële vraag indien deze vraag te nauw is verweven met de feiten, en dan ofwel de rechtsvraag zelf moeten beantwoorden, ofwel het stellen van de prejudiciële vraag kunnen uitstellen tot een later moment in de strafprocedure (bijvoorbeeld pas tegen de sluiting van het onderzoek ter zitting aan of zelfs pas in hoger beroep);
6) Blijken de feiten na het antwoord op de prejudiciële vraag anders te liggen dan waar de vragen stellende feitenrechter en de Hoge Raad van uit zijn gegaan, dan kan de feitenrechter uiteraard een andere beslissing nemen dan waarop het antwoord van de Hoge Raad op de prejudiciële vraag lijkt te zien. Dit is ook praktijk bij de prejudiciële procedure in het civiele recht, zie paragraaf 3.3.10.

Uit dit overzicht blijkt dat waarborgen kunnen worden gevonden in wat wij aanstonds de poortwachterfunctie van zowel Hoge Raad als feitenrechter zullen noemen (zie paragrafen 8.5.5 en 8.5.6). Uit het evaluatieonderzoek van de prejudiciële procedure in het civiele recht blijkt dat deze poortwachterfunctie ook werkt. Feitenrechters blijken in de overgrote meerderheid van de gevallen zuivere rechtsvragen te stellen, althans de Hoge Raad pakt de gestelde prejudiciële vragen als zodanig op. Van de 47 onderzochte subvragen waren er slechts 6 gemengd. Vooral de vragen gesteld op de grond van art. 392 lid 1 sub a Rv, de massavorderingsgrond, blijken een gemengd karakter te hebben (zie paragraaf 3.3.10). Juist deze grond past niet in het strafrecht (zie hierna paragraaf 8.5.4). Daarmee is goede aanleiding te veronderstellen dat een prejudiciële procedure in het strafrecht zich in de praktijk kan beperken tot zuivere rechtsvragen.

8.5.3 Alleen voor rechtsvragen uit een concrete strafzaak?

Via de prejudiciële procedure in het strafrecht zouden enkel en alleen zuivere rechtsvragen aan de Hoge Raad moeten kunnen worden voorgelegd in een concrete strafzaak die onder de feitenrechter is. Deze beperking is ingegeven door de gebleken behoefte van een prejudiciële procedure en daarmee het doel en de functie van de procedure. De prejudiciële procedure strekt er immers toe de feitenrechter de gelegenheid te bieden om een rechtsvraag in een concrete strafzaak met advies van de Hoge Raad in de vorm van beantwoording van zijn rechtsvraag te kunnen beantwoorden en daarmee een uitspraak te kunnen doen in de strafzaak. Alsdan worden de rechtsvorming, de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling gediend en daarmee deze voordelen verwezenlijkt.

Wanneer niet de beperking geldt tot rechtsvragen uit een concrete strafzaak, zal een prejudiciële procedure in het strafrecht een ander karakter krijgen. De Hoge Raad wordt dan 'vraagbaak' voor allerhande rechtsvragen. Dat kunnen rechtsvragen zijn die op zichzelf genomen heel interessant en ook relevant kunnen zijn, maar niet relevant zijn om in een concrete strafzaak tot een uitspraak te komen. De vraag rijst dan wat de noodzaak is om in een dergelijk geval reeds nu, dat wil zeggen voordat de rechtsvraag speelt in een of meer strafzaken, een uitspraak van de Hoge Raad over de kwestie te wensen en daarmee beslag te leggen op de capaciteit van de Hoge Raad ten koste van concrete strafzaken waarin cassatie is ingesteld of – straks – een prejudiciële vraag is gesteld. Voorts ontstaat volgens ons aldus het wezensvreemde element in de strafrechtspraak waarop wij hiervoor reeds hebben gewezen, namelijk dat de Hoge Raad dan niet meer bezig is met rechtspreken in de zin van geschilbeslechting (zie paragraaf 8.3.2). Op grond van het voorgaande zijn wij vooralsnog geen voorstander van de mogelijkheid om de Hoge Raad buiten het verband van een concrete strafzaak om rechtsvragen te laten beantwoorden (zie paragraaf 7.6.1).

Tegen de achtergrond van het voorgaande ligt het in de rede dat in een wettelijke regeling van een prejudiciële procedure in het strafrecht de voorwaarde wordt opgenomen dat de beantwoording van de rechtsvraag 'nodig' en/of 'rechtstreeks van belang' is voor het nemen van beslissingen in het kader van de voor- en hoofdvragen van het beslissingsschema van artikelen 348-350 Sv. Een dergelijk criterium kent ook de wettelijke regeling van de civielrechtelijke prejudiciële procedure. Art. 392 lid 1 Rv verlangt namelijk dat een vraag alleen kan worden gesteld '(…) indien een antwoord op deze vraag nodig is om op de eis of het verzoek te beslissen (…)'. De evaluatie van de civielrechtelijke prejudiciële procedure wijst uit dat dit criterium werkt. Het blijkt zelden een probleem op te leveren; het is alleen in een van de eerste prejudiciële procedures een aandachtspunt geweest en heeft ertoe geleid dat de Hoge Raad de gestelde prejudiciële vraag niet heeft beantwoord (zie paragraaf 3.3.4.5).

8.5.4 Ingangscriteria

In de expert meetings is benadrukt dat een strafrechtelijke prejudiciële procedure bedoeld is voor rechtsvragen met een zaaksoverstijgend belang. In de wettelijke regeling van de prejudiciële procedure in het civiele recht heeft de wetgever dit zaaksoverstijgende belang uitgedrukt in de grondslagen van kort gezegd massavorderingen en 'talrijke andere uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen' (zie art. 392 lid 1 sub a en b Rv, en paragraaf 3.3.4.1). Aldus is het kwantitatieve aspect beslissend om te bepalen of een rechtsvraag een zaaksoverstijgend belang heeft. Uit de interviews komt echter naar voren dat men moeite heeft met een eventuele eis dat de te stellen rechtsvraag voor 'talrijke' andere zaken relevant zou moeten zijn. Het overnemen van dit criterium uit het civiele recht zou ertoe kunnen leiden dat het stellen van een prejudiciële vraag in strafzaken een zeldzaamheid blijft. Ook vragen die slechts in enkele zaken in den lande spelen, kunnen dermate belangrijk zijn dat zij een antwoord van de Hoge Raad verdienen (zie paragraaf 7.10.2). In dergelijke gevallen wordt overigens in de praktijk het civielrechtelijke criterium ook reeds vervuld geacht (zie paragraaf 3.3.4.1). Beslissend is of de desbetreffende rechtsvraag (potentieel) van belang kan zijn voor andere zaken. De vraag moet een zaaksoverstijgend karakter bezitten. Bij een zuivere rechtsvraag zal dit steeds het geval zijn. Zuivere rechtsvragen hebben immers een algemene betekenis en zijn dus per definitie van belang voor andere geschillen (zie paragraaf 3.3.4.4). Ten slotte past een criterium van 'talrijke' andere zaken niet bij de gedachte om ook in zogenoemde megazaken het stellen van een prejudiciële vraag mogelijk te maken, ongeacht of die vraag ook in andere zaken relevant is (zie paragraaf 8.3.1).

In dit verband kan worden opgemerkt dat het 'talrijkheidsvereiste' evenmin is overgenomen in de fiscale prejudiciële procedure, waar volstaat dat het antwoord op de gestelde vraag nodig is om op het beroep te beslissen (art. 27ga lid 1 AWR). Tot capaciteitsproblemen hoeft het loslaten van deze eis niet te leiden, aangezien de strafkamer – net als de civiele kamer (op grond van art. 393 lid 8 Rv) en de belastingkamer – zal moeten kunnen afzien van beantwoording indien zij meent dat de vraag zich niet voor beantwoording leent of als zij de vraag van onvoldoende gewicht acht (zie paragraaf 3.3.4.3).

Anders dan in het civiele recht kan voor het strafrecht een ander, aanvullend criterium worden overwogen, voor het geval dat wordt vastgehouden aan het talrijkheidscriterium of een vergelijkbaar, kwantitatief ingesteld criterium. Dat aanvullende criterium dient de prejudiciële procedure open te stellen voor een rechtsvraag die opkomt in een strafzaak (met één of meer verdachten) die een bijzonder gewicht heeft. Het gaat dan om strafzaken die omvangrijk zijn in termen van aantal tenlastegelegde feiten, waarbij het ernstige misdrijven betreft, en waarbij sprake kan zijn van een groep van verdachten en/of een groep van slachtoffers. Dergelijke strafzaken plegen ook media-aandacht te krijgen en mede

daardoor maatschappelijke onrust teweeg te brengen. Er staat dan veel op het spel voor de verdachte, het Openbaar Ministerie en de rechtspraak. Het juridisch debat over het interpreteren en het toepassen van een materieelstrafrechtelijk voorschrift of leerstuk dan wel een strafvorderlijk voorschrift of leerstuk kan hier op het scherpst van de snede en in elk geval onder het vergrootglas van de media worden gevoerd. Een voortvarende berechting mogelijk gemaakt doordat een rechtsvraag opkomend in die strafzaak via een prejudiciële procedure aan de Hoge Raad kan worden voorgelegd, kan bijdragen aan het kanaliseren van maatschappelijke onrust door de strafrechtspraak. Wij denken bij dit type van strafzaken aan de zogenoemde 'megazaak' (zie paragraaf 8.3.1). Tegelijkertijd onderkennen wij dat het wetstechnisch complex kan zijn een dergelijk type zaak in een wettelijk criterium te vatten dat zowel de feitenrechter als de Hoge Raad in staat stelt hun poortwachtersfunctie te kunnen vervullen (zie paragrafen 8.5.5 en 8.5.6). Als het talrijkheidscriterium wordt losgelaten wordt deze complicatie vermeden, aangezien de formulering van een afzonderlijk criterium voor 'megazaken' dan niet meer noodzakelijk is.

8.5.5 Wie kunnen prejudiciële vragen stellen?

De bevoegdheid tot het stellen van prejudiciële vragen zou moeten toekomen aan alle feitenrechters. Dat zijn alle rechters in eerste en tweede aanleg, zowel enkelvoudige als meervoudige kamers, voor wie in strafzaken een rechtsgeding ter terechtzitting wordt gevoerd. Zij kunnen allen in het strafproces worden geconfronteerd met een zuivere rechtsvraag waarvan de beantwoording nodig is om tot een einduitspraak te kunnen komen. Voor al deze feitenrechters geldt dat argumenten voor het invoeren van een prejudiciële procedure (zie paragraaf 8.3) gelding hebben, al zijn de voordelen voor de eerste aanleg vaak wat pregnanter. Zo is de tijdwinst volgend uit het eerder verkrijgen van een oordeel van de Hoge Raad groter dan bij het stellen van een prejudiciële vraag in hoger beroep, kan de bijdrage van de Hoge Raad aan de rechtseenheid, rechtsvorming en rechtsbescherming eerder vorm krijgen, worden tegenstrijdige uitspraken in eerste aanleg eerder voorkomen, en lijkt het redelijk te verwachten dat na een juiste toepassing van het antwoord van de Hoge Raad in eerste aanleg geen hoger beroep wordt ingesteld (althans niet over het punt waarop de rechtsvraag ziet). Dus alle feitenrechters moeten een ambtshalve bevoegdheid hebben tot het stellen van prejudiciële vragen. Ook in de wettelijke regeling van de prejudiciële procedure in het civiele recht komt de bevoegdheid tot het (ambtshalve) stellen van prejudiciële vragen toe aan enkelvoudige en meervoudige kamers van rechtbanken en hoven.[15]

Nu de bevoegdheid tot het stellen van prejudiciële vragen is gekoppeld aan een concrete strafzaak (zie paragraaf 8.5.3) ligt het voor de hand dat zowel de verdediging als het Openbaar Ministerie de mogelijkheid moet hebben om de rechter voor te stellen om een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad voor te leggen. Evenals bij andere bevoegdheden die de zittingsrechter in strafzaken heeft ingevolge het Wetboek van Strafvordering, zouden de verdediging en het Openbaar Ministerie de feitenrechter moeten kunnen verzoeken respectievelijk vorderen een prejudiciële vraag te stellen. Daarbij zullen zij aannemelijk moeten doen worden dat er gronden zijn voor het stellen van een prejudiciële vraag en dat aan de daartoe te stellen voorwaarden is voldaan. De feitenrechter beslist vervolgens op dit verzoek of deze vordering en bepaalt of en zo ja, welke prejudiciële vraag hij wil stellen.

[15] Zie art. 392 lid 1 Rv. In het wetsvoorstel waren de enkelvoudige kamers uitgesloten omdat de regering wilde voorkomen dat lichtvaardig prejudiciële vragen zouden worden gesteld alsook waarborgen dat de vraag en daarvoor benodigde feiten zou nauwkeurig mogelijk zouden worden geformuleerd. De enkelvoudige kamer die een prejudiciële vraag zou willen stellen, zou de zaak moeten verwijzen naar een meervoudige kamer. Ondanks kritische vragen hierover vanuit de Tweede Kamer hield de regering aanvankelijk aan dit standpunt vast. Pas bij tweede nota van wijzigingen is de beperking vervallen. Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, nr. 3, p. 13 en nr. 6, p. 16, respectievelijk *Kamerstukken II* 2011/12, 32 612, nr. 8.

Hier kan de regeling van art. 392 lid 1 Rv worden gevolgd; die bepaling kent de mogelijkheid dat partijen de civiele rechter verzoeken een prejudiciële vraag te stellen. Tegen de afwijzing van het verzoek of de vordering om een prejudiciële vraag te stellen dient naar onze mening overigens geen rechtsmiddel open te staan (zie paragraaf 8.5.8).

Uit de evaluatie van de civielrechtelijke regeling voor de prejudiciële procedure blijkt dat de prejudiciële vraag in het overgrote deel van de gevallen op initiatief van de rechter wordt gesteld en slechts in enkele gevallen op voorstel van (één van) de partijen. Voor zover kon worden nagegaan, verzetten de procespartijen zich veelal niet tegen het stellen van de vraag (paragraaf 3.3.2). Van de 31 vragen zijn er 19 gesteld door een rechtbank en 12 door een gerechtshof (paragraaf 3.3.3).

In de meeste interviews wordt benadrukt dat de rechter uiteindelijk moet beslissen of de prejudiciële vraag wordt gesteld en daarbij de argumenten van het Openbaar Ministerie en/of de verdediging om dat (niet) te doen moet afwegen (paragraaf 7.10.1). Sommige participanten werpen in de expert meetings de vraag op of de verdediging en het Openbaar Ministerie niet rechtstreeks en in een vroeg stadium (hetgeen dan ook het vooronderzoek zou kunnen omvatten) een rechtsvraag aan de Hoge Raad zouden moeten kunnen voorleggen. De meerderheid is echter van oordeel dat de feitenrechter hier als poortwachter moet fungeren. Hij zal moeten beoordelen of aan de ingangsvoorwaarden is voldaan (onder meer of er een zaaksoverstijgend belang is) en hij zal een voldoende scherpe (zuivere) rechtsvraag moeten formuleren. Het zou hierbij moeten gaan om een bevoegdheid van de zittingsrechter die ook geroepen is om een einduitspraak in de zaak te geven. De regiezitting zou een goed moment zijn om de vraag te stellen, aangezien de vertraging in de strafzaak dan beperkt kan worden gehouden (zie paragraaf 7.4.3).

Uit hoofdstuk 7 blijkt dat de behoefte om een prejudiciële vraag te stellen, vooral in eerste aanleg wordt gevoeld, aangezien het stellen van de vraag in hoger beroep veel minder tijdswinst zou opleveren. Er zijn bovendien veel meer rechtbanken dan gerechtshoven, zodat het risico op rechtsongelijkheid in eerste aanleg het grootst is (zie paragraaf 7.4.3). Dit sluit aan op de ervaring in civiele zaken, waar de meeste vragen, zoals gezegd, door rechtbanken worden gesteld. Dit is echter geen reden om de mogelijkheid om vragen te stellen in hoger beroep wettelijk uit te sluiten, zoals door enkele respondenten is gesuggereerd (paragraaf 7.10.1). Ook in hoger beroep valt immers nog wel enige tijdswinst te behalen, terwijl voorts de andere argumenten voor een prejudiciële procedure evenzeer gelden. Daarnaast moet worden bedacht dat het niet ondenkbaar is dat het belang van de rechtsvraag pas in appel (ten volle) wordt erkend. Ten slotte blijken, zoals vermeld, de gerechtshoven *in civilibus* gebruik te maken van de mogelijkheid om prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen.

8.5.6 Feitenrechter en Hoge Raad zijn beide poortwachter

In een prejudiciële procedure dienen zowel feitenrechter als de Hoge Raad poortwachter te (kunnen) zijn voor het stellen, respectievelijk het ontvangen van prejudiciële vragen. De feitenrechter dient in de eerste plaats te beoordelen of zich in de concrete strafzaak een rechtsvraag voordoet die beantwoording door de Hoge Raad vergt en die voldoet aan de te stellen voorwaarden door een wettelijke regeling van een prejudiciële procedure. Maar hij dient onzes inziens ook te beoordelen of hij die rechtsvraag dan aan de Hoge Raad voorlegt, dan wel dat er redenen zijn om de rechtsvraag zelf te beantwoorden. Die redenen kunnen zijn:

- dat er belangen spelen in de concrete strafzaak die maken dat deze niet de vertraging in de afdoening van de strafzaak als gevolg van de prejudiciële procedure kunnen dulden. Denk aan de situatie dat de verdachte voorlopig gehecht is en die voorlopige hechtenis

niet kan worden opgeheven of geschorst. Ook kan worden gedacht aan de situatie dat sprake is van oneigenlijk gebruik van de prejudiciële procedure (vertragingstactiek van de verdediging, vgl. paragraaf 7.10.4);
- dat er een alternatief is om de rechtsvraag aan de Hoge Raad voor te leggen. Zo kan de feitenrechter ermee bekend zijn dat dezelfde rechtsvraag reeds via cassatie in het belang der wet aan de Hoge Raad is voorgelegd;
- dat de rechtsvraag zich eerst moet uitkristalliseren in de lagere rechtspraak en het derhalve te vroeg is om de rechtsvraag voor te leggen aan de Hoge Raad, zie het tegenargument dat rijping van de rechtsvraag soms nuttig of wenselijk is (paragraaf 8.4.3);
- dat de feitenrechter zelf sturing aan de rechtsvorming wenst te geven en daarmee zijn verantwoordelijkheid neemt als rechter (zie ook paragrafen 8.4.3 en 7.11.4);
- dat de rechtsvraag gemakkelijk door de feitenrechter zelf kan worden beantwoord;
- dat de feitenrechter weet dat dezelfde rechtsvraag reeds als prejudiciële vraag aan de Hoge Raad is voorgelegd;
- dat de rechtsvraag te nauw is verweven met de feiten en derhalve moet worden aangemerkt als een gemengde vraag (zie paragraaf 8.5.2).

Alle genoemde redenen zijn in wezen redenen van opportuniteit. De feitenrechter zou een bevoegdheid toe moeten komen om prejudiciële vragen te stellen, hetgeen impliceert dat hij moet beoordelen of het opportuun is van deze bevoegdheid gebruik te maken.

Wanneer de verdediging en het Openbaar Ministerie de feitenrechter kunnen verzoeken respectievelijk van hem kunnen vorderen om een prejudiciële vraag te stellen, moet de feitenrechter de mogelijkheid hebben om het verzoek of de vordering af te wijzen. De feitenrechter moet de bevoegdheid tot het stellen van een prejudiciële vraag krijgen, en niet een verplichting daartoe (zie paragraaf 8.5.5). Verdediging en/of Openbaar Ministerie moeten derhalve het stellen van een prejudiciële vraag niet kunnen afdwingen (zie ook paragraaf 7.10.1).

Voor de Hoge Raad heeft de poortwachterfunctie ook twee kanten. Ook hij moet allereerst beoordelen of de door de feitenrechter gestelde prejudiciële vraag voldoet aan de nog te ontwikkelen wettelijke en jurisprudentiële voorwaarden. Ten tweede moet de Hoge Raad ruimte hebben om een beleid te voeren ten aanzien van het ontvangen van prejudiciële vragen. Naar ons oordeel kan hier worden aangesloten bij de civiele en de fiscale procedure, waar de Hoge Raad kan afzien van beantwoording indien hij oordeelt dat de vraag zich niet voor beantwoording bij wijze van prejudiciële beslissing leent of de vraag van onvoldoende gewicht is om beantwoording te rechtvaardigen (zie art. 393 leden 1 en 8 Rv alsook paragraaf 3.3.4.3). In dat geval moet de Hoge Raad de mogelijkheid hebben om een vraag niet-ontvankelijk te verklaren (zie paragraaf 7.10.4).

Het genoemde, betrekkelijk ruime criterium geeft de Hoge Raad armslag om beleid te voeren. Enerzijds kan hij daarbij richting geven aan de wijze waarop de prejudiciële procedure wordt gebruikt en aan de feitenrechters demonstreren voor welke gevallen de prejudiciële procedure is bedoeld. Anderzijds kan hij zijn werklast beheersbaar houden en zijn positie als cassatierechter bewaken. Mogelijke redenen om af te zien van beantwoording van een prejudiciële vraag kunnen immers zijn:

- de gestelde prejudiciële vraag is te verweven met feitelijke kwesties en betreft derhalve een gemengde vraag (zie paragraaf 8.5.2);

- de prejudiciële vraag ziet op een rechtsvraag die reeds door de Hoge Raad is beantwoord. Het gaat om een geval van een *acte éclairé*.[16] Een voorbeeld voor de civielrechtelijke prejudiciële procedure levert paragraaf 3.3.4.5 met de bespreking van de *MyGuide*-beslissing;
- de prejudiciële vraag ziet op een rechtsvraag waarop het antwoord al duidelijk is, bijvoorbeeld omdat het antwoord valt af te leiden uit vaste rechtspraak van de Hoge Raad. Hier is sprake van een *acte clair*;[17]
- de prejudiciële vraag is al gesteld of de daarin vervatte rechtsvraag is voorwerp van een lopende gewone cassatieprocedure of cassatie in het belang der wet;
- de prejudiciële vraag komt voor de Hoge Raad te vroeg in die zin dat hij nog geen volledig beeld heeft of kan krijgen over alle betrokken belangen, argumenten en gevallen waarin de rechtsvraag kan spelen, en hij derhalve de rechtsvraag eerst wil laten rijpen bij de lagere rechters (zie paragraaf 8.4.3)[18];
- indien de feitenrechter om wat voor reden dan ook niet adequaat zijn poortwachterfunctie heeft ingevuld en een prejudiciële vraag heeft gesteld die niet of niet in die formulering en vorm aan de Hoge Raad had moeten worden voorgelegd, moet de Hoge Raad in staat zijn om deze prejudiciële vraag niet-ontvankelijk te verklaren of deze zonder nadere motivering onbeantwoord te laten (vgl. paragraaf 7.10.4 en paragraaf 8.5.7)[19];
- indien de in te voeren prejudiciële procedure een aanzuigende werking gaat krijgen en derhalve er een stroom van prejudiciële vragen op gang komt die de capaciteit van de Hoge Raad op dat moment te boven gaat, dan moet de Hoge Raad kunnen prioriteren en selecteren (vgl. ook paragrafen 3.3.4.6, en 5.2.3). Dit geldt ook andersom, dat de Hoge Raad – zeker in het begin – ruimte moet hebben om enige soepelheid te betrachten om zo het stellen van prejudiciële vragen ingang te doen vinden (iets dat bij de prejudiciële procedure in het civiele recht is gebeurd, zie paragraaf 5.1).

Bij alle genoemde redenen moet worden bedacht dat de rechtsvraag later alsnog bij de Hoge Raad terecht kan komen, namelijk via de gewone cassatie of via cassatie in het belang der wet. Zo kan het prioriteren van de ene prejudiciële vraag boven de andere betekenen dat eerstgenoemde rechtsvraag via de prejudiciële procedure op betrekkelijk korte termijn wordt beantwoord, en de andere rechtsvraag op een later moment[20] door de Hoge Raad in een gewone cassatieprocedure zal worden beantwoord.

Als beide hordes (feitenrechter en Hoge Raad) eenmaal zijn genomen, zou het streven wel moeten zijn om alle zuivere rechtsvragen met een zaaksoverstijgend belang te beantwoorden, ongeacht het aantal vragen dat gesteld wordt en de beschikbare capaciteit (zie ook paragraaf 7.10.4).

Kortom, feitenrechters en Hoge Raad moeten op basis van open wettelijke criteria een selectiebeleid kunnen voeren dat ook prioritering en beheersbaarheid van te beantwoorden rechtsvragen mogelijk maakt. Hier moet kunnen worden vertrouwd op de wijsheid van feitenrechters en Hoge Raad.

---

[16] Zie ook Kristen 2011, p. 151.

[17] Zie voor art. 393 lid 8 Rv *Kamerstukken I* 2011/12, 32 612, C, p. 6. Zie ook Kristen 2011, p. 151.

[18] Vgl. ook Kristen 2011, p. 151.

[19] Vgl. ook Kristen 2011, p. 151.

[20] Dat kan een bepaald moment zijn, omdat de Hoge Raad weet dat in een andere strafzaak al cassatieberoep is ingesteld, of een onbepaald moment zijn, waarbij – gelet op de zaakstroom richting de Hoge Raad – de verwachting is dat die rechtsvraag wel aan de Hoge Raad zal worden voorgelegd via het gewone rechtsmiddel van cassatie.

8.5.7 Geen motiveringsplicht voor de Hoge Raad voor niet ontvangen prejudiciële vraag

De wettelijke regeling van de prejudiciële procedure in het civiele recht laat toe dat de Hoge Raad bij het afzien van beantwoording van de rechtsvraag volstaat met verwijzing naar de gronden genoemd in art. 393 lid 8 Rv en zonder nadere motivering. Er bestaat derhalve geen motiveringsplicht, al is de Hoge Raad wel bevoegd de afwijzing nader te motiveren, zodat hij '(…) meer concrete afwijzingsgronden kan ontwikkelen.'[21] Desgevraagd is men in de expert meetings eensgezind van oordeel dat de Hoge Raad de mogelijkheid moet hebben om een prejudiciële vraag ongemotiveerd niet-ontvankelijk te verklaren (paragraaf 7.10.4). In het verlengde van het voorgaande zou dat erop neerkomen dat de Hoge Raad zich bij de vermelding van de gronden van zijn beslissing kan beperken tot zijn oordeel dat de vraag zich niet voor beantwoording leent dan wel van onvoldoende gewicht is.

8.5.8 Mogelijke redenen voor het niet stellen van een prejudiciële vraag en motiveringsplicht voor feitenrechter

Voor de civielrechtelijke prejudiciële procedure wordt als een van de uitkomsten van de evaluatie van de regeling voorgesteld dat feitenrechters gaan motiveren dat zij geen prejudiciële vragen stellen in zaken waarin de mogelijkheid daartoe aan de orde is geweest of overwogen is (zie paragrafen 3.3.2.4 en 5.1). Over de vraag of bij een prejudiciële procedure in het strafrecht de feitenrechter zijn beslissing om geen prejudiciële vraag te stellen zou moeten motiveren, lopen de opvattingen in de expert meetings en de interviews uiteen. Sommigen menen dat motiveren weliswaar fatsoenlijk zou zijn maar niet wettelijk behoeft te worden voorgeschreven. Anderen oordelen dat de rechter een gemotiveerde beslissing moet nemen als sprake is van een gemotiveerd(e) verzoek of vordering van de verdediging respectievelijk het Openbaar Ministerie, net als wanneer bijvoorbeeld een verzoek wordt gedaan om een getuige te horen. Voor het niet stellen van een vraag die alleen 'ambtshalve in het achterhoofd van de rechter heeft gespeeld' zal uiteraard geen motiveringsplicht gelden (zie paragraaf 7.10.5).

Wij sluiten ons aan bij de opvatting dat hier 'gewoon' sprake is van een verzoek of vordering tot het nemen van een rechterlijke beslissing in de zin van art. 328 Sv. Daarbij geldt dat verzoek en vordering ondubbelzinnig, duidelijk en uitdrukkelijk onderbouwd moeten worden gedaan. Bij afwijzing van verzoek of vordering dient de beslissing te worden gemotiveerd, waarbij die motivering overigens in het algemeen zeer beknopt zal kunnen zijn. In de civiele prejudiciële procedure is de mogelijkheid om een rechtsmiddel tegen de afwijzing in te stellen uitdrukkelijk uitgesloten in de wet (art. 392 lid 3 Rv). Om (verdere) vertraging van de procedure te voorkomen dient het ook in de strafrechtelijke procedure niet mogelijk te zijn om (afzonderlijk) hoger beroep in te stellen tegen de afwijzing, zoals ook een van de geïnterviewden heeft aangegeven (zie paragraaf 7.10.5). Een wettelijke voorziening lijkt voor het strafrecht echter niet noodzakelijk, nu hoger beroep tegen tussenuitspraken op grond van art. 406 Sv slechts gelijktijdig met dat tegen de einduitspraak is toegelaten. Overigens, in hoger beroep kan 'gewoon' opnieuw worden verzocht of gevorderd dat een prejudiciële vraag wordt gesteld.

Bij de prejudiciële procedure in het civiele recht is het niet voldoen aan de grondslagen van art. 392 lid 1 Rv de voornaamste reden voor het niet stellen van een prejudiciële vraag. In één geval is een vraag niet gesteld vanwege een reeds lopende cassatieprocedure (zie paragraaf 3.3.2.3). De ervaring met de civielrechtelijke regeling is betekenisvol wanneer dezelfde of vergelijkbare grondslagen voor een prejudiciële procedure in het strafrecht worden opgenomen in de wettelijke regeling. Wordt daarentegen een open criterium

[21] *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, nr. 3, p. 20.

gehanteerd zoals in de wettelijke regeling van de prejudiciële procedure in het fiscale recht (zie paragraaf 8.5.4), dan vervalt de relevantie van de ervaring met de civielrechtelijke prejudiciële procedure. Maar dan wordt het des te belangrijker dat de feitenrechter motiveert waarom hij de prejudiciële vraag niet stelt terwijl daar ondubbelzinnig, duidelijk en uitdrukkelijk onderbouwd om verzocht is of dat gevorderd is. In andere gevallen hoeft volgens ons geen motiveringsplicht te gelden.

8.5.9 Het formuleren van de prejudiciële vraag

Aangezien de centrale onderzoeksvraag luidt of het mogelijk is en zo ja, onder welke voorwaarden en omstandigheden een prejudiciële procedure in het strafrecht in te voeren, beperken wij ons in deze paragraaf en de navolgende paragraaf over puur technisch-juridische aangelegenheden tot het maken van enkele opmerkingen.

Om te beginnen moet worden opgemerkt dat het vanuit de notie van hoor en wederhoor aangewezen lijkt dat verdediging en Openbaar Ministerie de gelegenheid krijgen om te reageren op het voornemen van de rechter om een prejudiciële vraag te stellen en op de formulering van die vraag (zie paragraaf 3.3.6.2 en art. 392 lid 2 Rv). Voor de civiele prejudiciële procedure wordt de geboden gelegenheid als toereikend beschouwd. Voorts wordt geconstateerd dat rechters die vragen stellen niet snel iets met de inbreng van partijen doen, maar die wel vermelden bij de prejudiciële vraag. Dat geeft de Hoge Raad inzicht in mogelijke argumenten en oplossingsrichtingen die achter de gestelde vraag schuilgaan (vgl. paragraaf 4.5.3). En dat kan de Hoge Raad helpen om meer en beter zicht te krijgen op de context van de gestelde vraag (zie ook paragraaf 8.5.2 over de relevantie van feitelijke context).

Indien de rechter besluit een vraag te stellen zal hij onzes inziens in zijn beslissing dan ook moeten aangeven: 1) de kwestie waarop de vraag ziet, 2) de relevante feitelijke context (waarover paragraaf 8.5.2) en 3) de door partijen ingenomen standpunten (ontleend aan paragraaf 3.3.6.1 en art. 392 lid 3 Rv). Anders dan bij de civiele prejudiciële procedure gaat het daarbij niet om door de feitenrechter vastgestelde feiten.

Voorts sluiten wij ons aan bij het voorstel gedaan voor de prejudiciële procedure in het civiele recht om voor feitenrechters een handleiding op te stellen, al dan niet door de Hoge Raad, voor het formuleren van prejudiciële vragen (zie paragraaf 3.3.6.1). Daarmee kan het tegenargument van nieuwe onduidelijkheden (waarover paragraaf 8.4.6) worden ondervangen. Al verdient het ook opmerking dat respondenten in het evaluatieonderzoek van de prejudiciële procedure in het civiele recht overwegend positief zijn over de kwaliteit van de gestelde vragen (paragraaf 4.5.2). Vragen stellende feitenrechters blijken de vragen zorgvuldig te formuleren en daarover overleg te voeren binnen het eigen gerecht en tussen gerechten (paragraaf 4.5.3). Een dergelijke aanpak past bij de idee van de (strafrechts)rechtspraak als systeem (zie paragraaf 8.3.7). Een aparte vraagstuk is vervolgens of transparantie moet worden betracht over met wie en waarover overleg heeft plaatsgevonden. Voor argumenten voor en tegen verwijzen wij naar paragraaf 4.5.3; dit betreft immers een uitvoeringskwestie.

In de civiele procedure heeft de Hoge Raad de bevoegdheid om een aan hem gestelde vraag te herformuleren (art. 393 lid 7 Rv). Hoewel de Hoge Raad tot nu toe nooit gebruik heeft gemaakt van deze mogelijkheid (zie paragrafen 3.3.7.7 en 4.6.2), ligt het voor de hand om deze bevoegdheid ook in het strafrecht te handhaven. Een onvoldoende scherpe formulering van een (zuivere) rechtsvraag door de feitenrechter zou anders niet meer kunnen leiden tot een (zinvolle) beantwoording (zie paragrafen 7.10.1 en 7.10.2.1). Zo is voorstelbaar dat een prejudiciële vraag te veel feitelijke elementen heeft en moet worden

aangemerkt als een gemengde vraag. Wanneer herformulering van deze prejudiciële vraag tot een zuivere rechtsvraag mogelijk is, kan de rechtsvraag wel degelijk in de prejudiciële procedure worden beantwoord en wordt voorkomen dat de tijd die is gemoeid geweest bij het stellen en het formuleren van de vraag door de feitenrechter verloren gaat. Daarbij verdient wel opmerking dat het beginsel van hoor en wederhoor met zich brengt dat als de herformulering van meer dan ondergeschikte betekenis is, verdediging en Openbaar Ministerie daarover eerst – schriftelijk – moeten worden 'gehoord' (vgl. art. 392 lid 7 Rv). Dat leidt weliswaar tot enige vertraging in de prejudiciële procedure, maar dit is niettemin noodzakelijk om te waarborgen dat verdediging en Openbaar Ministerie daadwerkelijk een standpunt kunnen innemen ten aanzien van de vraag die uiteindelijk wordt beantwoord.

8.5.10 Verloop van de prejudiciële procedure

Voor wat betreft de vormgeving van de prejudiciële procedure bij de Hoge Raad kan in grote lijnen worden aangesloten bij de civielrechtelijke regeling. De eigen context van het strafrecht is hier in mindere mate van betekenis dan bijvoorbeeld bij belangrijke kenmerken van een prejudiciële procedure zoals de beperking tot zuivere rechtsvragen, de ingangseisen, de ontvankelijkheid en de motiveringsverplichtingen. Net als in de civiele prejudiciële procedure zou de Hoge Raad om te beginnen de mogelijkheid moeten krijgen om – na een 'voorconclusie' of 'intakeadvies' van het Parket (zie paragraaf 3.3.7.6) – 'aanstonds' af te zien van beantwoording van de vraag. De beantwoording kan worden geweigerd indien de Hoge Raad meent dat de vraag zich daarvoor niet leent in het kader van een prejudiciële procedure of van onvoldoende gewicht is (de 'groen of rood licht'-procedure; vgl. art. 393 leden 1 en 8 Rv).

Indien geen gebruik wordt gemaakt van deze mogelijkheid, moeten verdediging en Openbaar Ministerie gelegenheid krijgen om schriftelijke opmerkingen te maken (vgl. art. 393 lid 1 Rv).[22] Voor de civiele prejudiciële procedure geldt hier de verplichting voor partijen dat de opmerkingen door een cassatieadvocaat moeten zijn getekend en ingediend, zie art. 393 lid 3 Rv. Bij deze verplichting zijn in het kader van de civielrechtelijke evaluatie vraagtekens gezet, vanwege de kosten die daaraan zijn verbonden (paragraaf 3.3.7.2). De verplichte betrokkenheid van een cassatieadvocaat houdt verband met de 'zeeffunctie' die deze zou hebben (onder meer door een schifting aan te brengen in de informatie die aan de Hoge Raad wordt voorgelegd) en met diens specifieke deskundigheid (zie paragraaf 3.3.7.2). Vooralsnog is echter nog geen sprake van een cassatiebalie voor het strafrecht. Dat betekent dat de verplichte inschakeling van een cassatieadvocaat in de strafrechtelijke prejudiciële procedure in de huidige situatie evenmin in de rede ligt. De opmerkingen kunnen dan worden ingediend door de advocaat die de verdachte in de procedure bij de rechtbank of het hof bijstaat. Dat zou anders kunnen worden op het moment dat het daadwerkelijk zou komen tot de inrichting van een cassatiebalie voor het strafrecht bij de Hoge Raad.[23] Dan moet ook voor de prejudiciële procedure de lijn worden doorgetrokken en moet de verdediging worden verplicht haar opmerkingen via een cassatieadvocaat in te brengen. Daarbij moet dan wel gewaarborgd worden dat de kosten van een cassatieadvocaat niet een zodanige drempel gaan vormen voor inspraak bij de Hoge Raad, dat dit afbreuk doet aan de eisen van hoor en wederhoor (zie paragrafen 4.6.4 en 8.5.16).

Vervolgens neemt de Procureur-Generaal zijn conclusie (vgl. art. 393 lid 6 Rv). Aldus kan het Parket bij de Hoge Raad volgens ons bijdragen aan de gedachtevorming over en de argumentatie voor mogelijke antwoorden op de gestelde prejudiciële vraag, evenzo zoals

[22] Anders Kristen 2011, p. 150.
[23] Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 29 279, nr. 189, p. 1.

dat in de gewone cassatieprocedure geschiedt. En misschien is de conclusie in een prejudiciële procedure wel nog belangrijker (vgl. paragraaf 3.3.7.6).

Na de conclusie van de Procureur-Generaal moeten partijen via een Borgersbrief kunnen reageren op deze conclusie (zie paragraaf 3.3.7.1). Gelet op de achtergrond en de ratio van de Borgersbrief dient de mogelijkheid daartoe ook in een prejudiciële procedure in het strafrecht te worden geboden. In het strafrecht kunnen alleen de raadsman van verdachte en de raadsman van de benadeelde partij reageren; de mogelijkheid van de Borgersbrief geldt niet voor het Openbaar Ministerie.[24] De Borgersbrief dient voorts niet te gelden voor het advies dat het Parket bij de Hoge Raad uitbrengt in het kader van de groen of rood-lichtprocedure. Die gaat immers alleen over het al dan niet ontvangen van de rechtsvraag door de Hoge Raad.

Uit de interviews komt naar voren dat de procespartijen hun standpunt over de (beantwoording van de) vraag in elk geval tijdens de procedure bij de feitenrechter naar voren moeten kunnen brengen. Als dat standpunt eenmaal bekend is, hoeven zij volgens sommigen geen inbreng meer te hebben tijdens de procedure bij de Hoge Raad (zie paragraaf 7.10.6.2). Nu het antwoord op de rechtsvraag de procespositie van de partijen rechtstreeks kan raken achten wij het vanuit een oogpunt van een eerlijk proces echter onontbeerlijk dat de verdediging ook een rol kan vervullen in de procedure bij de Hoge Raad. Immers, ook de beantwoording van een zuivere rechtsvraag, bijvoorbeeld over de reikwijdte van een bestanddeel, kan immers het verschil maken tussen een veroordeling en een vrijspraak of een ontslag van alle rechtsvervolging. En als één van de partijen die mogelijkheid heeft, volgt daaruit weer dat de andere 'partij' (het Openbaar Ministerie) die gelegenheid ook zal moeten krijgen.

Tot slot wijzen wij er op dat de Hoge Raad op de voet van art. 83 RO de feitenrechter om inlichtingen kan vragen indien dat voor de beoordeling van de prejudiciële vraag noodzakelijk wordt geoordeeld. Een bevoegdheid waar de Hoge Raad overigens zelden gebruik van maakt (zie paragraaf 3.3.7.5). Verdediging en Openbaar Ministerie moeten gelegenheid krijgen om in de prejudiciële procedure schriftelijk op die inlichtingen te kunnen reageren omwille van het beginsel van hoor en wederhoor.

8.5.11 Inbreng van derden in de prejudiciële procedure

In de prejudiciële procedure in het civiele recht is de inspraak door derden een belangrijk aspect, dat positief wordt beoordeeld en voorziet in een behoefte (zie paragraaf 4.6.5). In de expert meetings is een duidelijke meerderheid echter van opvatting dat de mogelijkheid van inspraak in het strafrecht beperkt zou moeten zijn tot de procespartijen en (eventueel) slachtoffers. In verschillende interviews komt daarentegen juist naar voren dat de mogelijkheid voor belangenorganisaties en/of deskundigen om als *amicus curiae* op te treden in de procedure nuttig zou kunnen zijn en niet stuit op principiële bezwaren. Wel zou de invoering ervan leiden tot allerlei lastige uitwerkingskwesties, zoals de vraag welke 'derden' dan in aanmerking komen om in te spreken en onder welke voorwaarden. Waar één geïnterviewde pleit voor een beperking tot juridische betogen ingediend door een advocaat, bepleit een ander juist dat het ook zou kunnen gaan om deskundigen uit een andere beroepsgroep. Wat betreft de rol van slachtoffers wordt gesuggereerd dat zij alleen een inbreng moeten kunnen hebben als het gaat om rechtsvragen die zien op hun eigen positie (voeging als benadeelde partij, spreekrecht, etc.), en dus bijvoorbeeld niet bij rechtsvragen die samenhangen met de reikwijdte van de strafbaarstelling (paragraaf 7.10.6).

[24] Zie art. 439 lid 5 Sv en Hamer & Grijsen 2007, p. 192.

Wij zijn van oordeel dat de inbreng van derden (zoals belangenorganisaties en deskundigen) ook in de strafrechtelijke context in een behoefte zou kunnen voorzien en dat deze inderdaad niet op principiële bezwaren stuit.[25] Inbreng van derden leidt er immers toe dat de Hoge Raad meer en mogelijk ook beter wordt geïnformeerd over de juridische en/of maatschappelijke context waarbinnen de rechtsvraag speelt (vgl. ook paragrafen 3.3.7.3 en 4.6.5). Ook kan dit bijdragen aan het vergroten van draagvlak voor het antwoord op de prejudiciële vraag en daarmee uiteindelijk ook aan de kwaliteit en de legitimatie van de beslissing van de feitenrechter die conform het antwoord beslist in de concrete strafzaak (zie paragraaf 8.3.6).

Voor een strafrechtelijke prejudiciële procedure geldt voor de inbreng van derden wel – en misschien nog wel meer dan in de civielrechtelijke prejudiciële procedure – dat er voorzieningen moeten worden getroffen om 'querulanten' buiten de deur te houden en om vertraging in de prejudiciële procedure te voorkomen (in verband met het tegenargument van vertraging, paragraaf 8.4.1.). Strafzaken kunnen immers veel (media-)aandacht genereren en dat kan ertoe leiden dat bepaalde lieden in de samenleving de behoefte voelen om hun (on)gefundeerde opinies over een strafzaak te ventileren. Wat zijn mogelijke voorzieningen?

Evenals in de civielrechtelijke prejudiciële procedure zou de Hoge Raad niet moeten worden verplicht om in zijn antwoord expliciet in te gaan op de informatie die door derden is aangedragen (zie paragraaf 4.6.6). Bovendien zou de exclusieve bevoegdheid aan de Hoge Raad moeten toekomen om te bepalen welke derde inbreng mag leveren (vgl. art. 393 lid 2 Rv). Derden kunnen op de hoogte raken van een gestelde prejudiciële vraag doordat de Hoge Raad deze op zijn website publiceert, zoals ook in de civiele prejudiciële procedure gebeurt (zie paragraaf 3.3.7.3). Wij stellen ons dan voor dat de prejudiciële vraag direct wordt gepubliceerd, hetgeen in de civiele prejudiciële procedure niet steeds het geval is (zie paragraaf 3.3.7.3). Na toestemming van de Hoge Raad om inbreng te leveren, moeten derden hun opmerkingen in beginsel binnen twee weken maken. Wij stellen hier een kortere termijn voor dan in de civiele prejudiciële procedure om vertraging zo veel mogelijk te voorkomen. Een en ander dient in een regeling te worden vervat, zodat een feitenrechter vooraf een inschatting kan maken wat de duur van de prejudiciële procedure kan zijn. Hoewel in civiele zaken de Hoge Raad nog geen gebruik heeft gemaakt van de bevoegdheid om bepaalde derden zelf uit te nodigen inbreng te leveren, heeft de Hoge Raad zich meldende derden steeds toestemming verleend tot het leveren van inbreng (zie paragrafen 3.3.7.3 en 4.6.5). De voorziening lijkt derhalve geen principiële belemmering voor derden op te leveren. Desalniettemin geeft de bevoegdheid de Hoge Raad gelegenheid om precies te bepalen wie hij wil horen in het licht van de voorliggende rechtsvraag. Tot slot kan de verplichte bijstand van een (cassatie)advocaat ook hier een 'zeeffunctie' hebben, zowel inhoudelijk als vanwege de kosten daarvan (vgl. art. 393 lid 3 Rv en paragraaf 3.3.7.3). Met het oog op het weren van 'querulanten' lijkt ons dat aangewezen, en daarmee niet de keuze te volgen van de prejudiciële procedure *in fiscalibus*. Daar geldt geen verplichting tot het leveren van de inbreng via een advocaat omdat het kabinet er van uitgaat dat deskundigen als belastingadviseurs die inbreng zullen willen leveren (waarover paragraaf 3.3.7.3). Overigens, omdat het om inbreng van derden gaat, hoeft de Hoge Raad niet te reageren op deze inbreng. En dat doet hij in de civielrechtelijke prejudiciële procedure ook niet (zie paragraaf 3.3.7.3).

[25] Anders Kristen 2011, p. 150.

Als eenmaal is erkend dat 'anderen dan partijen' opmerkingen kunnen maken, zal deze mogelijkheid onzes inziens op dezelfde voet moeten gelden voor het slachtoffer. Dat wil zeggen dat hij deze mogelijkheid krijgt na toestemming van de Hoge Raad, onder de verplichting om een (cassatie)advocaat in de arm te nemen en zonder dat hij recht heeft op een antwoord van de Hoge Raad. Anders dan door sommige respondenten is gesuggereerd (zie paragraaf 7.10.6.3), willen wij derhalve geen beperkingen stellen aan de inhoud van de opmerkingen die het slachtoffer kan maken.

8.5.12 Wijze van afdoen door de Hoge Raad

Evenals bij de civielrechtelijke prejudiciële procedure zal voor een strafrechtelijke prejudiciële procedure het uitgangspunt zijn dat de Hoge Raad de gestelde prejudiciële vraag zal beantwoorden. Er mag immers vanuit worden gegaan dat de feitenrechter die de vraag heeft gesteld zijn poortwachterfunctie (zie paragraaf 8.5.6) adequaat heeft vervuld, en derhalve een relevante vraag heeft gesteld die aan de ingangscriteria voldoet. Maar ook bij een strafrechtelijke prejudiciële procedure moet volgens ons de uitzondering van art. 393 lid 8 Rv van toepassing zijn. De Hoge Raad moet van beantwoording van de gestelde prejudiciële vraag kunnen afzien, wanneer hij (alsnog) oordeelt dat deze zich niet voor beantwoording bij wijze van prejudiciële beslissing leent of de vraag van onvoldoende gewicht is om beantwoording te rechtvaardigen. De toepassing van deze bevoegdheid behoeft de Hoge Raad niet te motiveren (hij mag het wel, vgl. paragraaf 3.3.4.5), zodat een verkorte afdoening mogelijk wordt die vergelijkbaar is met die van de artikelen 80a en 81 RO. De bevoegdheid moet gelden bij zowel het ontvangen van de prejudiciële vraag als bij de behandeling van die vraag. Voor voorbeelden van mogelijke gevallen waarin de Hoge Raad gebruik kan maken van de bevoegdheid verwijzen wij naar paragraaf 8.5.6. Het verdient opmerking dat *in civilibus* de Hoge Raad nog geen gebruik heeft gemaakt van de bevoegdheid om verkort af te doen, al heeft hij wel twee prejudiciële vragen niet beantwoord, maar dat wel uitgelegd (zie paragrafen 3.3.4.3 en 3.3.4.5). Dat valt onzes inziens te verklaren door de poortwachterfunctie van de feitenrechter. Echter, in het strafrecht zou wel eens behoefte kunnen bestaan aan de bevoegdheid om verkort af te zien van beantwoording van de prejudiciële vraag. In het strafrecht kan de druk op de feitenrechter in een concrete strafzaak door het optreden van vooral media, maar soms ook van de verdediging, hoog worden zodat de feitenrechter dan de neiging zou kunnen krijgen om de verantwoordelijkheid bij de Hoge Raad neer te leggen door toch een prejudiciële vraag te stellen (al dan niet na overleg binnen de strafrechtspraak).

Een andere beslissing die de Hoge Raad nog moet kunnen nemen in een strafrechtelijke prejudiciële procedure is het aanhouden van de beantwoording van de prejudiciële vraag, omdat er over die rechtsvraag reeds een regulier cassatieberoep loopt (zie paragraaf 3.3.7.8).

8.5.13 Termijn van beantwoording: zes maanden of zo mogelijk minder

Voor de prejudiciële procedure in het civiele recht geldt dat de Hoge Raad deze na binnenkomst van de prejudiciële vraag gemiddeld genomen in zes à zeven maanden kan afronden. Dat is ook sneller dan in reguliere cassatieprocedures (zie paragraaf 3.3.9). Wel is gewaarschuwd voor oplopende doorlooptijden als er structureel meer prejudiciële vragen worden gesteld dan thans het geval is (paragraaf 4.8.3).

Gelet op deze ervaring in het civiele recht, moet naar onze mening voor een strafrechtelijke prejudiciële procedure als uitgangspunt gelden dat deze in zes maanden is afgerond. Als belangrijkste nadeel van een prejudiciële procedure wordt immers algemeen gezien dat vertraging optreedt in de behandeling van de betreffende strafzaak (paragrafen 6.5.1, 7.5.1

en 8.4.1). Dat bezwaar weegt vooral zwaar in gevallen waarin de verdachte zich in voorlopige hechtenis bevindt (zie ook paragraaf 7.11.1). De zorgvuldige beantwoording van een belangrijke rechtsvraag kost echter nu eenmaal tijd en kan niet aan een vaste wettelijke termijn worden gebonden, zo komt uit het empirisch onderzoek naar voren. Een tijdsverloop van zes maanden hoeft volgens de meeste participanten niet onoverkomelijk te zijn (paragrafen 7.5.2 en 7.10.3). Als het sneller kan, bijvoorbeeld omdat er geen inbreng van derden is, dan is dat alleen maar beter.

Of de vertraging (van bijvoorbeeld zes maanden) die gepaard gaat met het stellen van een prejudiciële vraag problematisch is met het oog op de voorlopige hechtenis, zal volgens de deelnemers aan de expert meetings afhangen van de omstandigheden van het geval en in het bijzonder van (de ernst van) het tenlastegelegde feit. Voor de feitenrechter, die in ieder concreet geval deze afweging moet maken, kan dit een reden zijn om de prejudiciële vraag niet te stellen. Als de termijn voor de beantwoording van een dergelijke vraag inderdaad zes maanden zou zijn kan dit in sommige zaken betekenen dat het anticipatiegebod van art. 67a lid 3 Sv in beeld komt. Verder ligt het in de lijn der verwachting dat de verdediging in veel gevallen om schorsing van de voorlopige hechtenis zal verzoeken (paragraaf 7.11.1). Van een noodzaak om een speciale wettelijke voorziening voor de voorlopige hechtenis te treffen (zoals een automatische of verplichte schorsing) is niet gebleken, aangezien hier van geval tot geval de gewone regeling van opheffing en schorsing van de voorlopige hechtenis kan worden toegepast.

8.5.14 Aanhouden van lopende strafzaken gedurende prejudiciële procedure

Als de beantwoording van de prejudiciële zaak rechtstreeks van belang is voor andere lopende strafzaken, komt de vraag op of de behandeling van die andere zaken (verplicht of automatisch) moet worden aangehouden. Er lijkt consensus te bestaan over het feit dat dit – net als in het civiele recht (zie art. 392 lid 6 Rv) – een discretionaire bevoegdheid van de desbetreffende feitenrechter moet zijn, waarbij bijvoorbeeld weer een rol kan spelen of de verdachte zich in voorlopige hechtenis bevindt. Dit stelt de rechter in staat om maatwerk te bieden (paragraaf 3.3.6.3). Het blijft de verantwoordelijkheid van de behandelende rechter om in iedere concrete strafzaak alle belangen zorgvuldig af te wegen. Voor een algemene wettelijke regel, bijvoorbeeld in de zin dat alle zaken van rechtswege aangehouden zouden worden, is geen plaats (paragraaf 7.8).

8.5.15 Sobere wettelijke regeling

In de expert meetings komt meermalen naar voren dat de civiele prejudiciële procedure niet zonder meer gekopieerd kan worden in het strafrecht (paragraaf 7.13, alsook paragraaf 8.2). Er wordt gepleit voor een sobere wettelijke regeling, waarin de Hoge Raad over een laagdrempelige mogelijkheid tot selectie moet beschikken (paragraaf 7.10.4). Wij onderschrijven deze uitgangspunten, die in de bovenstaande beschouwingen onder meer te herkennen zijn waar het gaat om het niet overnemen van het 'talrijkheidsvereiste' (paragraaf 8.5.4) en de mogelijkheid voor de Hoge Raad om een prejudiciële vraag ongemotiveerd niet-ontvankelijk te verklaren (paragraaf 8.5.7).

8.5.16 Kosten verdachte worden vergoed

Een prejudiciële procedure brengt voor de verdachte kosten met zich (zie verder paragrafen 6.5.7 en 8.4.8). Uit het empirisch onderzoek komt naar voren dat de respondenten geen noodzaak zien voor een bijzondere, afwijkende regeling als het gaat om de kosten van de prejudiciële procedure (paragraaf 7.12). In het voorgaande is echter – in het verlengde van evaluatie van de civielrechtelijke regeling – gewezen op de financiële gevolgen van de verplichte inschakeling van een (cassatie)advocaat bij het maken van schriftelijke

opmerkingen (zie paragraaf 8.5.10). Deze kosten kunnen een problematische 'rem' gaan vormen op de uitoefening van het recht op inspraak. De verdachte die geen raadsman kan bekostigen heeft op grond van art. 6 EVRM recht op kosteloze rechtsbijstand, indien dit in het belang is van een behoorlijke rechtspleging. De regeling van de toevoeging van een raadsman is uitgewerkt in art. 40 e.v. Sv. Aangezien het antwoord op een prejudiciële vraag de rechtspositie van de verdachte rechtstreeks kan raken, lijkt het evident dat de verdachte met gefinancierde rechtsbijstand ook in het kader van de prejudiciële procedure aanspraak heeft op toegevoegde rechtsbijstand. Deze procedure moet immers worden gezien als een onderdeel van het reguliere strafproces (er is gewoon sprake van 'vervolging', zie paragraaf 7.11.1).

Wij geven dan ook in overweging om een voorziening te treffen met het oog op de vergoeding van de kosten van de prejudiciële procedure aan de verdachte. Heeft verdachte reeds een toegevoegd raadsman, dan zou die voor verrichtingen ten behoeve van de prejudiciële procedure punten van de Raad voor Rechtsbijstand moeten krijgen.

Voor verdachten die zelf hun raadsman bekostigen, zou een aparte voorziening moeten worden getroffen. Hoewel zij ook een eigen belang bij een prejudiciële procedure kunnen hebben, dient de procedure een algemeen belang. De rechtsvraag moet immers een zaaksoverstijgend belang hebben. Een mogelijkheid kan zijn aansluiting te zoeken bij de regeling van de artikelen 591 en 591a Sv. Ingevolge deze bepalingen kan in bepaalde situaties een vergoeding van proceskosten worden toegekend aan de gewezen verdachte. Deze regeling ziet onder meer op de kosten van een raadsman, met dien verstande dat de zaak dan moet zijn geëindigd zonder oplegging van straf of maatregel en zonder dat toepassing is gegeven aan art. 9a Sr. Deze laatste beperking past evenwel niet voor de kosten van de bijstand van een advocaat in het kader van de prejudiciële procedure, vanwege het genoemde algemeen belang.

8.6 Afronding: beantwoording van de centrale onderzoeksvraag

Voor het strafrechtelijk onderzoek naar een mogelijke prejudiciële procedure bij de Hoge Raad is de navolgende centrale onderzoeksvraag leidend geweest:

Is het mogelijk en zo ja, onder welke voorwaarden en omstandigheden een prejudiciële procedure in het strafrecht in te voeren?

Op basis van de uitkomsten van de strafrechtelijke literatuurstudie, het kwalitatief empirisch onderzoek en een vergelijking met de wettelijke regeling, het gebruik en het functioneren van de prejudiciële procedure in het civiele recht, beantwoorden wij deze centrale onderzoeksvraag bevestigend.

Uit het evaluatieonderzoek naar de prejudiciële procedure in het civiele recht volgt dat deze procedure succesvol genoeg is om mee door te gaan. Ook volgt daaruit dat er vanuit de privaatrechtelijk context bezien geen fundamentele bezwaren zijn gerezen voor een invoering van de wet in andere delen van het recht. Inmiddels is per 1 januari 2016 ook in het fiscale recht een prejudiciële procedure ingevoerd waarmee de feitenrechter ambtshalve of op verzoek van een partij prejudiciële vragen aan de Hoge Raad kan stellen.[26] Het bestaan van beide prejudiciële procedures suggereert dat er een wetssystematisch argument is dat er nu dus ook een prejudiciële procedure in het strafrecht moet komen.

[26] Zie art. 27ga-ge Algemene Wet inzake Rijksbelastingen, ingevoegd bij Wet van 23 december 2015 tot wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten (Overige fiscale maatregelen 2016), *Stb*. 2015, 540.

Voegt men daarbij dat via een procedure in kort geding ook voor het strafrecht relevante rechtsvragen met behulp van de civielrechtelijke prejudiciële procedure aan de Hoge Raad kunnen worden voorgelegd, dan zou het uitblijven van een prejudiciële procedure voor het strafrecht betekenen dat dit rechtsgebied de uitzondering bevat inzake het bestaan van een prejudiciële procedure.

Daarmee is echter niet gezegd dat er dus ook een prejudiciële procedure in het strafrecht moet komen. Het strafrecht kent een geheel eigen context, waarbinnen het strafproces eigen, van het civiele proces te onderscheiden, karakteristieken en kenmerken heeft, zie paragraaf 8.2. Binnen deze eigen context moeten argumenten voor en tegen een prejudiciële procedure worden afgewogen (zie ook paragraaf 1.3). Dat betekent dat voor het strafrecht een eigen afweging moet worden gemaakt of het invoeren van een prejudiciële procedure in een behoefte voorziet en een nuttige rol binnen het stelsel van de strafrechtspraak kan vervullen. Daarnaast betekent het sowieso dat, als wordt besloten tot invoering van een prejudiciële procedure in het strafrecht, niet de wettelijke regeling van de civielrechtelijke prejudiciële procedure zonder meer kan worden overgeplant naar het Wetboek van Strafvordering.

Uit de strafrechtelijke literatuurstudie, maar vooral uit het kwalitatief empirisch onderzoek, komt naar voren dat er grosso modo geen principiële bezwaren zijn tegen invoering van een prejudiciële procedure in strafzaken. Met een dergelijke procedure zouden geen strafvorderlijke beginselen en voorschriften met voeten worden getreden. Voor de knelpunten die zijn gebleken, zijn (pragmatische) oplossingen denkbaar. Daarmee is echter niet gezegd dat er een prejudiciële procedure in strafzaken moet komen.

De strafrechtelijke literatuurstudie, het kwalitatief empirisch onderzoek en de vergelijking met het prejudiciële procedure in het civiele recht laten ook zien dat er goede argumenten voor invoering van een prejudiciële procedure in het strafrecht zijn. Uiteraard staan daar argumenten tegenover. Het komt derhalve aan op een weging van die argumenten. Het gaat daarbij om uiteenlopende principiële en praktische argumenten, die soms met elkaar in verband staan, soms los van elkaar staan en in elk geval allemaal een eigen gewicht kennen. De weging van die verschillende argumenten kan per persoon verschillen; de uitkomsten van het kwalitatief empirisch onderzoek laten dat ook zien.

Een essentieel vertrekpunt in die afweging is de vraag of er een behoefte is aan een prejudiciële procedure in het strafrecht. In dit verband is een belangrijke bevinding van zowel de strafrechtelijke literatuurstudie als het kwalitatief empirisch onderzoek dat er in het verleden zeker gevallen zijn geweest waarin een prejudiciële procedure op een snelle manier zou kunnen hebben geleid tot een definitieve uitspraak in een strafzaak waarin de feitenrechter het antwoord van de Hoge Raad op de prejudiciële vraag zou hebben meegenomen. Cassatie in het belang der wet en de informele procedure van versneld doorlopen van de gewone rechtsmiddelen van hoger beroep en cassatie zouden in die gevallen geen beter alternatief zijn geweest en kennen elk hun eigen beperkingen. Zo bezien is er een behoefte gebleken. Tegelijkertijd wordt in de literatuur en door professionals waar wij in het onderzoek mee hebben gesproken, gezegd dat die gevallen via cassatie in het belang der wet en de informele versnelde procedure zijn afgewikkeld. En zo bezien is er geen of beperkt behoefte; bestaande instrumenten bieden blijkbaar toereikende oplossingen. In elk geval leeft de opvatting dat de behoefte in het strafrecht minder groot zal zijn dan in het civiele recht, mede omdat in het strafrecht in de regel wel wordt doorgeprocedeerd tot aan de Hoge Raad. Kortom, er worden in het strafrechtelijke veld gerede twijfels geuit over de meerwaarde van een prejudiciële procedure in het strafrecht,

maar meer in het algemeen lijkt de houding te zijn dat men niet (principieel) tegen invoering van een dergelijke procedure in het strafrecht is.

Bij deze stand van zaken menen wij dat invoering van een prejudiciële procedure in het strafrecht te overwegen valt. Voor ons wegen daarbij mee de potentiële opbrengsten van de procedure in termen van het versneld verkrijgen van een oordeel van de Hoge Raad over een rechtsvraag, hetgeen kan bijdragen aan rechtseenheid, rechtsvorming, rechtsbescherming en verbetering van de kwaliteit van de strafrechtspleging. Ook wijst het enkele bestaan van een prejudiciële procedure op het belang dat wetgever en strafrechtspraak hechten aan de kwaliteit van de strafrechtspraak in een concrete strafzaak en op het niveau van de strafrechtspraak als keten en systeem. Via een prejudiciële procedure wordt immers de feitenrechter, de verdediging en het Openbaar Ministerie een transparant, wettelijk instrument aangereikt dat zij kunnen, doch niet hoeven, benutten om de Hoge Raad als cassatierechter bij de afdoening van de strafzaak te betrekken. Voorts kan bij invoering van de regeling de rechtspraktijk uitwijzen of, en zo ja, in welke mate, gebruik van de prejudiciële procedure wordt gemaakt. Pas dan zal daadwerkelijk blijken of er een behoefte is en zo ja, wat die behoefte dan is. Niet uit te sluiten is uiteraard dat het aanbieden van een prejudiciële procedure het gebruik maken daarvan in de hand werkt. Daarnaast laat een prejudiciële procedure het benutten van de bestaande instrumenten van de cassatie in het belang der wet en de informele versnelde procedure onverlet. Al is het voorstelbaar dat minder gebruik zal worden gemaakt van het buitengewone rechtsmiddel van cassatie in het belang der wet, hetgeen aanleiding kan zijn voor een bijstelling van het (verruimde) beleid van de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad. Ook speelt voor ons mee dat gelet op de motie Dijkhoff en Van Nispen er een parlementaire wens leeft tot invoering van een prejudiciële procedure in het strafrecht. Ten slotte zijn er, als gezegd, geen strafvorderlijke beginselen en voorschriften die zich verzetten tegen invoering van een prejudiciële procedure in het strafrecht, zodat voor ons de gedachte overheerst dat het in elk geval geen kwaad kan als een prejudiciële procedure in het strafrecht wordt ingevoerd ('baat het niet, dan schaadt het niet'). Tegen deze achtergrond beantwoorden wij de centrale onderzoeksvraag op deze plaats dan ook bevestigend. Wij zien mogelijkheden om een prejudiciële procedure in het strafrecht in te voeren.

Uit de combinatie van de strafrechtelijke literatuurstudie, het kwalitatief empirisch onderzoek en het medenemen van de bevindingen van de evaluatie van de civielrechtelijke prejudiciële procedure komt volgens ons duidelijk naar voren dat er dan wel voorwaarden moeten worden gesteld aan een wettelijke regeling van een prejudiciële procedure in het strafrecht. Die voorwaarden hebben verschillende doelen en effecten. Zij brengen in de eerste plaats beperkingen aan in een wettelijke regeling voor een prejudiciële procedure, zodat die niet in alle strafzaken waarin een rechtsvraag speelt van stal kan worden gehaald. In het verlengde daarvan ligt in de tweede plaats dat zij waarborgen beogen te bieden tegen onjuist gebruik en misbruik van procedure. In de derde plaats strekken voorwaarden tot het wegnemen van knelpunten, die een (dreigende) schending van strafvorderlijke beginselen en voorschriften kunnen behelzen indien voor die knelpunten geen voorziening is getroffen. In de vierde plaats dient de prejudiciële procedure zo te worden ingericht dat deze de kwaliteit van de rechtspraak kan verhogen en daadwerkelijk een bijdrage kan leveren aan de rechtseenheid, de rechtsvorming en de rechtsbescherming. In de vijfde plaats hebben de voorwaarden tot doel het werkbaar houden van de prejudiciële procedure. De bedoelde voorwaarden laten zich heel kort samenvatten in de zin dat een in te voeren wettelijke regeling moet voldoen aan de volgende kenmerken:

- een sobere wettelijke regeling,

- die toestaat dat enkel en alleen zuivere rechtsvragen aan de Hoge Raad kunnen worden voorgelegd vanuit een concrete strafzaak die onder de feitenrechter is,
- waarbij het moet gaan om zuivere rechtsvragen die een zaaksoverstijgend belang hebben, hetgeen bij voorkeur niet via een talrijkheidscriterium als grond in de wettelijke regeling een plek moet vinden, en waarbij ook in één megazaak een prejudiciële vraag moet kunnen worden gesteld,
- waarbij de feitenrechter en de Hoge Raad beide poortwachter zijn voor het stellen, respectievelijk het ontvangen van prejudiciële vragen,
- en zij beide op basis van open wettelijke criteria een selectiebeleid moeten kunnen voeren dat ook prioritering en beheersbaarheid van te beantwoorden rechtsvragen mogelijk maakt,
- zonder dat een motiveringsplicht voor de Hoge Raad geldt voor diens beslissing om een prejudiciële vraag niet te ontvangen, maar wel met een motiveringsplicht voor de feitenrechter die een verzoek van de verdediging of een vordering van het Openbaar Ministerie afwijst,
- dit alles in een procedure waarin inbreng van derden in de prejudiciële procedure mogelijk is met toestemming van de Hoge Raad, hetgeen dan ook voor het slachtoffer van het tenlastegelegde geldt,
- en een procedure waarvoor als uitgangspunt geldt dat binnen een termijn van zes maanden, en – waar mogelijk – korter, een antwoord van de Hoge Raad op de prejudiciële vraag wordt verkregen,
- waarbij, ten slotte, de kosten door verdachte te maken als gevolg van een prejudiciële procedure worden vergoed.

Buiten deze kenmerken zijn nog voorzieningen op meer gedetailleerd niveau vereist, zoals de verplichting om verdediging en Openbaar Ministerie te horen over het voornemen van de feitenrechter om een prejudiciële vraag te stellen en de mogelijkheid dat de Hoge Raad onder omstandigheden een gestelde prejudiciële vraag kan herformuleren. Deze en andere voorzieningen zijn in dit hoofdstuk aan bod gekomen.

Afsluitend veroorloven wij ons enige opmerkingen over het moment waarop een wetgevingstraject voor invoering van een prejudiciële procedure in het strafrecht zou kunnen worden ingezet. De relevantie daarvan is namelijk gelegen in de in gang gezette massieve wetgevingsoperatie van modernisering van het Wetboek van Strafvordering (waarover paragraaf 6.3). Vanwege de omvang van deze wetgevingsoperatie is voorzien in een gefaseerde aanpak, zowel in tijd als in onderwerpen. Het streven is uiteindelijk in 2018 de laatste wet in het Staatsblad te hebben gepubliceerd. Vervolgens zal nog de nodige tijd met de implementatie van alle wetgeving zijn gemoeid.[27] Het wetsvoorstel voor Boek 5 over de rechtsmiddelen, waarin een mogelijke prejudiciële procedure een plek kan vinden (zie paragraaf 6.3), staat in de planning voor indiening bij de Tweede Kamer in januari 2018.[28] Dat betekent dat het wel even kan duren alvorens een prejudiciële procedure in het strafrecht, zo daarvoor wordt gekozen, in werking kan treden. Dat pleit er volgens ons voor om een wetsvoorstel voor invoering van een prejudiciële procedure in het strafrecht, als dat wenselijk wordt gevonden, buiten de moderniseringsoperatie van het Wetboek van Strafvordering voor te bereiden en in te dienen. Alsdan kunnen de hiervoor afgewogen argumenten voor invoering van een prejudiciële procedure hun werking hebben. Voorts loopt het strafrecht dan eerder in de pas met het civiele recht en het fiscale recht die reeds een prejudiciële procedure kennen. Daarnaast kan de strafkamer van de Hoge Raad reeds tijdens de moderniseringsoperatie van het Wetboek van Strafvordering ervaring op doen met en lijnen uitzetten voor de prejudiciële procedure in het strafrecht. En, niet

[27] *Kamerstukken I* 2015/16, 33 750 VI, AF, p. 22-23.
[28] *Kamerstukken I* 2015/16, 33 750 VI, AF, p. 24.

onbelangrijk, rechtsvragen die ongetwijfeld zullen rijzen over de in de loop van de tijd in werking te treden nieuwe wettelijke regels van de strafvordering kunnen via een prejudiciële procedure aan de Hoge Raad worden voorgelegd. Het valt immers sowieso te verwachten dat er hier vragen van overgangsrecht zullen gaan spelen, een onderwerp dat steeds is genoemd als het type rechtsvraag dat bij uitstek via een eventuele prejudiciële procedure zou kunnen worden beantwoord.

9. Samenvatting

9.1 Introductie

In deze samenvatting worden de twee hoofdlijnen van het onderzoek bij elkaar genomen. Ten eerste, in paragraaf 9.3, de evaluatie van de (civielrechtelijke) Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad. Ten tweede gaat paragraaf 9.4 in op de vraag naar de mogelijkheid van invoering van een dergelijke regeling in het strafrecht, en zo ja, onder welke omstandigheden en voorwaarden. Zo beantwoorden wij meteen ook de tweeledige vraag die aan dit onderzoek ten grondslag lag, in paragraaf 1.4 als volgt geformuleerd:

- *Hoe werkt de huidige procedure voor het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad in het civiele recht, en*
- *is het mogelijk, en zo ja, onder welke omstandigheden, om in het strafrecht een prejudiciële vraagprocedure in te voeren?*

Daaraan voorafgaand behandelt paragraaf 9.2 eerst nog kort de aanpak en methode van dit onderzoek.

9.2 Aanpak en methode

Na de algemene introductie in hoofdstuk 1 is ten behoeve van het onderzoek in met name de hoofdstukken 2, 3 en 6 gebruik gemaakt van gebruikelijke en beproefde juridische onderzoeksmethoden, bestaande uit onderzoek en analyse van jurisprudentie inzake het gebruik van de prejudiciële procedure in het civiele recht, wet- en regelgeving, Kamerstukken en literatuur. Deze juridische bronnen dienden ertoe de inhoud en de wijze van toepassing van de wettelijke regeling voor het civiele recht te kunnen analyseren en voor het strafrecht op zoek te gaan naar argumenten voor en tegen een mogelijke invoering van een prejudiciële procedure in het strafrecht.

De hoofdstukken 4 en 7 betreffen het verslag van de meer empirisch georiënteerde onderdelen van het onderzoek. Grotendeels ging het daarbij om interviews, doch daarnaast zijn ook twee expert meetings voor het strafrecht gehouden. Het doel van de 36 interviews binnen het privaatrechtelijke veld was om via de ervaringen van de betrokkenen met de wettelijke regeling en vanuit hun perceptie op de doelen daarvan, tot een antwoord te komen op de vraag in hoeverre de beoogde wettelijke doelen zijn bereikt of niet. Voor de vraag naar de mogelijkheden van een prejudiciële procedure in het strafrecht is via de combinatie van zes interviews met twee expert meetings een beeld verkregen van de richting die voor het strafrecht wenselijk zou kunnen zijn en is er kennis vergaard over de perceptie, de behoeften en de argumenten die men binnen het strafrechtelijke veld heeft. Aldus zijn ter zake (nieuwe) inzichten en argumenten verworven.

De hoofdstukken 5 en 8 betreffen de conclusies voor de privaatrechtelijke en strafrechtelijke gedeelten van het onderzoek. Daarbij brengt hoofdstuk 5 de inzichten uit de civielrechtelijke literatuurstudie, de rechtspraakanalyse en de interviews samen. Hoofdstuk 8 betrekt de inzichten en argumenten uit de strafrechtelijke literatuurstudie, uit de interviews en expert meetings en uit het evaluatieonderzoek naar de civielrechtelijke prejudiciële procedure op elkaar en op basis daarvan zijn standpunten ingenomen. De conclusies van hoofdstukken 5 en 8 komen hierna verder aan bod.

9.3 De privaatrechtelijke evaluatie

Voor het eerste deel van die vraag stellen wij, nogmaals, vast dat de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad (Wpv) een onverdeeld succes is gebleken. De verdere ontwikkeling van het privaatrecht heeft geprofiteerd van de regeling: de rechtsvorming, de rechtseenheid en de rechtszekerheid zijn erdoor gestimuleerd, zoals al bleek uit de paragrafen 3.5 en 5.1. In die gevallen waarin de behoefte aan een richtinggevende uitspraak wordt gevoeld, lukt het om vroeg in een civiele procedure en op korte termijn het (rechtsvormende) antwoord op een prangende rechtsvraag te verkrijgen van de Hoge Raad, en daarmee voldoet de regeling (ook) aan de eigen doelstelling. Uiteraard is niet zeker of dezelfde zaken niet ook op enige moment langs reguliere weg bij de Hoge Raad zouden zijn gekomen, en dus langs die weg dezelfde rechtsvormende resultaten zouden zijn bereikt, maar de betreffende zaken zijn er nu in elk geval eerder gekomen, terwijl andere zaken de Hoge Raad sowieso niet zouden hebben kunnen bereiken, en dat is op zichzelf al winst.

Verder blijkt dat de regeling bekend is, benut wordt, toegankelijk genoeg is, nauwelijks tot problemen of knelpunten aanleiding geeft, door het betrokken veld verwelkomd wordt, en een duidelijke meerwaarde heeft ten opzichte van de alternatieve rechtsvormende (cassatie)instrumenten in het civiele recht die zijn onderzocht. Of zich (ongewenste) neveneffecten hebben voorgedaan laat zich lastig vaststellen, maar concrete aanwijzingen dat er enige effecten zouden zijn ingetreden die onvoorzien en ongewenst zijn, hebben wij niet gevonden.

Dé (sterk verbonden) succesfactoren van (het gebruik van) de regeling zijn wat ons betreft de welwillendheid en de snelheid waarmee de civiele kamer van de Hoge Raad en het civiele Parket bij de Hoge Raad deze zaken heeft aangepakt; men heeft leiderschap getoond. Daarin ligt dan tevens een belangrijke les besloten voor het geval de Wpv zou worden ingevoerd in het strafrecht.

Punten van aandacht en eventueel verbetering – dat zijn dan tevens elementen die bij invoering elders wellicht ook aandacht verdienen – zijn er uiteraard ook nog. Het betreft dan ten eerste de noodzaak te blijven waken voor een te grote toestroom van zaken, gekoppeld aan een daarop aangepaste strengheid als het om de toegangsvoorwaarden van de regeling gaat, en/of wellicht een aanpassing van de snelheid waarmee bepaalde vragen worden beantwoord (door deze lager te prioriteren). Ten tweede is er de (bekritiseerde) rol van de cassatiebalie. De ook wat ons betreft vooralsnog aanwezige toegevoegde waarde daarvan in civiele zaken zal de komende periode (nader) bewezen moeten worden, want anders wordt het huidige systeem op dit punt al snel onhoudbaar in het licht van de regeling in fiscale zaken die zonder verplichte cassatieadvocaat werkt. Ten derde moet rechter klip en klaar zijn over de vraag of er vooroverleg is geweest over een eventuele prejudiciële vraag. Als dat zo was, wordt dat gemeld zodat partijen daarop kunnen reageren. Daarbij past dan nog, ten vierde, dat alle rechterlijke uitspraken die van doen hebben met het afwijzen van, stellen van, reageren op of het afwikkelen van al beantwoorde prejudiciële vragen via rechtspraak.nl gepubliceerd worden. Wij hopen tevens dat de Hoge Raad er vervolgens toe over zal gaan om ook de inbreng van derden over een aan hem gestelde vraag te openbaren, zodat transparant is of er daarvan enige invloed is uit gegaan. Ten vijfde, tot slot, ligt het wat ons betreft, gegeven het algemene maatschappelijke doel van de Wpv om tijdig vragen bij de Hoge Raad te krijgen die anders niet of te laat aldaar zouden komen, in de rede om de kosten van dat publieke belang niet enkel bij de toevallige procespartijen te laten rusten, bijvoorbeeld via een tegemoetkoming uit een daartoe op te richten rechtsvormingsfonds.

9.4 Invoering in het strafrecht?

In het licht van de gegevens die nu beschikbaar zijn, is de prejudiciële procedure in het civiele recht al met al succesvol genoeg om ermee door te gaan. Ook volgt uit die gegevens dat er vanuit de privaatrechtelijk context bezien geen fundamentele bezwaren zijn gerezen tegen een invoering van de wet in andere delen van het recht (hetgeen ook al geschied is in het fiscale recht). Niettemin moet wel worden bedacht dat het strafrecht een geheel eigen context heeft, waarbinnen het strafproces eigen, van het civiele proces te onderscheiden, karakteristieken en kenmerken heeft. Wij wezen daar al op in paragraaf 1.3 en in hoofdstuk 8. Dat betekent dat voor het strafrecht een eigen afweging moet worden gemaakt of het invoeren van een prejudiciële procedure in een behoefte voorziet en een nuttige rol binnen het stelsel van de strafrechtspraak kan vervullen. Daarnaast betekent het sowieso dat, als wordt besloten tot invoering van een prejudiciële procedure in het strafrecht, niet de wettelijke regeling van de civielrechtelijke prejudiciële procedure kan worden overgeplant naar het Wetboek van Strafvordering.

Uit de literatuurstudie, maar vooral uit het kwalitatief empirisch onderzoek, komt naar voren dat er grosso modo geen principiële bezwaren zijn tegen invoering van een prejudiciële procedure in strafzaken. Met een dergelijke procedure zouden geen strafvorderlijke beginselen en voorschriften met voeten worden getreden. Voor de knelpunten die zijn gebleken, zijn (pragmatische) oplossingen denkbaar. Daarmee is echter niet gezegd dat er een prejudiciële procedure in strafzaken moet komen.

De literatuurstudie en het kwalitatieve empirisch onderzoek laten zien dat er goede argumenten voor invoering van een prejudiciële procedure in het strafrecht zijn. Uiteraard staan daar argumenten tegenover. Het komt derhalve aan op een weging van die argumenten. Het gaat daarbij om uiteenlopende principiële en praktische argumenten, die soms met elkaar in verband staan, soms elk een eigen gewicht kennen. De weging van die verschillende argumenten kan per persoon verschillen; de uitkomsten van het kwalitatieve empirische onderzoek laten dat ook zien. Een essentieel vertrekpunt in die afweging is de vraag of er een behoefte is aan een prejudiciële procedure in het strafrecht. In dit verband is een belangrijke bevinding van zowel de literatuurstudie als het kwalitatief empirisch onderzoek dat er in het verleden zeker gevallen zijn geweest waarin een prejudiciële procedure op een snelle manier zou kunnen hebben geleid tot een definitieve uitspraak in een strafzaak waarin de feitenrechter het antwoord van de Hoge Raad op de prejudiciële vraag zou hebben meegenomen. Cassatie in het belang der wet en de informele procedure van versneld doorlopen van de gewone rechtsmiddelen van hoger beroep en cassatie zouden in die gevallen geen beter alternatief zijn geweest en kennen elk hun eigen beperkingen. Zo bezien is er een behoefte gebleken. Tegelijkertijd wordt in de literatuur en door professionals waar wij in het onderzoek mee hebben gesproken gezegd dat die gevallen via cassatie in het belang der wet en de informele versnelde procedure zijn afgewikkeld. En zo bezien is er geen of beperkt behoefte; bestaande middelen bieden blijkbaar toereikende oplossingen. In elk geval leeft de opvatting dat de behoefte in het strafrecht minder groot zal zijn dan in het civiele recht, mede omdat in het strafrecht in de regel wel wordt doorgeprocedeerd tot aan de Hoge Raad. Kortom, er worden in het strafrechtelijke veld gerede twijfels geuit over de meerwaarde van een prejudiciële procedure in het strafrecht, maar meer in het algemeen lijkt de houding te zijn dat men niet (principieel) tegen invoering van een dergelijke procedure in het strafrecht is.

Bij deze stand van zaken menen wij dat invoering van een prejudiciële procedure in het strafrecht te overwegen valt. Voor ons wegen daarbij mee de potentiële opbrengsten van de procedure in termen van het versneld verkrijgen van een oordeel van de Hoge Raad over een rechtsvraag, hetgeen kan bijdragen aan rechtsvorming, rechtsbescherming en

verbetering van de kwaliteit van de strafrechtspleging. Ook wijst het enkele bestaan van een prejudiciële procedure op het belang dat wetgever en strafrechtspraak hechten aan de kwaliteit van de strafrechtspraak in een concrete strafzaak en op het niveau van de strafrechtspraak als keten en systeem. Via een prejudiciële procedure wordt immers de feitenrechter, de verdediging en het Openbaar Ministerie een transparant, wettelijk instrument aangereikt dat zij kunnen, doch niet hoeven, benutten om de Hoge Raad als cassatierechter bij de afdoening van de strafzaak te betrekken. Voorts kan bij invoering van de regeling de rechtspraktijk uitwijzen of en zo ja, in welke mate, gebruik van de prejudiciële procedure wordt gemaakt. Pas dan zal daadwerkelijk blijken of er een behoefte is en zo ja, wat die behoefte dan is. Niet uit te sluiten is uiteraard dat het aanbieden van een prejudiciële procedure het gebruik maken daarvan in de hand werkt. Daarnaast laat een prejudiciële procedure het benutten van de bestaande instrumenten van de cassatie in het belang der wet en de informele versnelde procedure onverlet. Al is het voorstelbaar dat minder gebruik zal worden gemaakt van het buitengewone rechtsmiddel van cassatie in het belang der wet, hetgeen aanleiding kan zijn voor een bijstelling van het (verruimde) beleid van de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad. Ook speelt voor ons mee dat, gelet op de motie Dijkhoff en Van Nispen, er een parlementaire wens leeft tot invoering van een prejudiciële procedure in het strafrecht. Daarnaast zijn er, als gezegd, geen strafvorderlijke beginselen en voorschriften die zich verzetten tegen invoering van een prejudiciële procedure in het strafrecht, zodat voor ons de gedachte overheerst dat het in elk geval geen kwaad kan als een prejudiciële procedure in het strafrecht wordt ingevoerd ('baat het niet, dan schaadt het niet'). Ten slotte wordt voorkomen dat het strafrecht hier als uitzondering wordt beschouwd, nu er thans zowel een prejudiciële procedure in het civiele recht bestaat als een prejudiciële procedure in het fiscale recht en ook al via een procedure in kort geding voor het strafrecht relevante rechtsvragen via de civielrechtelijke prejudiciële procedure aan de Hoge Raad kunnen worden voorgelegd.

Uit de combinatie van de literatuurstudie, het kwalitatief empirisch onderzoek en het medenemen van de bevindingen van de evaluatie van de civielrechtelijke prejudiciële procedure komt volgens ons duidelijk naar voren dat er dan wel voorwaarden moeten worden gesteld aan een wettelijke regeling van een prejudiciële procedure in het strafrecht. Die voorwaarden laten zich heel kort samenvatten in de zin dat een in te voeren wettelijke regeling moet voldoen aan de volgende kenmerken: een sobere wettelijke regeling, waarin enkel en alleen rechtsvragen aan de Hoge Raad kunnen worden voorgelegd vanuit een concrete strafzaak die onder de feitenrechter is, en waarbij de feitenrechter en de Hoge Raad beiden poortwachter zijn voor het stellen, respectievelijk het ontvangen van prejudiciële vragen, zij beiden op basis van open wettelijke criteria een selectiebeleid moeten kunnen voeren dat ook prioritering en beheersbaarheid van te beantwoorden rechtsvragen mogelijk maakt, zonder motiveringsplicht voor de Hoge Raad bij diens beslissing om een prejudiciële vraag niet te ontvangen, dit alles in een procedure waarin inbreng van derden in de prejudiciële procedure (inclusief het slachtoffer van het tenlastegelegde) mogelijk is, en waarbij binnen een termijn van zes maanden, en – waar mogelijk – korter, een uitspraak van de Hoge Raad op de prejudiciële vraag wordt verkregen, waarbij, ten slotte, de kosten door verdachte te maken als gevolg van een prejudiciële procedure worden vergoed.

9.5 Afronding

Hiermee zijn de uitkomsten van de evaluatie van de prejudiciële procedure in het civiele recht alsmede de mede daarop gebaseerde contouren van de (wenselijkheid van de) invoering van een prejudiciële procedure in het strafrecht geschetst. Als algemeen en afsluitend aandachtspunt geven wij met klem nogmaals mee dat uit het voorgaande volgt dat de introductie van een prejudiciële procedure in strafzaken niet betekent dat de

wettelijke regeling van de prejudiciële procedure in civiele zaken één op één kan of moet worden overgeplant in het Wetboek van Strafvordering en dat dan dezelfde verwachtingen over het nut, de meerwaarde en het gebruik van die prejudiciële procedure mogen gelden. Niettemin zijn wij ervan overtuigd dat het invoeren van de mogelijkheid om in strafzaken prejudiciële vragen te stellen, nuttig kan zijn en de eenheid van het (straf)recht kan bevorderen, alsook kan bijdragen aan zowel de rechtsvorming en de rechtsbescherming in het strafrecht als aan verbetering van de kwaliteit van de strafrechtspleging.

10. Lijst van geraadpleegde literatuur

Asser 2011
W.D.H. Asser, 'Van selectie achter de poort naar selectie aan de poort', in: A.M. Hol, I. Giesen & F.G.H. Kristen (red.), *De Hoge Raad in 2025*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 71-91.

Asser/Giesen 2015
I. Giesen, *Asser Procesrecht 1 Beginselen van het burgerlijk procesrecht,* Deventer: Kluwer 2015.

Asser, Groen & Vranken 2003
W.D.H. Asser, H.A. Groen en J.B.M. Vranken (m.m.v. I.N. Tzankova), *Een nieuwe balans. Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Asser, Groen & Vranken 2006
W.D.H. Asser, H.A. Groen en J.B.M. Vranken (m.m.v. I.N. Tzankova), *Uitgebalanceerd. Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht,* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Asser/Korthals Altes & Groen 2015
E. Korthals Altes & H. Groen, *Asser Procesrecht 7 Cassatie in burgerlijke zaken',* Deventer: Kluwer 2015.

Bakels 2010
F. Bakels, 'Aan de vooravond van de derde van Bruinsma', *NJB* 2010, p. 547.

Barendrecht 2004
J.M. Barendrecht, *De Hoge Raad op de hei,* Tjeenk Willink: Zwolle 2004.

Barendrecht 2008
J.M. Barendrecht, 'Rechtsvorming via hogere rechtspraak', *NJB* 2008/1070, p. 1332 e.v.

Barents 2010
R. Barents, *EU-procesrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Barkhuysen 2014
T. Barkhuysen, 'Betere bestuursrechtelijke rechtsvorming met een amicus curiae?', *NJB* 2014/519, afl. 10, p. 519.

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

Bauw 2011
E. Bauw, 'Wat te denken van wraking?', *AA* 2011, afl. 3, p. 202-206.

Bavinck 2009
C.B. Bavinck, 'Moet de Hoge Raad externe deskundigen en amici curiae inschakelen?', *WFR* 2009, afl. 4, p. 4-7.

Beekhoven van den Boezem & Van den Bosch 2015
F.E.J. Beekhoven van den Boezem & R. van den Bosch, 'Zekere zekerheid', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2015, afl. 7/8, p. 200-207.

Bleichrodt 2011
F.W. Bleichrodt, 'Cassatie in het belang der wet in strafzaken', in: A.M. Hol, I. Giesen en F.G.H. Kristen (red.), *De Hoge Raad in 2025. Contouren van de toekomstige cassatierechtspraak,* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 215-224.

De Bock 2012
R.H. de Bock, 'Artikel 98 Rv bij: Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering', in: F.E. Tjong Tjin Tai, P. Vlas e.a., *GS Burgerlijke rechtsvordering,* Deventer: Kluwer 2014.

Van Boom 2010
W.H. van Boom, 'Collectieve handhaving van het consumentenrecht' in: M.B.M. Loos & W.H. van Boom, *Handhaving van het consumentenrecht. Preadvies VBR*, Deventer: Wolters Kluwer 2010, p. 129-203.

Borgers 2009
M.J. Borgers, 'Een nieuwe dageraad voor de raadsman bij het politieverhoor', *NJB* 2009/61, afl. 2, p. 88-93.

Borgers 2011
M.J. Borgers, 'Cassatie in het belang der wet in strafzaken', in: A.M. Hol, I. Giesen & F.G.H. Kristen (red.), *De Hoge Raad in* 2025, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 225-232.

Borgers & Kristen 1999
M.J. Borgers & F.G.H. Kristen, 'Bewijsrisico, bewijslast en bewijsvoeringslast in het strafproces', *AA* 1999, afl. 12, p. 866-877.

Broekveldt 2013
L.P. Broekveldt, 'Prejudiciële vragen van Voorzieningenrechters aan de Hoge Raad in twee beslagzaken', *BER* 2013, afl. 1, p. 21-30.

Bruins 2010
L. Bruins, 'Kloppen aan de poort van de Hoge Raad', *Adv.bl.* 2010, af. 10/11, p. 348-351.

Bruinsma 2009
F. Bruinsma, 'Het rapport Hammerstein: de vlucht naar voren van de Hoge Raad', *NJB* 2009/1991, afl. 39, p. 2552-2556.

Bruning 2010
M. Bruning, 'Verbetering van de cassatiepraktijk. Kerntaken voor Hoge Raad en NOvA', *NJB* 2010/1268, afl. 25, p. 1593-1595.

Buruma 2013
Y. Buruma, 'Cassatie in het belang der wet', in: J. Boksem, P. Frielink, P.A.M. Mevis & C. Waling, *Handboek strafzaken,* Deventer: Wolters Kluwer 2013, hoofdstuk 46.

Corstens 2009a
G.J.M. Corstens, 'Verslag plenair gedeelte onder leiding van prof.mr. M.A. Loth', in: N.J.H. Huls (red.), Versterking van de cassatierechtspraak door de Hoge Raad, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009a, p. 41-50.

Corstens 2009b
G.J.M. Corstens, 'Versterking van de cassatierechtspraak', in: G.J.M. Corstens e.a., *De positie van de Hoge Raad*, Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009b, p. 13-24.

Corstens & Kuiper 2012
G.J.M. Corstens & R. Kuiper, 'De Hoge Raad als knooppunt van rechterlijke samenwerking', *Trema* 2012, afl. 7, p. 234-237.

Corstens & Fokkens 2013
G.J.M. Corstens & J.W. Fokkens, 'De Hoge Raad en het parket. 175 jaar bijdragen aan de samenleving', *NJB* 2013/2120, afl. 36, p. 2492-2499.

Corstens & Kuiper 2012
G. Corstens & R. Kuiper, 'De Hoge Raad als knooppunt van rechterlijke samenwerking', *Trema* 2012, afl. 7, p. 234-237.

Croiset van Uchelen 2008
A.R.J. Croiset van Uchelen, 'Handhaven of bijschaven? De effectiviteit van de WCAM', *WPNR* 2008, afl. 6772, p. 798-805.

Daalder & De Graaff 2015
E. Daalder, & R. de Graaff, 'Rome, Luxemburg, Den Haag: de prejudiciële procedure als rechtsvormend instrument', *AA* 2015, afl. 4, p. 324-332.

Davids 2007
W.J.M. Davids, interventie, in: Verslag van de op 8 juni 2007 te Haarlem gehouden algemene vergadering over: *Alternatieve regelgeving, Handelingen NJV, 137e jaargang 2007-2,* Kluwer: Deventer 2008, p. 48-50.

Davids 2015
W.J.M. Davids, 'Rode draad 'Rechtsvorming door de Hoge Raad'. Woorden achteraf in een aggregerende bijdrage', *AA* 2015, afl. 12, p. 1009-1019.

Den Dekker & Van den Eshof 2015
G.R. den Dekker & L. van den Eshof, 'Sprongcassatie en de prejudiciële procedure', *TvPP* 2015, afl. 4, p. 105-108.

Demmink 2009
J. Demmink, 'Versterking van de cassatierechtspraak door de Hoge Raad', in: N.J.H. Huls (red.), *Versterking van de cassatierechtspraak door de Hoge Raad*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 1-4.

Van Dorst 2015
A.J.A. van Dorst, *Cassatie in strafzaken,* Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Fokkens 2003
J.W. Fokkens, 'Over cassatie in het belang der wet, in het bijzonder in strafzaken', in: P.P.T. Bovend'Eert, L.E. de Groot-van Leeuwen en Th.J.M. Mertens (red.), *De rechter bewaakt: over toezicht en rechters,* Deventer: Wolters Kluwer 2003, p. 193-206.

Franke 2012
M. Franke, 'Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad; eerste toepassing door voorzieningenrechter Rechtbank Utrecht', *TvPP* 2012, afl. 5, p. 123-128.

Franken 2011
A.Ch.H. Franken, 'Zij die beoordeeld worden groeten u!', *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade* 2011/11, p. 105-106.

Frenk 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 (red.), *De Hoge Raad in 2025*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 115-128.

Frenk & Wolffram-Van Doorn 2009
N. Frenk & A.M. Wolffram-Van Doorn, 'Het voorontwerp prejudiciële vragen aan de Hoge Raad', *RM Themis* 2009, afl. 4, p. 154-163.

Giesen 2007a
I. Giesen, 'Onderzoekende arbiter wraken?, Meer helderheid dankzij het instrument van de cassatie in het belang der wet', *WPNR* 6722 (2007), p. 735-739.

Giesen 2007b
I. Giesen, interventie, in: Verslag van de op 8 juni 2007 te Haarlem gehouden algemene vergadering over: *Alternatieve regelgeving, Handelingen NJV, 137e jaargang 2007-2,* Kluwer: Deventer 2008, p. 50-51.

Giesen 2008
I. Giesen, 'De normstellende rol van de Hoge Raad in het aansprakelijkheidsrecht', *AV&S* 2008/3, afl. 16, p. 111.

Giesen 2011a
I. Giesen, 'De vragende feitenrechter?', *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade*, 2011/6, p. 61-62.

Giesen 2011b
I. Giesen, 'Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad: onbedoelde neveneffecten op de positie en taak van de Hoge Raad', in: A.M. Hol, I. Giesen & F.G.H. Kristen (red.), *De Hoge Raad in 2025*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 51-70.

Giesen 2014
I. Giesen, 'De Hoge Raad versus de wetgever: wie hoedt het privaatrecht?', *NTBR* 2014/26, afl. 6, p. 217-218.

Giesen & Coenraad 2008
I. Giesen & L.M. Coenraad, 'Nieuwe fundamenten voor de Nederlandse rechtspleging', *NJB* 2008/804, afl. 16, p. 989-997.

Giesen, Hol & Kristen 2011
I. Giesen, A.M.Hol & F.G.H. Kristen, 'De Hoge Raad in 2025: hoe ver zijn we onderweg?', in: A.M. Hol, I. Giesen & F.G.H. Kristen (red.), *De Hoge Raad in 2025*, BJu: Den Haag 2011, p. 291-304.

Giesen, Kristen, Enneking, De Kezel, Van Lent & Willemsen 2012
I. Giesen, F.G.H Kristen, L.F.H. Enneking, E.N.F.M. de Kezel, L. van Lent, P.A. Willemsen, *De wrakingsprocedure. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de mogelijkheden tot herziening van de Nederlandse wrakingsprocedure,* Den Haag: Sdu uitgevers 2012.

Giesen & Overheul 2015
I. Giesen & A.M. Overheul,'Rechtsvorming door prejudiciële vragen aan de Hoge Raad: een tussenstand', *AA* 2015, afl. 10, p. 825-834.

Giesen & Schelhaas 2006
I. Giesen & H.N. Schelhaas, 'Samenwerking bij rechtsvorming. De instelling van een Periodiek Overleg van Rechtsvormers (POR)', *AA* 2006, afl. 3, p. 159-172.

Groen 2008
H.A. Groen, 'Selectie aan de poort. Het rapport van de commissie normstellende rol van de Hoge Raad', *Trema* 2008, afl. 8, p. 340-347.

De Groot 2016
G. de Groot, 'Beginselen van procesrecht en de hoogste rechter: mag, moet en gaat de Hoge Raad ooit in dialoog met het EHRM?', *TCR* 2016, afl. 1, p. 8-11.

Hamer & Grijsen 2007
G.P. Hamer & C. Grijsen, 'Het onzichtbare laatste woord: de 'Borgers-brief', *RM Themis* 2007, afl. 5, p. 190-196.

Den Hartog Jager 1994
W.H.B. den Hartog Jager, *Cassatie in het belang der wet,* Arnhem: Gouda Quint 1994.

Den Hartog Jager 1995
W.H.B. den Hartog Jager, 'Titel VII Cassatie "in het belang der wet". Artikel 456' (suppl. 94, juni 1995), in: A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen e.a., *Het wetboek van Strafvordering,* Deventer: Wolters Kluwer (losbladig).

Hartlief 2008
T. Hartlief, 'Belangrijke mensen in het recht: Lucia de B., Hammerstein en Kooiker', *NJB* 2008/744, p. 869.

Hartlief 2009
T. Hartlief, 'Den Haag, let op Uw saeck!', *NJB* 2009/804, afl. 17, p. 1073.

Hartlief 2011
T. Hartlief, 'Een hiaat in het zaakaanbod: geld zetten op cassatie in het belang der wet in civiele zaken?', in: A.M. Hol, I. Giesen & F.G.H. Kristen (red.), *De Hoge Raad in 2025*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 191-206.

Hermans 2015
R.M. Hermans, 'Een visie op de taak van de Hoge Raad in de 21e eeuw', *TCR 2015,* afl.5, p. 156-160.

Heuving 2015
J.C. Heuving, 'Prejudiciële vragen (artikel 392 Rv): een kroniek', *Tijdschrift voor de Procespraktijk* 2015, afl. 4, p. 100-104.

Hol & Verburg 2014
A.M. Hol & J.J.I. Verburg, *Innoverende Hoven. Agenda voor de appelrechtspraak 2020*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

De Hullu 2015
J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Huls 2015
N.J.H. Huls, 'Bruggen bouwen. Interview met de nieuwe President van de Hoge Raad, Maarten Feteris', *NJB* 2015/404, afl. 8, p. 488-496.

Huls e.a. 2009
N.J.H. Huls (red.), *Versterking van de cassatierechtspraak door de Hoge Raad*, BJu: Den Haag 2009.

Jaarverslag Hoge Raad 2014
M. Beentjes (red.), *Hoge Raad der Nederlanden – Verslag 2014,* Den Haag: Hoge Raad der Nederlanden 2014.

Jahae & Dieben 2015
J.I.M.G. Jahae & Th.O.M. Dieben, 'Prejudiciële vragen aan het HvJ EU: liever geen pottenkijkers?, *Strafblad* 2015, p. 182-191.

Jansen 2011
J.J.M. Jansen, 'Prejudiciële vragen aan de belastingkamer van de Hoge Raad?', *Weekblad Fiscaal Recht* 2011, afl. 6919, p. 1093-1097.

De Jong 2009
B.J. de Jong, 'Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad bij massavorderingen', *Ondernemingsrecht* 2009/106, afl. 10/11, p. 455-456.

De Jong 2011
B.J. de Jong, 'Het wetsvoorstel prejudiciële vragen aan de Hoge Raad', *Ondernemingsrecht* 2011/64, p. 323- 330.

De Jong 2015
E.R. de Jong, 'Urgenda: rechterlijke risicoregulering als alternatief voor risicoregulering door de overheid?, *NTBR* 2015/46, p. 319-326.

De Jong 2016
E.R. de Jong, 'De alles overziende rechter?', in. M. Faure & T. Hartlief (red.), *De Spier-bundel. De agenda van het aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 51-68.

Jongbloed 2015
A.W. Jongbloed, 'Er leiden vele wegen naar Rome', *Tijdschrift voor de Procespraktijk* 2015, afl. 4, p. 93-94.

Jörg 2013
N. Jörg, 'Economische delicten', in: J. Boksem, P. Frielink, P.A.M. Mevis & C. Waling, *Handboek strafzaken,* Deventer: Wolters Kluwer, hoofdstuk 99.

Van Kampen & Giesen 2013
S.S. van Kampen & I. Giesen, 'Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, valkuilen voor de Hoge Raad', *TCR* 2013, afl. 1, p. 1-16.

Kapteyn e.a. 2008
P.J.G. Kapteyn e.a., *The Law of the European Union and the European Communities*, Austin: Wolters Kluwer 2008.

Kautto & Similä 2005
P. Kautto & J. Similä, 'Introduced policy instruments and intervention theories', *Evaluation* 2005, afl. 1, p. 55-68.

Keirse 2011
A.L.M. Keirse, 'De Hoge Raad als poortwachter of als hekkensluiter?', in: A.M. Hol, I. Giesen & F.G.H. Kristen (red.), *De Hoge Raad in 2025*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 93-99.

Van Kempen 2003
P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Heropening van procedures na veroordelingen door het EHRM*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 322-324.

Keulen 2009
B.F. Keulen, 'Cassatie op een breekpunt?', *RM Themis* 2009, p. 201-213.

Keulen 2012
B.F. Keulen, 'Het Nederlandse stelsel van rechtsmiddelen in strafzaken', in: B.F. Keulen & Ph. Traest, *Het stelsel van rechtsmiddelen in strafzaken,* Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012, p. 1-105.

Knigge 2015
G. Knigge, 'Rechter zonder zaak', *RM Themis* 2015/3, p. 93-94.

Koning 2013
I. Koning, 'Final boarding call voor de luchtvaartmaatschappijen´, *NJB* 2013/434, afl. 9, p. 532-541.

Korthals Altes 2005
E. Korthals Altes, 'Wanneer is beroep in cassatie mogelijk? Bij: Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering, Artikel 398', in: T.F.E. Tjong Tjin Tai & P. Vlas, *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering,* Deventer: Wolters Kluwer 2005, aant. 1-7.

Korthals Altes 2010
E. Korthals Altes, *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering,* aantekeningen bij art. 398 Rv.

Krans 2013
H.B. Krans, 'Voorlichting in cassatie', *NTBR* 2013/23, afl. 6, p. 211-212.

Kristen 2000
F.G.H. Kristen, Art. 14-20 en art. 14 (suppl. 118, oktober 2000), in: A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen e.a. (red.), *Het wetboek van strafvordering*, Deventer: Kluwer (losbladig).

Kristen 2011
F.G.H. Kristen, 'Naar een prejudiciële procedure in strafzaken?', in: A.M. Hol, I. Giesen en F.G.H. Kristen (red.), *De Hoge Raad in 2025. Contouren van de toekomstige cassatierechtspraak*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 129-154.

De Lange 2014
T. de Lange, 'De rechtspraak als systeem. Naar een efficiënte en effectieve taakverdeling tussen rechtbanken, hoven en de Hoge Raad', in: A.M. Hol & J.J.I. Verburg (red.), *Innoverende hoven. Agenda voor de appelrechtspraak 2020*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 87-97.

Lawson 1999
R.A. Lawson, 'De internationale rechter in de Nederlandse rechtsorde', in: *Internationale rechtspraak en de Nederlandse rechtsorde* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 1999-I), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 11-132.

Lindijer 2009
V.C.A. Lindijer, 'Het voorontwerp prejudiciële vragen aan de Hoge Raad', *Verkeersrecht* 2009, afl. 10, p. 297-302.

Lindo 2009
C. Lindo, 'Tussen ideaal en nuchterheid. Interview met de nieuwe president van de Hoge Raad, mr. G.J.M. Corstens', *NJB* 2009/17, p. 1074.

Lokin 2015
A.J.S. Lokin, 'De prejudiciële procedure in kort bestek', *Tijdschrift voor de Procespraktijk* 2015, afl. 4, p. 95-99.

Lunsingh Scheurleer & Vermeulen 2013
D.F. Lunsingh Scheurleer & F.E. Vermeulen, 'Collectieve acties en prejudiciële vragen in het financiële recht: revisie en integratie', in: D. Busch e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in de financiële sector*, Deventer: Wolters Kluwer 2013, p. 257-296.

Maultzsch 2010
F. Maultzsch, *Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozes,* Mohr Siebeck: Tübingen 2010.

Melai & Groenhuijsen e.a.
A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen e.a., *Wetboek van strafvordering,* Deventer: Wolters Kluwer (losbladig).

Numann 2010
E.J. Numann, Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, in: *Massificatie in het privaatrecht. Opstellen ter gelegenheid van het 200-jarig bestaan van het genootschap Iustitia & Amicitia*, Deventer: Wolters Kluwer 2010.

Ortlep 2015
R. Ortlep, 'Prejudiciele procedure motie Recourt Taverne: oude wijn in nieuwe zakken', *JBplus* 2015, afl. 3, p. 180-198.

Polak 2016
J.E.M. Polak, 'De menselijke factor bij de rechtsontwikkeling door rechters', *NJB* 2016, afl. 6, p.387-394.

De Poorter 2015
J.C.A. de Poorter, 'Het belang van de amicus curiae voor de rechtsvormende taak van de hoogste bestuursrechters. Naar een regeling van de amicus curiae in de Algemene wet bestuursrecht', *NTB* 2015/7, afl. 2, p. 40-49.

Rapport Hammerstein 2008
A. Hammerstein e.a., *Versterking van de cassatierechtspraak,* Den Haag: Commissie normstellende rol Hoge Raad 2008.

Reijntjes 2010
J.M. Reijntjes, 'Toekomstbeeld of visioen? De strafrechtspraak op weg naar het jaar 2040', in: B. van Delden e.a. (red.), *De rechtspraak in 2040* (Stevens bundel), Deventer: Kluwer 2010, p. 169-186.

Röttgering 2011
A.E.M. Röttgering, 'Een prejudiciële procedure in strafzaken?', in: A.M. Hol, I. Giesen & F.G.H. Kristen (red.), *De Hoge Raad in 2025*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 155-161.

Van Schellen 1981
J. van Schellen, *Wat heeft cassatie ons te bieden?; de opzet van een procedure met het oog op een eventueel cassatie-geding,* Deventer: Kluwer 1981.

Van Schilt & Heessels 2015
H. van Schilt & N. Heessels, 'Interview oud-president Hoge Raad', 2015, te raadplegen via: www.bjnijmegen.nl/interviews/interview-oud-president-hoge-raad-prof-mr-g-j-m-geert-corstens, laatst geraadpleegd op 31 maart 2016.

Von Schmidt auf Altenstadt 1989
P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, 'De Hoge Raad op de helling', in: J. van Schellen e.a., *De Maris-bundel. Opstellen aangeboden aan Mr. A.G. Maris*, Deventer: Kluwer 1989, p. 53-75.

Von Schmidt auf Altenstadt 2009
P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, 'Wat moet de Hoge Raad?', in: de Groot, J.F., Slaghekke, H.M. (red.), *Frank en Vrij. Thunissen-bundel*, Den Haag: IBR 2009, p. 9-32.

Schoordijk 2007
H.C.F. Schoordijk, 'Tijd voor een amicus curiae', *NJB* 2007/1245, afl. 24, p. 1466.

Schuver-Bravenboer 2013
M. Schuver-Bravenboer, 'Rechtbankendag bij de Hoge Raad', *Weekblad voor Fiscaal Recht* 2013/1095, afl. 7016, p. 1095-1100.

Silvis 2015
J. Silvis, 'Het EVRM, Unierecht en de nationale rechter', *TCR* 2015, afl. 4, p. 119-123.

Simons 1925
D. Simons, *Beknopte handleiding tot het wetboek van strafvordering*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1925.

Spronken 2009
T. Spronken, 'Ja, de zon komt op voor de raadsman bij het politieverhoor!', *NJB* 2009/62, p. 94-100.

Spronken 2013
T. Spronken, 'Prejudiciële vragen bij de Hoge Raad: ook iets voor strafzaken!', *NJB* 2013/335, p. 407.

Van Staden ten Brink 2011
A. van Staden ten Brink, ´Reageren op de conclusie van de advocaat-generaal. De civiele Borgersbrief beschouwd', *AA* 2011, afl. 9, p. 665-669.

Stamhuis 2002
E.F. Stamhuis, 'Het stelsel van gewone rechtsmiddelen', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen. Derde interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Wolters Kluwer 2002, p. 199-328.

Stamhuis 2004
E.F. Stamhuis, 'De cassatierechter in strafzaken', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Afronding en verantwoording. Eindrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Wolters Kluwer 2004, p. 421-486.

Steneker 2015
S. Steneker, 'Een spel van vraag en antwoord', *AA* 2015, afl. 3, p. 174-175.

Stolp & De Groot 2012
M.M. Stolp & J.F. de Groot, 'Een nieuwe procesvorm: het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad (art. 392-394 nieuw Rv)', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2012, afl. 6, p. 165-170.

Streefkerk 2015
C.A. Streefkerk, 'De prejudiciële procedure bij de Hoge Raad', *Trema* 2015, afl. 8, p. 248-255.

Tervoort 2016
A.J.S.M. Tervoort, 'Personenvennootschapsrecht, quo vadis?', *AA* 2016, afl. 3, p. 161-169.

Teuben 2012
K. Teuben, 'Kroniek', *TCR* 2012, afl. 3, p. 102-106.

Teuben 2014
K. Teuben, 'Artikel 392 Rv bij: Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering', in: T.F.E. Tjong Tjin Tai, P. Vlas e.a., *GS Burgerlijke rechtsvordering,* Deventer: Kluwer 2014.

Tjittes & Meijer 2009
R.P.J.L. Tjittes & R. Meijer, 'Franse en Europese lessen voor een prejudiciële procedure bij de Hoge Raad', *RM Themis* 2009, p. 164-175.

Tjiong 2015
M.K.T. Tjiong, 'Voordracht en vordering, verslag, arrest bij: Wetboek van Strafvordering, Artikel 456', in: C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns & M.J.M. Verpalen (red.), *Tekst & Commentaar Strafvordering,* Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Vermeulen 2012
F.E. Vermeulen, 'De Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, een wenkend perspectief', *JBPR* 2012/901, p. 156-167.

Verstijlen 2007
F.M.J. Verstijlen, 'Het eigendomsvoorbehoud in nevelen', *WPNR* 2007, afl. 6725, p. 824-829.

Vranken 2000
J.B.M. Vranken, 'Toeval of beleid? Over rechtsvorming door de hoogste rechters', *NJB* 2000/ 75, afl. 1, p. 1-5.

Vranken 2009
J.B.M. Vranken, 'Consequenties van een versterking van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad: Talrijk, divers en soms vergaand', *NJB* 2009, afl. 17, p. 1082-1093.

De Vrey 2015
R.W. de Vrey, 'Rechtspolitieke aspecten van de volledige proceskostenregeling', *IER* 2015/54, afl. 6, p. 391-392.

Van der Wal 2005
P. van der Wal, *Vertegenwoordiging en bijstand in belastingzaken* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2005.

Wattel 2015
P.J. Wattel, 'Prejudiciële samenwerking en dialoog', *NJB* 2015/2056, afl. 41, p. 2861.

Van der Wiel 2010
B.T.M. van der Wiel, 'Derdenwerking van rechterlijke uitspraken', in: E.J. Numann, E. Knoops, E.R. Meerdink e.a., *Massificatie in het privaatrecht. Opstellen ter gelegenheid van het 200-jarig bestaan van het genootschap Iustitia & Amicitia*, Deventer: Wolters Kluwer 2010, p. 115-126.

Van der Wiel 2011
B.T.M. van der Wiel, 'Cassatie in het belang der wet', in: A.M. Hol, I. Giesen & F.G.H. Kristen (red.), *De Hoge Raad in 2025*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 207-214.

Wisseborn 2013
J.M. Wisseborn, 'Ter betekening en executie', *BER* 2013, afl. 6, p. 14-18.

Ynzonides 2015
M. Ynzonides, 'De mondelinge behandeling volgens KEI vanuit de invalshoek van de advocatuur', in: C.J.M. Klaassen (red)., *Procesinnovatie KEIgoede ideeën,* Den Haag: BJu 2015, p. 43-44.

11. BIJLAGEN (11.1 t/m 11.8)

11.1 Leden van de begeleidingscommissie

Prof.mr. P.A.M. Mevis (voorzitter)	Hoogleraar straf(proces)recht, Erasmus School of Law
Mr. W. van den Aardweg	Ministerie van Veiligheid en Justitie - Directie Wetgeving en Juridische zaken (DWJZ)
Mw.mr. J.H. van Dam-Lely	Universitair docent Burgerlijk (proces)recht, Erasmus School of Law
Mw.mr. E.C. van Ginkel	Ministerie van Veiligheid en Justitie - Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC)
Mr. C.A. Streefkerk	Raadheer in de Hoge Raad der Nederlanden

11.2 Tabellen met cijfers over de prejudiciële vraagprocedure

[Deze tabellen zijn gemaakt aan de hand van de nog openstaande vragen aan de Hoge Raad (6 maal) en de antwoorden van de Hoge Raad (25 maal) die op 1 januari 2016 bekend waren; de antwoorden zijn genummerd 1-25, en de vragen zijn genummerd als: 1, 12, 13, 15, 16 en 17, hetgeen te maken heeft met het feit dat gedurende het onderzoek diverse van de door ons eerder al genummerde vragen (nrs. 2-11 en 14) beantwoord werden.]

1. Wie stelt de vraag?

Art. 392 lid 1 Rv: initiatief			
	Uitspraak	**Vraag**	**Totaal**
Partij	1, 5, 10, 21, 22, 25		
Totaal	**6**	**0**	**6**
Ambtshalve	2, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 23, 24	1, 12, 13, 15, 16	
Totaal	**19**	**5**	**24**
Vraag 17 niet meegenomen (totaal 30)			

2. Verzetten partijen zich?

Verzet bij het stellen van een vraag			
	Uitspraak	**Vraag**	**Totaal**
Vraag ambtshalve gesteld	3, 13, 17	1	**4**
Vraag verzoek van partij gesteld	10,22		**2**
Totaal	**5**	**1**	**6**

3. Herfomulering door partijen?

Wat wordt gedaan met herformulering voorgesteld door partijen in lagere instantie?

	Uitspraak	Vraag	Totaal
Herformulering voorgesteld	3, 4, 5, 6, 7, 12, 16, 17, 18, 20, 24	1	**12**
Afgewezen	3, 6, 16, 20, 24	1	**6**
Overgenomen	4, 5, 7, 12, 17, 18	-	**6**

4. Op grond van welk criterium wordt de vraag gesteld?

Art. 392 lid 1 Rv, onderdeel a of b			
	Uitspraak	**Vraag**	**Totaal**
Onderdeel A	2		**1**
Onderdeel B	1, 3, 4-6, 8-19, 21-22, 24-25	1, 12, 13, 15, 16	**26**
Onderdeel A&B	7, 20		**2**
Uitspraak 23 en vraag 17 niet meegenomen (totaal 29)			

5. Maken partijen schriftelijke opmerkingen bij de Hoge Raad?

Art. 393 lid 1 Rv: gelegenheid om schriftelijke opmerkingen te maken			
	Uitspraak	**Vraag**	**Totaal**
Eén partij	1, 8, 9, 13, 14, 17, 18, 19, 23, 25	x	**10**
Beide partijen	5, 7, 10, 16, 22, 24, 21	1	**8**
Geen	2, 3, 4, 6, 11, 12, 15, 20	x	**8**
25 uitspraken + vraag 1 (totaal 26)			

6. Welke derden maken opmerkingen bij de Hoge Raad?

Art. 393 lid 2 Rv, opmerkingen door anderen dan partijen

Partijen	Aantal
Autoriteit Consument en Markt (ACM)	1
Achmea Schadeverzekeringen N.V.	1
CAIW Diensten B.V., Tele2 Nederland B.V., T-Mobile Netherlands B.V., UPC Nederland B.V., Vodafone Libertel B.V. en Ziggo B.V.	1
Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders	5
Nederlandse Vereniging van Banken	1
De Staat der Nederlanden	2
Vereniging van Familierecht Scheidingsmediators (vFAS)	1
mr. K.Chr. Mensink, in zijn hoedanigheid van curator in de faillissementen van Eco-Jobs B.V. en Adviesbureau Interproject B.V.	1

7. Welke advocaten zijn betrokken bij vragen van derden?

Advocaten	Aantal
L. van den Eshof	1
M.A.J.G. Janssen	4
M.E.M.G. Peletier	1
M.W. Scheltema	2
K. Teuben	1
E.M. Tjon-En-Fa	1

M.J. Vaessen	1
A.H.H. Vermeulen	1
F.E. Vermeulen	1
J.W.H. van Wijk	1
Uitspraken + openstaande vraag 1	

8. Welke rechters stellen vragen?

Waar worden de vragen gesteld?	
Rechtbanken	
Locatie	**Aantal**
Rb. Amsterdam	4
Rb. Den Haag	4
Rb. Gelderland	2
Rb. Limburg	-
Rb. Midden-Nederland	3
Rb. Noord-Holland	1
Rb. Noord-Nederland	1
Rb. Oost-Brabant	2
Rb. Overijssel	1
Rb. Rotterdam	1
Rb. Zeeland-West-Brabant	-
Hoven	
Locatie	**Aantal**
Hof Amsterdam	2

Hof Arnhem-Leeuwarden	4
Hof Den Haag	1
Hof 's-Hertogenbosch	5
Uitspraken + openstaande vragen, (totaal 31)	

9. In welk tijdvak werden vragen gesteld?

Wanneer worden de vragen gesteld?			
Periode	**Uitspraak**	**Vraag**	**Totaal**
1 juli - 31 dec 2012	1, 4		2
1 jan - 31 juni 2013	2, 3, 5, 10		4
1 juli - 31 dec 2013	6, 7, 8, 9		4
1 jan - 31 juni 2014	11, 12, 13	1	4
1 juli - 31 dec 2014	14-16, 21		4
1 jan - 31 juni 2015	17, 18, 19, 20, 22, 23, 24, 25	16	9
1 juli - 31 dec 2015		12, 13, 15, 17	4
Uitspraken + openstaande vragen, (totaal 31)			

10. Op welk rechtsgebied hadden de vragen betrekking?

Inhoudelijke kwalificatie			
	Uitspraken	**Vragen**	**Totaal**
Aansprakelijkheidsre	7, 20	17	3

cht			
Algemeen vermogensrecht	2		1
Arbeidsrecht	8		1
Consumentenrecht	10		1
Huurrecht		16	1
Insolventierecht	5, 12, 14, 15, 21, 25		6
Ondernemingsrecht	3		1
Overeenkomstenrecht	16, 22, 24		3
Personen- en familierecht	18, 19		2
Procesrecht	1, 4, 6, 11, 13, 23	12, 13 (proces/ overeenkomstenrecht), 15 (proces/IE)	9
Schadevergoedingsrecht	9, 17		2
Wet Financieel Toezicht		1	1
Uitspraken + openstaande vragen (totaal 31)			

11. Hoe lang duurt de procedure bij de Hoge Raad?

Doorlooptijd	
Uitspraak	**Doorlooptijd in weken**
grosse hypotheekakte	27
assurantieportefeuille	6,29
ipr-doorbraak/MyGuide	4,29

bewijsbeslag	40,43
stil pandhouder, bodembeslag en afkoelingsperiode	42,29
bewindvoerder als procespartij	28,29
stuiting door 305a-rechtspersoon	31,71
verval loonaanspraak bij arbeidsongeschiktheid	24,29
veertiendagenbrief	29,29
Telefoonabonnementen I	52,14
belanghebbende bij ondertoezichtstelling	19,71
verlenging schuldsanering	29,14
herroeping en doorbreken rechtsmiddelenverbod	24,43
opzeggen huur roerende zaken door curator	26,43
omzetting faillissement	18,14
aanvang wettelijke rente	33,43
imputatie incassokosten	23,43
BOPZ-onderzoek	17,42
alleenstaande ouderkop	18,29
collectieve stuiting verjaring vernietiging	37,42
overwaarde-arrangement	59,29

huurbemiddelingskosten	35,14
betekening ex art. 431a Rv	28,57
afwenteling boetes Wet arbeid vreemdelingen	23,43
verzet door curator	31,57
Gemiddelde	**28,4744**
Mediaan	**28,29**

12. Hoeveel woorden en overwegingen besteedt de Hoge Raad aan een antwoord?

Beantwoording door de Hoge Raad		
Uitspraak	**R.O.**	**Woorden**
grosse hypotheekakte	4	1137
assurantieportefeuille	3	237
ipr-doorbraak/MyGuide	2	419
bewijsbeslag	24	2089
stil pandhouder, bodembeslag en afkoelingsperiode	5	1405
bewindvoerder als procespartij	7	775
stuiting door 305a-rechtspersoon	7	1102
verval loonaanspraak bij arbeidsongeschiktheid	6	1105
veertiendagenbrief	6	1145
Telefoonabonnementen I	11	2107
belanghebbende bij ondertoezichtstelling	7	1091

verlenging schuldsanering	12	1256
herroeping en doorbreken rechtsmiddelenverbod	4	456
opzeggen huur roerende zaken door curator	3	321
omzetting faillissement	8	862
aanvang wettelijke rente	7	824
imputatie incassokosten	18	1525
BOPZ-onderzoek	8	1034
alleenstaande ouderkop	11	928
collectieve stuiting verjaring vernietiging	9	895
overwaarde-arrangement	9	1185
huurbemiddelingskosten	7	873
betekening ex art. 431a Rv	10	674
afwenteling boetes Wet arbeid vreemdelingen	13	1948
verzet door curator	7	955
Gemiddeld	**8,32**	**1053,92**
Mediaan	**7**	**1034**

11.3 Lijst van (roep)namen van uitspraken inzake prejudiciële vragen

[Deze lijst is bijgewerkt tot 26 maart 2016; bij elke uitspraak zijn alle relevante rechterlijke uitspraken vermeld die wij konden traceren, dus niet alleen het antwoord van de Hoge Raad, maar ook de uitspraak/uitspraken van de feitenrechter waarin de vraag werd gesteld en de uitspraak van de feitenrechter na het antwoord van de Hoge Raad.]

1. **Uitspraak nr. 1 (grosse hypotheekakte)**
   Rb. Utrecht 3 augustus 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX3391, *NJ* 2012/663.
   HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4889, *NJ* 2013/123

2. **Uitspraak nr. 2 (assurantieportefeuille)**
   Rb. Rotterdam 13 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ4891.
   Rb. Rotterdam 17 april 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ8347.
   HR 31 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1614, *NJ* 2013/321.
   Rb. Rotterdam 12 november 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9130.

3. **Uitspraak nr. 3 (ipr-doorbraak/MyGuide)**
   Rb. Oost-Brabant 22 mei 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:2779.
   HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3958, *NJ* 2013/353.
   Rb. Oost-Brabant 15 januari 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:2034.

4. **Uitspraak nr. 4 (bewijsbeslag)**
   Rechtbank Amsterdam 1 november 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY6209.
   Rechtbank Amsterdam 4 december 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY6220, *JIN* 2013/33.
   Hoge Raad 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958, *NJ* 2014/455,
   Rechtbank Amsterdam 12 november 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:7447.

5. **Uitspraak nr. 5 (stil pandhouder, bodembeslag en afkoelingsperiode)**
   Rb. Oost-Brabant 20 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:1910, *NJF* 2014/242.
   HR 13 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1910*, NJ* 2014/88.
   Rb. Oost-Brabant 12 maart 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:981

6. **Uitspraak nr. 6 (bewindvoerder als procespartij)**
   Rb. Gelderland 5 juni 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:CA2469, *NJF* 2013/312.
   Rb. Gelderland 21 augustus 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:2663, *JHV* 2013/17.
   HR 7 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:525, *NJ* 2015/69
   Rb. Gelderland 3 september 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:8201

7. **Uitspraak nr. 7 (stuiting door 3:305a-rechtspersoon)**
   Rb. Amsterdam 26 juni 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:4617, *JOR* 2013/299.
   Rb. Amsterdam 18 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:5910, *NJF* 2013/434.
   HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:766, *NJ* 2015/306
   Rb. Amsterdam 14 januari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:153

8. **Uitspraak nr. 8 (verval loonaanspraak bij arbeidsongeschiktheid)**
   Rb. Midden-Nederland 18 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7614, *USZ* 2014/21.
   HR 6 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1341, *RvdW* 2014/780.
   Rb. Midden-Nederland 17 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:7513

9. **Uitspraak nr. 9 (veertiendagenbrief)**
   Rb. Gelderland 23 oktober 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:4081, *NJF* 2014/62.
   Rb. Gelderland 20 november 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:4690, *NJF* 2014/62.
   HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1405, *NJ* 2014/406.

10. **Uitspraak nr. 10 (telefoonabonnementen I)**
    Rb. Den Haag 13 juni 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA3529.
    HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, *NJ* 2015/477.

11. **Uitspraak nr. 11(belanghebbende bij ondertoezichtstelling)**
    Hof 's-Hertogenbosch 27 maart 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:885, *RFR* 2014/75.
    HR 12 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2665, *NJ* 2014/482
    Hof 's-Hertogenbosch 29 januari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:265

12. **Uitspraak nr. 12 (verlenging schuldsanering)**
    Hof 's-Hertogenbosch 27 februari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1473.
    Hof 's-Hertogenbosch 20 maart 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1474.
    HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2935, *NJ* 2014/470
    Hof 's-Hertogenbosch 15 januari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:70

13. **Uitspraak nr. 13 (herroeping en doorbreken rechtsmiddelenverbod)**
    Hof Arnhem-Leeuwaarden 25 februari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:9712.
    Hof Arnhem-Leeuwarden 17 juni 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:9865, *JAR* 2015/15.
    HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3536, *NJ* 2015/275.
    Hof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3360

14. **Uitspraak nr. 14 (opzeggen huur roerende zaken door curator)**
    Rechtbank Noord-Nederland 13 mei 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:3656.
    Rechtbank Noord-Nederland 8 juli 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:3657, *WR* 2014/142.
    HR 9 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:42, *NJ* 2015/43.
    Rechtbank Noord-Nederland 17 maart 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:1402.

15. **Uitspraak nr. 15 (omzetting faillissement)**
    Hof Arnhem-Leeuwarden 2 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:7567.
    Hof Arnhem-Leeuwarden 6 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8522.
    HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:589, *NJ* 2015/157.

16. **Uitspraak nr. 16 (aanvang wettelijke rente)**
    Hof 's-Hertogenbosch 17 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1775.
    Hof 's-Hertogenbosch 9 september 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:3569.
    Hof 's-Hertogenbosch 23 september 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:3760.
    HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1198, *NJ* 2015/425.

17. **Uitspraak nr. 17 (imputatie incassokosten)**
    Hof 's-Hertogenbosch 22 juli 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2234.
    Hof 's-Hertogenbosch 2 december 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:5062.
    Hof 's-Hertogenbosch 3 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:319.
    HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1868, *NJ* 2016/126.
    Hof Den Bosch 12 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:5225.

18. **Uitspraak nr. 18 (BOPZ-onderzoek)**
    Hof Amsterdam 17 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:479.

Hof Amsterdam 19 mei 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1906, *RFR* 2015/108.
HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2747, *NJ* 2015/440.

19. **Uitspraak nr. 19 (alleenstaande ouderkop)**
Gerechtshof Den Haag 3 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1288, *JPF* 2015/85.
HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3011, *NJ* 2015/465.
Hof Den Haag 28 oktober 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2995.

20. **Uitspraak nr. 20 (collectieve stuiting verjaring vernietiging)**
Gerechtshof Amsterdam 20 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:105, *RF* 2015/63.
HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3018, *RvdW 2015/1093*.

21. **Uitspraak nr. 21 (overwaarde-arrangement)**
Rb. Midden-Nederland 27 augustus 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:3628, *NJF* 2014/466.
Rb. Midden-Nederland 24 september 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:7516.
Rb. Midden-Nederland 4 oktober 2014, *JOR* 2015/24 (niet op rechtspraak.nl gepubliceerd).
HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3023, *NJ* 2016/48.

22. **Uitspraak nr. 22 (huurbemiddelingskosten)**
Rb. Den Haag 8 oktober 2014 (onvindbaar).
Rb. Den Haag 12 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:1437, *NJF* 2015/175.
HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099, *NJ* 2016/108.

23. **Uitspraak nr. 23 (betekening ex art. 431a Rv)**
Rb Amsterdam 13 april 2015 ECLI:NL:RBAMS:2015:4230 (onvindbaar).
HR 30 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3197, *RvdW* 2015/1175.

24. **Uitspraak nr. 24 (afwenteling boetes Wet arbeid vreemdelingen)**
Hof 's-Hertogenbosch 16 december 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:5353.
Hof 's-Hertogenbosch 21 april 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1495.
Hof 's-Hertogenbosch 30 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2432.
HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3568, *RvdW* 2016/43.

25. **Uitspraak nr. 25 (verzet door curator)**
Rb. Overijssel 11 mei 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:2323, *NJF* 2015/319.
HR 18 december 2015 ECLI:NL:HR:2015:3636, *RvdW* 2016/95.
Rb. Overijsel 10 februari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:441.

26. **HR 26 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162 (bereik aansprakelijkheid voor dieren)**[1]
Rb. Noord-Holland 29 juli 2015, C14/150856/ HA ZA 13-364 (niet gepubliceerd).

27. **HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236 (telefoonabonnementen II)**[2]
Rechtbank Den Haag 8 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7875.
Rechtbank Den Haag 20 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:8764.

[1] Deze uitspraak kon niet meer worden verwerkt in de cijfermatige analyse in hoofdstuk 3 en kon ook niet worden betrokken bij de interviews in hoofdstuk 4. Wel is de uitspraak als zodanig bestudeerd en waar nodig genoemd.

[2] Deze uitspraak kon niet meer worden verwerkt in de cijfermatige analyse in hoofdstuk 3 en kon ook niet worden betrokken bij de interviews in hoofdstuk 4. Wel is de uitspraak als zodanig bestudeerd en waar nodig genoemd.

11.4 Reglement inzake Prejudiciële Vragen van de Hoge Raad der Nederlanden

Reglement prejudiciële vragen van de civiele kamer van de Hoge Raad der Nederlanden

Reikwijdte
1. Dit reglement heeft betrekking op de behandeling van zaken waarin op de voet van artikel 392 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad is gesteld.

Onvoorziene gevallen
2. In alle gevallen waarin dit reglement niet voorziet, beslist de rolraadsheer, gehoord de procureur-generaal, overeenkomstig de eisen van een goede procesorde, zo mogelijk nadat de betrokken partijen in de gelegenheid zijn gesteld hun zienswijze kenbaar te maken. De rolraadsheer kan desverzocht in voorkomende gevallen termijnen die in dit reglement worden genoemd, verlengen.

Aanvang procedure bij de Hoge Raad
3.1 De griffier van het gerecht dat een prejudiciële vraag heeft gesteld, zendt een afschrift van die beslissing toe aan de griffier van de Hoge Raad. De griffier van de Hoge Raad bevestigt de ontvangst.
3.2 De griffier tekent de ontvangst van een verzoek om beantwoording van een prejudiciële vraag aan in een register dat ter griffie wordt bijgehouden. De griffier doet van de ontvangst mededeling op de website van de Hoge Raad.
3.3 De griffier stelt de beslissing in handen van de Eerste meervoudige kamer van de Hoge Raad en van de procureur-generaal.

Voortvarende behandeling
4. De Hoge Raad ziet erop toe dat de procedure met voortvarendheid wordt gevoerd.

Overlegging stukken
5.1 De Hoge Raad kan de griffier van het gerecht dat een prejudiciële vraag heeft gesteld, in elke stand van het geding om overlegging verzoeken van afschriften van de andere op de procedure betrekking hebbende stukken.
5.2 De Hoge Raad kan eveneens aan partijen verzoeken bepaalde, op de zaak betrekking hebbende stukken over te leggen en alle inlichtingen te verstrekken welke hij nodig acht.

Aanstonds afzien van beantwoording
6.1 Indien de Hoge Raad, gehoord de procureur-generaal, aanstonds van oordeel is dat de vraag zich niet leent voor beantwoording bij wijze van prejudiciële beslissing, of dat de vraag van onvoldoende gewicht is om beantwoording te rechtvaardigen, beslist de Hoge Raad van beantwoording af te zien.
6.2 De griffier zendt een afschrift van die beslissing aan het gerecht dat de prejudiciële vraag heeft gesteld, alsmede aan partijen.

Schriftelijke opmerkingen
7.1 In andere gevallen wordt aan partijen, zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk vier weken na ontvangst van de beslissing als bedoeld in artikel 3.1, een termijn verleend van zes weken voor het indienen van schriftelijke opmerkingen. Partijen worden hiervan door de griffier bij

gewone brief in kennis gesteld. De kennisgeving vermeldt dat schriftelijke opmerkingen dienen te worden ondertekend door een advocaat bij de Hoge Raad en dienen te worden ingediend ter griffie van de Hoge Raad.
7.2 Aan partijen wordt geen gelegenheid gegeven tot het geven van een schriftelijke of mondelinge toelichting, tenzij anders wordt bepaald op de voet van artikel 10.

8.1 De Hoge Raad kan, hetzij aanstonds, hetzij nadat partijen schriftelijke opmerkingen hebben gemaakt, bepalen dat ook anderen dan partijen in de gelegenheid worden gesteld om schriftelijke opmerkingen te maken. Daartoe wordt een termijn verleend van vier weken, tenzij de Hoge Raad anders bepaalt. Deze personen of instellingen worden daartoe door de griffier uitgenodigd bij gewone brief, met afschrift aan partijen.
8.2 Indien de Hoge Raad een openbare oproep tot het maken van schriftelijke opmerkingen nodig oordeelt, beveelt hij de publicatie op de website van de Hoge Raad van de prejudiciële vraag en van de termijn waarbinnen opmerkingen kunnen worden ingediend. De Hoge Raad kan publicatie in een andere vorm bevelen.
8.3 De in lid 1 bedoelde brief van de griffier en de in lid 2 vermelde publicatie vermelden dat schriftelijke opmerkingen dienen te worden ondertekend door een advocaat bij de Hoge Raad en dienen te worden ingediend ter griffie van de Hoge Raad.
8.4 Aan anderen dan partijen wordt geen gelegenheid gegeven tot het geven van een schriftelijke of mondelinge toelichting.

9.1 Schriftelijke opmerkingen gaan vergezeld van zoveel afschriften als er partijen zijn.
9.2 Schriftelijke opmerkingen die niet door een advocaat bij de Hoge Raad zijn ondertekend of niet binnen de daarvoor gestelde termijn zijn ingediend, worden ter zijde gelegd.
9.3 Partijen krijgen gelegenheid zich uit te laten over schriftelijke opmerkingen die door de andere partijen en schriftelijke opmerkingen die op de voet van art. 8 door anderen dan partijen zijn ingediend. Daartoe wordt een termijn verleend van twee weken.
9.4 De griffier zendt onverwijld afschriften van de ingekomen schriftelijke opmerkingen aan partijen en aan het gerecht dat de prejudiciële vraag heeft gesteld.
9.5 In de brief waarmee de griffier afschriften van ingekomen schriftelijke opmerkingen aan partijen toezendt, vermeldt hij de datum waarop de termijn van twee weken voor uitlating als bedoeld in lid 3 een aanvang neemt.

Schriftelijke of mondelinge toelichting
10. Indien het belang van de zaak dit geraden doet voorkomen, kan de Hoge Raad, hetzij ambtshalve, hetzij op verzoek van partijen, de advocaten van partijen gelegenheid geven tot het geven van een schriftelijke of mondelinge toelichting.

11.1 Indien gelegenheid wordt gegeven tot het geven van een schriftelijke toelichting, stelt de Hoge Raad de datum vast waarop de schriftelijke toelichtingen uiterlijk ter griffie moeten zijn ingediend. De griffier stelt partijen ten minste vier weken van te voren bij gewone brief in kennis van de termijn waarbinnen de schriftelijke toelichting moet worden ingediend.
11.2 Schriftelijke toelichtingen kunnen ook worden gegeven door een andere advocaat dan de door partijen gestelde advocaat bij de Hoge Raad.
11.3 Schriftelijke toelichtingen gaan vergezeld van zoveel afschriften als er andere partijen zijn.
11.4 De griffier zendt onverwijld afschriften van de schriftelijke toelichtingen aan de andere partijen die een advocaat bij de Hoge Raad hebben gesteld en aan het gerecht dat de prejudiciële vraag heeft gesteld.

12.1 Indien gelegenheid wordt gegeven tot het geven van een mondelinge toelichting, bepaalt de Hoge Raad plaats, dag en uur van de zitting. De griffier stelt partijen en anderen

die schriftelijke opmerkingen hebben gemaakt, ten minste vier weken van te voren bij gewone brief in kennis van plaats, dag en uur van de zitting.
12.2 Mondelinge toelichtingen kunnen ook worden gegeven door een andere advocaat dan de door partijen gestelde advocaat bij de Hoge Raad.
12.3 De Hoge Raad kan degenen die op de voet van artikel 8 door tussenkomst van een advocaat bij de Hoge Raad schriftelijke opmerkingen hebben gemaakt, uitnodigen ter zitting aanwezig te zijn teneinde over hun opmerkingen te worden gehoord.

Conclusie van de procureur-generaal
13.1 Na het verstrijken van de termijn voor het maken van schriftelijke opmerkingen, dan wel na de mondelinge of schriftelijke toelichting, stelt de Hoge Raad de datum vast waarop de procureur-generaal zijn conclusie zal nemen.
13.2 De griffier zendt onverwijld een afschrift van de conclusie aan partijen en aan ieder die op de voet van artikel 8 door tussenkomst van een advocaat bij de Hoge Raad schriftelijke opmerkingen heeft ingediend en aan het gerecht dat de prejudiciële vraag heeft gesteld.
13.3 Partijen kunnen op de voet van artikel 44 Rv. schriftelijk op de conclusie reageren binnen twee weken nadat een afschrift daarvan aan partijen is verzonden, bij brief gericht aan de voorzitter van de civiele kamer met gelijktijdig afschrift aan de andere partijen die een advocaat bij de Hoge Raad hebben gesteld en aan en aan de procureur-generaal.

Herformuleren prejudiciële vraag
14.1 De Hoge Raad kan de prejudiciële vraag herformuleren. Indien de Hoge Raad daartoe het voornemen heeft en de herformulering niet van ondergeschikte betekenis is, doet de Hoge Raad van zijn voornemen blijken in een tussenuitspraak. Partijen worden in de gelegenheid gesteld binnen een termijn van twee weken schriftelijke opmerkingen te maken. Partijen worden daartoe door de griffier uitgenodigd bij gewone brief, die vergezeld gaat van een afschrift van de uitspraak en waarin de datum vermeld is waarop de termijn van twee weken een aanvang neemt.
14.2 De griffier zendt voorts een afschrift van de uitspraak aan het gerecht dat de prejudiciële vraag heeft gesteld.

Uitspraak
15.1 Nadat de procureur-generaal zijn conclusie heeft genomen dan wel nadat op de voet van artikel 14 schriftelijke opmerkingen zijn gemaakt, doet de Hoge Raad zo spoedig mogelijk uitspraak ter openbare terechtzitting.
15.2 De griffier zendt onverwijld een afschrift van de uitspraak aan het gerecht dat de prejudiciële vraag heeft gesteld en aan partijen, alsmede aan ieder die op de voet van artikel 8 door tussenkomst van een advocaat bij de Hoge Raad schriftelijke opmerkingen heeft ingediend.

Verzending van uitnodigingen, kennisgevingen en afschriften
16. De verzending door de griffier van uitnodigingen, kennisgevingen of afschriften van stukken als in dit reglement bedoeld, geschiedt aan de gestelde advocaten bij de Hoge Raad, dan wel, indien deze ontbreken, aan de advocaten die voor partijen optreden in het geding voor het gerecht dat de prejudiciële vraag heeft gesteld, dan wel, indien deze ontbreken, aan partijen zelf.

Indiening van stukken
17.1 De civiele griffie van de Hoge Raad is gevestigd aan de Kazernestraat 52 te ’s Gravenhage en is op werkdagen geopend van 08.30 uur tot 12.00 uur en van 13.00 uur tot 16.00 uur. Gedurende deze openingstijden kunnen aldaar processtukken worden ingediend. Onder indiening van processtukken ter griffie wordt mede verstaan indiening van

processtukken per post of door middel van faxapparatuur overeenkomstig de volgende leden.
17.2 Voor indiening van processtukken per gewone of aangetekende post dient gebruik te worden gemaakt van postadres: Postbus 20303, 2500 EH 's-Gravenhage.
17.3 Stukken die vóór 24.00 uur van de laatste dag van een lopende termijn per fax zijn ingekomen, gelden als binnen de termijn ingediend. Per fax ingezonden stukken dienen binnen korte tijd in originele vorm ter griffie te worden ingeleverd. De griffie is te bereiken via faxnummer: 070 753 0351.

Dit reglement is vastgesteld door de Algemene Vergadering van de Hoge Raad der Nederlanden in zijn vergadering van 28 maart 2012.
Het is gepubliceerd in Staatscourant 2012 nr. 10675, en treedt in werking op 1 juli 2012.

11.5 Namen van geïnterviewde personen en deelnemers aan de expert meetings

Geïnterviewde advocaten

mr. M.M. de Jonge

mr. J.W. Dengerink

mr. F.P.G. Dix

mr. M. Hoogenboom

mr. A. Harent

mr. I.C.J.C. van de Klundert

mr. G.F.E. Koster

mr. R. Malewicz

mr. J.B. Maliepaard

mr. B.S. Matser

mr. N. Noija

mr. J.J. Perrels

mr. M.J. Vaessen

mr. R. van Venetiën

mr. R.M. Vermaire

mr. I.J. Woltman

mr. dr. T.T. van Zanten

Geïnterviewde cassatieadvocaten

mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk

mr. dr. S. van Swaaij

mr. F.E. Vermeulen

Geïnterviewde Advocaten-Generaal bij de Hoge Raad

mw.mr. E.M. Wesseling-van Gent

prof. mr. dr. M.H. Wissink

mr. G. Knigge

Geïnterviewde raadsheren in de Hoge Raad

prof. mr. F.B. Bakels

prof. mr. G. de Groot

mr. E.J. Numann

mw. mr. T.H. Tanja- van den Broek

mr. Y. Buruma

Geïnterviewde rechters

mr. dr. S.B. van Baalen	Rb. Noord-Nederland
mr. B.J. Engberts	Rb. Gelderland
mr. J.W. Frieling	Rb. Midden-Nederland
mr. J.C. Halk	Rb. Rotterdam
mr. S. Hermans	Rb. Oost-Brabant
mr. R.H.C. Jongeneel	Rb. Amsterdam
mr. J.J.M. de Laat	Rb. Midden-Nederland
mr. F.J.P. Lock	Hof Arnhem-Leeuwarden
mr. M.P.M. Loos	Rb. Den Haag
mr. R.R.M. de Moor	Hof 's Hertogenbosch
mr. E. Pennink	Rb. Amsterdam
mr. M. Rietveld	Rb. Oost-Brabant
mr. K.J. Veenstra	Rb. Midden-Nederland

Geïnterviewde Officier van Justitie

mr. F. van Veghel	Landelijk officier van justitie Terrorismebestrijding, Landelijk Parket Rotterdam

Deelnemers strafrechtelijke expert meetings

mr. W.A.M. van Schendel	Vice-president/raadsheer in de Hoge Raad
mw. mr. A.L.J. van Strien	Raadsheer in de Hoge Raad
mr. F.W. Bleichrodt	Advocaat-generaal bij de Hoge Raad
mr. A.E. Harteveld	Advocaat-generaal bij de Hoge Raad
mw. mr. A.S.I. van Delden	Raadsheer in het Hof Den Haag
mr. T. de Lange	Raadsheer in het Hof Den Haag
mr. W.E.C.A. Valkenburg	Raadsheer in het Hof 's-Hertogenbosch
mr. T. de Jong	Advocaat-generaal RessortsParket Den Bosch
mw. prof.mr. M.E. de Meijer	Advocaat-generaal RessortsParket Den Haag, en lid Cassatiedesk Openbaar Ministerie
prof.mr. J.B.H.M. Simmelink	Advocaat-generaal RessortsParket Arnhem-Leeuwarden

mw. mr. E. Kwakman	Landelijk officier van justitie Huiselijk Geweld en Zeden, ArrondissementsParket Midden-Nederland
mr. S. Minks	Officier van justitie Parket Den Haag en advocaat-generaal RessortsParket Den Haag
mr. L.J. Saarloos	Rechter Rechtbank Noord-Holland
mr. A.B. Baumgarten	Advocaat bij Baumgarten CS Advocaten, Den Haag
mr. D.V.A. Brouwer	Advocaat bij CMS Derks Star Busmann, Utrecht en tevens voorzitter Vereniging voor Cassatieadvocaten in Strafzaken
mr. N. van Schaik	Advocaat bij Van Schaik Van Elst Van Dam advocaten, Utrecht
mr. E. Witjens	Advocaat bij Sjöcrona • van Stigt, Den Haag

11.6 Vragenlijsten Civielrechtelijk deel

Introductie

Goedemorgen/middag/avond. Allereerst hartelijk dank voor uw medewerking aan ons onderzoek. Alvorens we aanvangen met het interview, zal ik eerst uitleggen waar het onderzoek over gaat, wat het doel van het onderzoek is en wat het doel van dit interview is.

Het onderzoek wordt gedaan ten behoeve van de evaluatie van de prejudiciële procedure in het civiele recht. Hierbij kijken we naar de mate waarin de doelen en de beoogde effecten van de regeling bereikt zijn, wat de eventuele onvoorziene neveneffecten van de regeling zijn en hoe de betrokkenen in het veld de prejudiciële vraagprocedure ervaren. Ook zal door ons worden onderzocht onder welke omstandigheden een feitenrechter een prejudiciële vraag zou moeten kunnen stellen in een strafrechtelijke procedure, dat is nu immers nog niet mogelijk.

Om inzicht te krijgen in de ervaringen van de betrokkenen in het veld nemen we interviews af met feitenrechters, advocaten en cassatieadvocaten, A-G's en raadsheren in de Hoge Raad. U bent een van deze betrokkenen en willen dan ook uw ervaring(en) horen met de prejudiciële vraagprocedure in de specifieke procedure waarbij u betrokken bent geweest en/of de prejudiciële vraagprocedure in het algemeen: zijn deze slecht of juist goed? Welke verwachtingen had u überhaupt? Etc. Tijdens het interview zullen vijf thema's aan de orde komen: uw ervaring met de prejudiciële vraagprocedure, afwikkeling van het geschil, rechtsvorming, rechtszekerheid/rechtseenheid en werklast en kosten.

Is dit helder voor u?

Graag wil ik ook nog enkele praktische zaken met u doornemen:

- Ten eerste: heeft u er bezwaar tegen als we dit interview opnemen? (antwoord);
- Van deze interviews en dus ook van uw interview worden verslagen gemaakt;
- Deze verslagen worden geanonimiseerd en daarom zullen de antwoorden die u straks geeft, in het uiteindelijke rapport niet herleidbaar zijn tot u;
- De geanonimiseerde verslagen worden op de computer van mr. E.R. de Jong bewaard;
- Uw eigen verslag zal ook aan u worden toegestuurd;
- Verder heeft alleen het onderzoeksteam inzicht in de resultaten.

Is dit duidelijk voor u?

Deelname aan dit onderzoek is dus geheel anoniem, we willen alleen wel graag uw naam opnemen als geïnterviewde in het onderzoek. Heeft u daartegen bezwaar?

[Als alles duidelijk en akkoord is kan worden gestart met het interview]

Vragenlijst voor advocaten

1. Ervaringen met de prejudiciële vraagprocedure van de betrokkenen

1a. Ervaringen algemeen

- Was u voorafgaand aan uw prejudiciële vraag-procedure, bekend met de regeling van de prejudiciële vraag?
    - Waar ging de specifieke procedure over?
- Had u verwachtingen van de prejudiciële vraagprocedure vóór dat de prejudiciële vraag in uw procedure werd gesteld? Zo ja, welke?
    - Had u verwachtingen van de prejudiciële vraagprocedure voor de wettelijke invoering daarvan?

1b. De beslissing tot het stellen van een vraag

- Wie wilde in uw geval de vraag stellen; de rechter, de gedaagde of de eiser?
- Wat waren uw afwegingen/redenen om aan de rechter voor te stellen om een prejudiciële vraag te stellen?
- Indien het initiatief tot het stellen van een prejudiciële vraag niet van u kwam, had u bezwaren tegen het stellen van een prejudiciële vraag?
    - Wat waren uw overwegingen om (eventueel) wel/géén bezwaren te uiten?
    - Zou u, terugkijkend op het verloop en de uitkomst van de procedure, deze bezwaren nu wel/niet uiten?

1c. De vraagstelling

- Is/zijn in uw geval naar uw mening de goede/juiste vraag/vragen gesteld?
- Heeft u naar uw mening voldoende mogelijkheden gehad om input te leveren/invloed uit te oefenen op de formulering van de vraag door de vraagstellende rechter?
    - Is uw input voldoende meegenomen bij het formuleren van de vraag?
    - Heeft u naar uw mening voldoende mogelijkheden gehad om input te leveren/invloed uit te oefenen op de manier waarop de Hoge Raad de vraag begreep en zou moeten beantwoorden?
    - Wie had naar uw mening uiteindelijk de meeste invloed op de vraagstelling?
- Was het belang van rechtsvorming een drijfveer om de procedure zo te voeren?

1d. De uitkomst

- Wat zijn de voor- en nadelen voor uw cliënt geweest bij het stellen van de prejudiciële vraag en bij het antwoord dat de Hoge Raad heeft gegeven?
    - Is het een goed idee geweest om de prejudiciële vraag/vragen te (laten) stellen?
- In hoeverre heeft de prejudiciële procedure invloed gehad op de afweging om een rechtsmiddel in te stellen of om te schikken?

2. Afwikkeling van het geschil

2.a. Algemeen en duur

- Hoe beoordeelt u de uiteindelijke uitspraak van de Hoge Raad? Zowel wat betreft het eindelijke resultaat als de motivering van de Hoge Raad?

- Hoe beoordeelt u de uitspraak van/uitkomst bij de feitenrechter na beantwoording van de prejudiciële vraag?
- Hoe beoordeelt u de snelheid van de afhandeling van de (totale) procedure (beantwoording vraag en verdere afronding van de zaak) in de specifieke prejudiciële vraagprocedure?
    - Waar deden zich eventuele vertragingen voor?

- Heeft het antwoord naar uw mening bijgedragen aan de acceptatie van de uitkomst bij uw cliënt?
    - In hoeverre had u het idee dat het arrest van de Hoge Raad toegesneden was op uw specifieke situatie? Herkende u/uw cliënt het voorliggende probleem nog?
- Algemeen: zijn de bestaande processuele mogelijkheden van de regeling naar tevredenheid benut?

2b. Informatievoorziening en de inbreng van derden

- Heeft u alle relevante informatie die benodigd was voor het formuleren/beantwoorden van de prejudiciële vraag in het geding gebracht/kunnen brengen?
    - Indien nee, waarom niet en wat dient te worden verbeterd?
    - Is er door derden informatie in het geding gebracht?
    - Hoe beoordeelt u de kwaliteit/betrouwbaarheid van de door partijen of derden aangedragen informatie?

3. Rechtsvorming

- Wat verstaat u onder rechtsvorming?
- Heeft de regeling van de prejudiciële vraag, naar uw mening, bijgedragen tot rechtsvorming (door de Hoge Raad)?
    - Kunt u toelichten waarom de prejudiciële vraag in de procedure waar u betrokken bij was, heeft bijgedragen aan rechtsvorming?
    - Zijn er, voor zover bekend, specifieke prejudiciële vraagprocedures waarvan u niet (meteen) het rechtsvormende belang in zag?
- Zijn er voorbeelden van zaken die voorheen niet bij de Hoge Raad terecht gekomen zouden zijn maar die, als gevolg van de prejudiciële vraagprocedure, nu wel de Hoge Raad bereikt hebben? *(allen)*
    - Om welke reden(en) zijn die zaken niet eerder aangebracht?
- Zijn er naar uw mening gevallen waarin géén prejudiciële vraag is gesteld, maar waar dat met het oog op rechtsvorming wel wenselijk was geweest?
- Zijn er elementen binnen de prejudiciële vraagprocedure waardoor rechtsvorming niet geheel uit de verf komt?

4. Rechtszekerheid/rechtseenheid

- In hoeverre zijn in uw visie de uitkomsten van de prejudiciële procedures van belang geweest voor één of meer (andere) zaken?
    - Heeft het antwoord van de Hoge Raad in één of meer prejudiciële vraagprocedure naar uw mening invloed gehad op of nieuwe procedures voorkomen?
    - Heeft het antwoord van de Hoge Raad geleid tot het niet opstarten/afbreken van andere zaken, voor zover u weet?

- Is de stand van zaken op het desbetreffende rechtsgebied, als gevolg van het antwoord in de specifieke prejudiciële procedure, voor u nu helderder?
- Heeft de uitspraak u duidelijkheid geboden over hoe soortgelijke gevallen moeten worden beoordeeld?

- Is de prejudiciële vraagprocedure naar uw gevoel in het algemeen een goed instrument om rechtseenheid en zekerheid te bereiken?
    - Kunt u het antwoord toelichten?

5. Werklast/Kosten

5a. Werklast

- Heeft een prejudiciële uitspraak er voor soortgelijke gevallen toe geleid om niet te procederen?
    - Indien ja, heeft u daarvan voorbeelden?
    - Indien nee, waarom is dat volgens u niet het geval?
    - Of heeft de prejudiciële vraagprocedure juist geleid tot meer/uitvoerige procedures?

5b. Kosten voor partijen

- Wat waren de (extra) kosten die voor de partijen verbonden zijn aan het stellen van een prejudiciële vraag?

6. Afsluiting- de toekomst van de regeling

- Als u de prejudiciële vraagprocedure opnieuw zou mogen inrichten, wat zou u dan veranderen?
- Zijn uw eigen verwachtingen ten aanzien van de prejudiciële vraagprocedure waargemaakt?
    - Hebben we er goed aangedaan door een prejudiciële vraagprocedure in de wet op te nemen?
    - Heeft de prejudiciële procedure u/uw cliënt goeds gebracht?
- Hoe beoordeelt u het voornemen van de wetgever om de prejudiciële vraagprocedure ook in het strafprocesrecht op te nemen?
- Wat wilt u verder nog kwijt? Welk belangrijk element heeft u gemist in onze vragen?

Vragenlijst Advocaten-Generaal bij de Hoge Raad

1. Ervaringen met de prejudiciële vraagprocedure van de betrokkenen

1a. Ervaringen algemeen

- Had u verwachtingen van de prejudiciële vraagprocedure vóór de wettelijke invoering van de prejudiciële vraagprocedure
    - Zo ja, wat waren deze?

1d. De uitkomst

- Wat zijn de voor- en nadelen voor de partijen geweest bij het stellen van de prejudiciële vraag/vragen en bij het antwoord/ de antwoorden dat de Hoge Raad heeft gegeven?
    - Is het een goed idee geweest om de/deze prejudiciële vraag te (laten) stellen?
- In hoeverre heeft de prejudiciële procedure invloed gehad op de afweging van partijen om een rechtsmiddel in te stellen of om te schikken in andere procedures?
- Heeft het antwoord/de antwoorden van de Hoge Raad geleid tot het niet opstarten / afbreken van andere zaken, voor zover u weet?

1c. De vraagstelling

- Worden in het algemeen de juiste vragen gesteld?
    - Zijn er voorbeelden van een goede/slechte vraagstelling?
    - Kunt u uw antwoord toelichten?

2. Afwikkeling van het geschil

2.a. Algemeen en duur

- Hoe beoordeelt u de uitspraken van/uitkomsten bij de feitenrechters na beantwoording van een prejudiciële vraag?
- Hoe beoordeelt u de snelheid van de afhandeling van de (totale) procedure (beantwoording vraag en verdere afronding van de zaak) in de specifieke prejudiciële vraagprocedure? En hoe beoordeelt u deze snelheid in het algemeen?
    - Waar deden zich eventuele vertragingen voor
- Algemeen: worden bestaande processuele mogelijkheden van de regeling naar tevredenheid benut?

2b. Informatievoorziening en de inbreng van derden

- Had u alle relevante informatie die benodigd was voor het afgeven van een conclusie over de prejudiciële vraag?
    - Indien nee, waarom niet en wat dient te worden verbeterd?
    - Hoe beoordeelt u de kwaliteit/betrouwbaarheid van de door partijen of derden aangedragen informatie?

- Hoe beoordeelt u de mogelijkheid voor partijen om op de inbreng van derden te reageren?
    - Zijn er voorbeelden waarin u graag input van derden had willen ontvangen, maar die input niet is ontvangen?

- Wie verschaft naar uw mening de meeste/beste informatie, partijen of derden?

- Heeft u derden in specifiek prejudiciële vraagprocedures (ambtshalve) uitgenodigd om informatie in het geding te brengen?
    - Wat was de reden om dat te doen of om daarvan af te zien?

3. Rechtsvorming

- Wat verstaat u onder rechtsvorming?
- Heeft de regeling van de prejudiciële vraag, naar uw mening, bijgedragen tot rechtsvorming (door de Hoge Raad)?
    - Kunt u toelichten waarom de prejudiciële vraag in de procedure waar u betrokken bij was, heeft bijgedragen aan rechtsvorming?
    - Kunt u toelichten waarom één of meerdere prejudiciële vraagprocedures naar uw mening heeft/hebben bijgedragen aan rechtsvorming?
    - Was het belang van rechtsvorming een drijfveer om de procedure zo te voeren?
    - Zijn er, voor zover bekend, specifieke prejudiciële vraagprocedures waarvan u niet (meteen) het rechtsvormende belang in zag?
- Zijn er voorbeelden van zaken die voorheen niet bij de Hoge Raad terecht gekomen zouden zijn maar die, als gevolg van de prejudiciële vraagprocedure, nu wél de Hoge Raad bereikt hebben?
    - Om welke reden(en) zijn die zaken niet eerder aangebracht?
- Zijn er naar uw mening gevallen waarin géén prejudiciële vraag is gesteld, maar waar dat met het oog op rechtsvorming wel wenselijk was geweest?
- Zijn er elementen binnen de prejudiciële vraagprocedure waardoor rechtsvorming niet geheel uit de verf komt?
- Hoe beoordeelt u de kwaliteit van de vragen die worden gesteld in het algemeen?
- Zij er naar uw mening veel gevallen waarin de Hoge Raad een prejudiciële vraag heeft of had moeten 'herformuleren'?
    - Waar kunnen verbeterslagen worden gemaakt?

4. Rechtszekerheid/rechtseenheid

- In hoeverre zijn in uw visie de uitkomsten van de prejudiciële procedures van belang geweest voor één of meer (andere) zaken?
    - Is de stand van zaken op het desbetreffende rechtsgebied, als gevolg van het antwoord in de specifieke prejudiciële procedure, voor u nu helderder?
    - Heeft de uitspraak u duidelijkheid geboden over hoe soortgelijke gevallen moeten worden beoordeeld?
- Heeft het antwoord van de Hoge Raad in één of meer prejudiciële vraagprocedure naar uw mening invloed gehad op of nieuwe procedures voorkomen?
- Heeft het antwoord van de Hoge Raad geleid tot het niet opstarten/afbreken van andere zaken, voor zover u weet?
- Is de prejudiciële vraagprocedure naar uw gevoel in het algemeen een goed instrument om rechtseenheid en zekerheid te bereiken?
    - Kunt u het antwoord toelichten?

5. Werklast/Kosten

5a. Werklast

- Heeft een prejudiciële uitspraak er voor soortgelijke gevallen toe geleid om niet te procederen, voor zover u weet?
    - Indien ja, heeft u daarvan voorbeelden?
    - Indien nee, waarom is dat volgens u niet het geval?
    - Of heeft de prejudiciële vraagprocedure juist geleid tot meer/uitvoerige procedures?

- Wanneer en op welke gronden, wordt besloten om andere procedures aan te houden indien een voor dat specifieke geschil relevante prejudiciële vraag bij de Hoge Raad voorligt?
    - Bestaat er binnen het Parket beleid ten aanzien van dit punt?
    - Leidt het aanhouden van een zaak uiteindelijk tot een vlottere afwikkeling van deze andere zaak? Heeft u daarvan concrete voorbeelden?

5b. Kosten voor partijen

- Wat waren de (extra) kosten die voor de partijen verbonden zijn aan het stellen van een prejudiciële vraag?
    - Zouden er andere opties (bijv. fondsvormingen) moeten bestaan om tegemoet te kunnen komen aan de kosten die partijen maken als gevolg van een prejudiciële vraagprocedure?

6. Afsluiting- de toekomst van de regeling

- Als u de prejudiciële vraagprocedure opnieuw zou mogen inrichten, wat zou u dan veranderen?
- Zijn uw eigen verwachtingen ten aanzien van de prejudiciële vraagprocedure waargemaakt?
    - Hebben we er goed aangedaan door een prejudiciële vraagprocedure in de wet op te nemen?
- Hoe beoordeelt u het voornemen van de wetgever om de prejudiciële vraagprocedure ook in het strafprocesrecht op te nemen?
- Wat wilt u verder nog kwijt? Welk belangrijk element heeft u gemist in onze vragen?

Vragenlijst cassatieadvocaten

1. Ervaringen met de prejudiciële vraagprocedure van de betrokkenen

1a. Ervaringen algemeen

- Was u voorafgaand aan uw prejudiciële vraagprocedure, bekend met de regeling van de prejudiciële vraag?
    - Waar ging de specifieke procedure over?
- Had u verwachtingen van de prejudiciële vraagprocedure vóór dat de prejudiciële vraag in uw procedure werd gesteld en/of voor de wettelijke invoering daarvan? Zo ja, welke?

1c. De vraagstelling

- Is/zijn in uw geval naar uw mening de goede/juiste vraag/vragen gesteld?
- Heeft u naar uw mening voldoende mogelijkheden gehad om input te leveren/invloed uit te oefenen op de manier waarop de Hoge Raad de vraag begreep en zou moeten beantwoorden?
    - Wie had naar uw mening uiteindelijk de meeste invloed op de vraagstelling?

- Hoe beoordeelt u de kwaliteit van de vragen die worden gesteld in het algemeen?
- Zijn er gevallen waarin u ervan heeft afgezien om een prejudiciële vraagprocedure aan te nemen?
- Zijn er naar uw mening veel gevallen waarin de Hoge Raad een prejudiciële vraag heeft of had moeten 'herformuleren'?
    - Waar kunnen verbeterslagen worden gemaakt?

1d. De uitkomst

- Wat zijn de voor- en nadelen voor de partijen geweest bij het stellen van de prejudiciële vraag en bij het antwoord dat de Hoge Raad heeft gegeven?
    - Is het een goed idee geweest om de/deze prejudiciële vraag te (laten) stellen?
- In hoeverre heeft de prejudiciële procedure invloed gehad op de afweging om een rechtsmiddel in te stellen of om te schikken in andere procedures?
- Heeft het antwoord van de Hoge Raad geleid tot het niet opstarten/afbreken van andere zaken, voor zover u weet?
- Heeft de prejudiciële vraagprocedure op een andere manier de procestactiek beïnvloedt?
- Hoe beoordeelt u de inhoudelijke kwaliteit van de antwoorden die tot nu toe door de Hoge Raad zijn gegeven?

2. Afwikkeling van het geschil

2.a. Algemeen en duur

- Hoe beoordeelt u de uiteindelijke uitspraak van de Hoge Raad? Zowel wat betreft het eindelijke resultaat als de motivering van de Hoge Raad?
- Hoe beoordeelt u de uitspraak van/uitkomst bij de feitenrechter na beantwoording van de prejudiciële vraag?

- Hoe beoordeelt u de snelheid van de afhandeling van de (totale) procedure (beantwoording vraag en verdere afronding van de zaak) in de specifieke prejudiciële vraagprocedure? En hoe beoordeelt u deze snelheid in het algemeen?
    - Waar deden zich eventuele vertragingen voor?

- Algemeen: zijn de bestaande processuele mogelijkheden van de regeling naar tevredenheid benut?

2b. Informatievoorziening en de inbreng van derden

- Heeft u alle relevante informatie die benodigd was in het geding gebracht/kunnen brengen?
    - Indien nee, waarom niet en wat dient te worden verbeterd?
- Hoe beoordeelt u de mogelijkheid voor derden om informatie in te brengen?
- Hoe beoordeelt u de kwaliteit/betrouwbaarheid van de door derden aangedragen informatie?
- Hoe beoordeelt u de mogelijkheid voor partijen om op de inbreng van derden te reageren?
- Zijn er voorbeelden waarin u graag input van derden had willen ontvangen, maar die input niet is ontvangen?
- Heeft u derden in specifiek prejudiciële vraagprocedures aangespoord om informatie in het geding te brengen?
    - Wat was de reden om dat te doen of om daarvan af te zien?
    - Wie verschaft naar uw mening de meeste/beste informatie, partijen of derden?

3. Rechtsvorming

- Wat verstaat u onder rechtsvorming?
- Heeft de regeling van de prejudiciële vraag, naar uw mening, bijgedragen tot rechtsvorming (door de Hoge Raad)?
    - Kunt u toelichten waarom de prejudiciële vraag in de procedure waar u betrokken bij was, heeft bijgedragen aan rechtsvorming?
    - Kunt u toelichten waarom één of meerdere prejudiciële vraagprocedures naar uw mening heeft/hebben bijgedragen aan rechtsvorming?
    - Was het belang van rechtsvorming een drijfveer om de procedure zo te voeren?
    - Zijn er, voor zover bekend, specifieke prejudiciële vraagprocedures waarvan u niet (meteen) het rechtsvormende belang in zag?
- Heeft het antwoord van de Hoge Raad in één of meer prejudiciële vraagprocedure naar uw mening invloed gehad op of nieuwe procedures voorkomen?
- Zijn er voorbeelden van zaken die voorheen niet bij de Hoge Raad terecht gekomen zouden zijn maar die, als gevolg van de prejudiciële vraagprocedure, nu wel de Hoge Raad bereikt hebben? *(allen)*
    - Om welke reden(en) zijn die zaken niet eerder aangebracht?
- Zijn er naar uw mening gevallen waarin géén prejudiciële vraag is gesteld, maar waar dat met het oog op rechtsvorming wél wenselijk was geweest?
- Zijn er elementen binnen de prejudiciële vraagprocedure waardoor rechtsvorming niet geheel uit de verf komt?

4. Rechtszekerheid/rechtseenheid

- In hoeverre zijn in uw visie de uitkomsten van de prejudiciële procedures van belang geweest voor één of meer (andere) zaken?
    - Is de stand van zaken op het desbetreffende rechtsgebied, als gevolg van het antwoord in de specifieke prejudiciële procedure, voor u nu helderder?
    - Heeft de uitspraak u duidelijkheid geboden over hoe soortgelijke gevallen moeten worden beoordeeld?

- Is de prejudiciële vraagprocedure naar uw gevoel in het algemeen een goed instrument om rechtseenheid en zekerheid te bereiken?
    - Kunt u het antwoord toelichten?

5. Werklast/Kosten

- Wat waren de (extra) kosten die voor de partijen verbonden zijn aan het stellen van een prejudiciële vraag?
    - Zouden er andere opties (bijv. fondsvormingen) moeten bestaan om tegemoet te kunnen komen aan de kosten die partijen maken als gevolg van een prejudiciële vraagprocedure?

- Wanneer en op welke gronden, wordt besloten om andere procedures aan te houden indien een voor dat specifieke geschil relevante prejudiciële vraag bij de Hoge Raad voorligt?
    - Bestaat er binnen uw organisatie beleid ten aanzien van dit punt?
    - Leidt het aanhouden van een zaak uiteindelijk tot een vlottere afwikkeling van deze andere zaak? Heeft u daarvan concrete voorbeelden?

6. Afsluiting- de toekomst van de regeling

- Als u de prejudiciële vraagprocedure opnieuw zou mogen inrichten, wat zou u dan veranderen?
- Zijn uw eigen verwachtingen ten aanzien van de prejudiciële vraagprocedure waargemaakt?
    - Hebben we er goed aangedaan door een prejudiciële vraagprocedure in de wet op te nemen?
    - Heeft de prejudiciële procedure u/uw cliënt goeds gebracht?
- Hoe beoordeelt u het voornemen van de wetgever om de prejudiciële vraagprocedure ook in het strafprocesrecht op te nemen?
- Wat wilt u verder nog kwijt? Welk belangrijk element heeft u gemist in onze vragen?

Vragenlijst raadsheren in de Hoge Raad

1. Ervaringen met de prejudiciële vraagprocedure van de betrokkenen

1a. Ervaringen algemeen

- Welke verwachtingen had u van de prejudiciële vraagprocedure vóór de wettelijke invoering van de prejudiciële vraagprocedure?
    - Zo ja, wat waren deze?

1d. De uitkomst

- Wat zijn de voor- en nadelen voor de partijen geweest bij het stellen van de prejudiciële vraag en bij het antwoord dat de Hoge Raad heeft gegeven, in zijn algemeenheid.
    - Is het een goed idee geweest om de/deze prejudiciële vraag te (laten) stellen?
- Heeft u er weet van of een specifieke prejudiciële procedure invloed heeft gehad op de afweging om een rechtsmiddel in te stellen of om te schikken in andere procedures?

1c. De vraagstelling

- Worden in het algemeen de juiste vragen gesteld?
    - Zijn er voorbeelden van een goede/slechte vraagstelling?
    - Kunt u uw antwoord toelichten?
    - Heeft u de neiging om de vraag te herformuleren?
- Hoe beoordeelt u de kwaliteit van de vragen die worden gesteld in het algemeen?
- Zij er naar uw mening veel gevallen waarin de Hoge Raad een prejudiciële vraag heeft of had moeten 'herformuleren'?
    - Waar kunnen verbeterslagen worden gemaakt?

2. Afwikkeling van het geschil

2.a. Algemeen en duur

- Hoe beoordeelt u de uitspraken van/uitkomsten bij de feitenrechters na beantwoording van een prejudiciële vraag?
- Hoe beoordeelt u de snelheid van de afhandeling van de (totale) procedure (beantwoording vraag en verdere afronding van de zaak) in de specifieke prejudiciële vraagprocedure? En hoe beoordeelt u deze snelheid in het algemeen?
    - Waar deden zich eventuele vertragingen voor
- Algemeen: worden de bestaande processuele mogelijkheden van de regeling naar tevredenheid benut?

2b. Informatievoorziening en de inbreng van partijen en derden

- Had u van de partijen alle relevante informatie ontvangen die benodigd was voor het beantwoorden van de prejudiciële vraag?
    - Indien nee, waarom niet en wat dient te worden verbeterd?
- Hoe beoordeelt u de kwaliteit/betrouwbaarheid van de door partijen aangedragen informatie?
- Hoe beoordeelt u de mogelijkheid voor partijen om op de inbreng van derden te reageren?

- Heeft u van derden alle relevante informatie ontvangen die benodigd was voor het beantwoorden van de prejudiciële vraag?
    - Indien nee, waarom niet en wat dient te worden verbeterd?
- Hoe beoordeelt u de mogelijkheid voor derden om informatie in te brengen?

- Hoe beoordeelt u de kwaliteit/betrouwbaarheid van de door derden aangedragen informatie?
- Zijn er voorbeelden waarin u graag input van derden had willen ontvangen, maar die input niet is ontvangen?
- Heeft u derden in specifiek prejudiciële vraagprocedures ambtshalve uitgenodigd om informatie in het geding te brengen?
    - Wat was de reden om dat te doen of om daarvan af te zien?
    - Wie verschaft naar uw mening de meeste/beste informatie, partijen of derden?

3. Rechtsvorming

- Wat verstaat u onder rechtsvorming?
- Heeft de regeling van de prejudiciële vraag, naar uw mening, bijgedragen tot rechtsvorming (door de Hoge Raad)?
    - Zijn er, voor zover bekend, specifieke prejudiciële vraagprocedures waarvan u niet (meteen) het rechtsvormende belang in zag?
- Zijn er voorbeelden van zaken die voorheen niet bij de Hoge Raad terecht gekomen zouden zijn maar die, als gevolg van de prejudiciële vraagprocedure, nu wel de Hoge Raad bereik hebben?
    - Om welke reden(en) zijn die zaken niet eerder aangebracht?
- Zijn er naar uw mening gevallen waarin géén prejudiciële vraag is gesteld, maar waar dat met het oog op rechtsvorming wel wenselijk was geweest?
- Zijn er elementen binnen de prejudiciële vraagprocedure waardoor rechtsvorming niet geheel uit de verf komt?

4. Rechtszekerheid/rechtseenheid

- In hoeverre zijn in uw visie de uitkomsten van de prejudiciële procedures van belang geweest voor één of meer (andere) zaken?
- Heeft het antwoord van de Hoge Raad in één of meer prejudiciële vraagprocedure naar uw mening invloed gehad op of nieuwe procedures voorkomen?
    - Heeft het antwoord van de Hoge Raad geleid tot het niet opstarten/afbreken van andere zaken, voor zover u weet?
    - Indien ja, heeft u daarvan voorbeelden?
    - Indien nee, waarom is dat volgens u niet het geval?
    - Of heeft de prejudiciële vraagprocedure juist geleid tot meer/uitvoerige procedures?

- Is de prejudiciële vraagprocedure naar uw gevoel in het algemeen een goed instrument om rechtseenheid en zekerheid te bereiken?
    - Kunt u het antwoord toelichten?

5. Werklast/Kosten

5a. Werklast

- Wanneer en op welke gronden, wordt besloten om andere procedures aan te houden indien een voor dat specifieke geschil relevante prejudiciële vraag bij de Hoge Raad voorligt?
    - Bestaat er binnen de Hoge Raad beleid ten aanzien van dit punt?
    - Leidt het aanhouden van een zaak uiteindelijk tot een vlottere afwikkeling van deze andere zaak? Heeft u daarvan concrete voorbeelden?

5b. Kosten voor partijen

- Wat zijn de (extra) kosten die voor de partijen verbonden zijn aan het stellen van een prejudiciële vraag?
- Neemt u de (extra) kosten van de prejudiciële vraagprocedure mee in de kostenveroordeling *(feitenrechters/cassatierechters)*
    - Zo ja, hoe?
    - Is over dit aspect beleid binnen de Hoge Raad?
    - Zouden er andere opties (bijv. fondsvormingen) moeten bestaan om tegemoet te kunnen komen aan de kosten die partijen maken als gevolg van een prejudiciële vraagprocedure?

6. Afsluiting- de toekomst van de regeling

- Als u de prejudiciële vraagprocedure opnieuw zou mogen inrichten, wat zou u dan veranderen?
- Zijn uw eigen verwachtingen ten aanzien van de prejudiciële vraagprocedure waargemaakt?
    - Hebben we er goed aangedaan door een prejudiciële vraagprocedure in de wet op te nemen?
    - Heeft de prejudiciële procedure u/uw cliënt goeds gebracht?
- Hoe beoordeelt u het voornemen van de wetgever om de prejudiciële vraagprocedure ook in het strafprocesrecht op te nemen?
- Wat wilt u verder nog kwijt? Welk belangrijk element heeft u gemist in onze vragen?

Vragenlijst vraagstellende rechters

1. Ervaringen met de prejudiciële vraagprocedure van de betrokkenen

1a. Ervaringen algemeen

- Was u voorafgaand aan uw prejudiciële vraagprocedure, bekend met de regeling van de prejudiciële vraag?
  - *Waar ging de specifieke procedure over?*
- Had u verwachtingen van de prejudiciële vraagprocedure voor dat de prejudiciële vraag in uw procedure werd gesteld? Zo ja, welke?

1b. De beslissing tot het stellen van een vraag

- Wie wilde in uw geval de vraag stellen; de rechter, de gedaagde of de eiser?
- In hoeverre voelde u bij de partijen/advocaten een acceptatie van het stellen van een prejudiciële vraag?
  - Waar zaten in uw visie eventuele bezwaren?
- Wat waren uw afwegingen/redenen om de prejudiciële vraag al dan niet te stellen?
  - Bestaan er drempels voor het stellen van een vraag? Zo ja, wat zijn deze?
  - Hoe kunnen eventuele drempels voor het stellen van een prejudiciële vraag worden weggenomen?
  - Indien het initiatief tot het stellen van een prejudiciële vraag niet van u kwam, had u bezwaren tegen het stellen van een prejudiciële vraag?

1c. De vraagstelling

- Hoe beoordeelt u de input van partijen voor de vraagstelling?

1d. De uitkomst

- Wat zijn de voor- en nadelen voor de partijen geweest bij het stellen van een prejudiciële vraag en bij het antwoord dat de Hoge Raad heeft gegeven?

2. Afwikkeling van het geschil

2.a. Algemeen en duur

- Hoe beoordeelt u de uiteindelijke uitspraak van de Hoge Raad? Zowel wat betreft het eindelijke resultaat als de motivering van de Hoge Raad.
- Heeft het antwoord naar uw mening bijgedragen aan de acceptatie van de uitkomst van het geding door de partijen?
- Hoe beoordeelt u de inhoudelijke kwaliteit van de antwoorden die tot nu toe door de Hoge Raad zijn gegeven?
- Hoe beoordeelt u de snelheid van de afhandeling van de (totale) procedure (beantwoording vraag en verdere afronding van de zaak) in de specifieke prejudiciële vraagprocedure?
  - Waar deden zich eventuele vertragingen voor?
- Heeft het antwoord van de Hoge Raad geleid tot een schikking?
- Algemeen: zijn de bestaande processuele mogelijkheden van de regeling naar tevredenheid benut?

2b. Informatievoorziening en de inbreng van derden

- Had u alle relevante informatie die benodigd was voor het formuleren / beantwoorden van de prejudiciële vraag?
    - Indien nee, wat dient te worden verbeterd?

3. Rechtsvorming

- Wat verstaat u onder rechtsvorming?
- Heeft de regeling van de prejudiciële vraag, naar uw mening, bijgedragen tot rechtsvorming (door de Hoge Raad)?
    - Kunt u toelichten waarom de prejudiciële vraag in de procedure waar u betrokken bij was, heeft bijgedragen aan rechtsvorming?
    - Kunt u toelichten waarom één of meerdere prejudiciële vraagprocedures naar uw mening heeft/hebben bijgedragen aan rechtsvorming?
    - Was het belang van rechtsvorming een drijfveer om de procedure zo te voeren?
    - Zijn er, voor zover bekend, specifieke prejudiciële vraagprocedures waarvan u niet (meteen) het rechtsvormende belang in zag?
- Zijn er voorbeelden van zaken die voorheen niet bij de Hoge Raad terecht gekomen zouden zijn maar die, als gevolg van de prejudiciële vraagprocedure, nu wel de Hoge Raad bereikt hebben?
    - Om welke reden(en) zijn die zaken niet eerder aangebracht?
- Zijn er naar uw mening gevallen waarin géén prejudiciële vraag is gesteld, maar waar dat met het oog op rechtsvorming wel wenselijk was geweest?
    - Indien ja, wat is uw verklaring daarvoor?
- Zijn er elementen binnen de prejudiciële vraagprocedure waardoor rechtsvorming niet geheel uit de verf komt?

4. Rechtszekerheid/rechtseenheid

- In hoeverre zijn in uw visie de uitkomsten van de prejudiciële procedures van belang geweest voor één of meer (andere) zaken?
    - Heeft het antwoord van de Hoge Raad in één of meer prejudiciële vraagprocedure naar uw mening invloed gehad op of nieuwe procedures voorkomen?
    - Heeft het antwoord van de Hoge Raad in één of meer prejudiciële vraagprocedure naar uw mening invloed gehad op of nieuwe procedures gegenereerd ?
- Is de stand van zaken op het desbetreffende rechtsgebied, als gevolg van het antwoord in de specifieke prejudiciële procedure, voor u nu helderder?
    - Heeft de uitspraak u duidelijkheid geboden over hoe soortgelijke gevallen moeten worden beoordeeld?
- Is de prejudiciële vraagprocedure naar uw gevoel in het algemeen een goed instrument om rechtseenheid en zekerheid te bereiken?
    - Kunt u het antwoord toelichten?

5. Werklast/Kosten

5a. Werklast van de cassatierechter

- Heeft het antwoord in de prejudiciële vraagprocedure andere procedures voorkomen en/of heeft de prejudiciële vraag geleid tot minder (uitvoerige) procedures?
- In hoeverre heeft de prejudiciële procedure invloed gehad op de afweging om een rechtsmiddel in te stellen of om te schikken?
- Wanneer en op welke gronden, wordt besloten om andere procedures aan te houden indien een voor dat specifieke geschil relevante prejudiciële vraag bij de Hoge Raad voorligt?
    - Bestaat er binnen uw gerecht/Parket beleid ten aanzien van dit punt?
    - Leidt het aanhouden van een zaak uiteindelijk tot een vlottere afwikkeling van deze andere zaak? Heeft u daarvan concrete voorbeelden?
    - Bereikt de informatie over welke prejudiciële vraagprocedures er aanhangig zijn bij de Hoge Raad u tijdig?

5b. Kosten voor partijen

- Wat waren de (extra) kosten die voor de partijen verbonden zijn aan het stellen van een prejudiciële vraag
- Neemt u de (extra) kosten van de prejudiciële vraagprocedure mee in de kostenveroordeling
    - Zo ja, hoe?
    - Is over dit aspect beleid binnen de rechtbanken/gerechtshoven/Hoge Raad/Parket?
    - Zouden er andere opties (bijv. fondsvormingen) moeten bestaan om tegemoet te kunnen komen aan de kosten die partijen maken als gevolg van een prejudiciële vraagprocedure?

6. Afsluiting- de toekomst van de regeling

- Zijn uw eigen verwachtingen ten aanzien van de prejudiciële vraagprocedure waargemaakt?
    - Hebben we er goed aangedaan door een prejudiciële vraagprocedure in de wet op te nemen?
    - Heeft u er goed aan gedaan om de prejudiciële vraag te stellen in de betreffende procedure?
- Als u de prejudiciële vraagprocedure opnieuw zou mogen inrichten, wat zou u dan veranderen?
- Hoe beoordeelt u het voornemen van de wetgever om de prejudiciële vraagprocedure ook in het strafprocesrecht op te nemen?
- Wat wilt u verder nog kwijt? Welk belangrijk element heeft u gemist in onze vragen?

11.7 Vragenlijst Strafrechtelijk deel

Introductie

Goedemorgen/middag/avond. Allereerst hartelijk dank voor uw medewerking aan ons onderzoek. Alvorens we aanvangen met het interview, zal ik eerst uitleggen waar het onderzoek over gaat, wat het doel van het onderzoek is en wat het doel van dit interview is.

Het onderzoek wordt gedaan ten behoeve van de vraag naar de mogelijkheden van een prejudiciële procedure in het strafrecht, en zo ja, onder welke voorwaarden en omstandigheden? Hierbij kijken we met name naar de vraag of er behoefte is aan een prejudiciële procedure in strafzaken, wat de voor- en nadelen van een dergelijke procedure kunnen zijn, of er alternatieven zijn en wat zijn voorwaarden en omstandigheden voor het kunnen aanwenden van een eventuele prejudiciële procedure.

Om inzicht te krijgen in de opvattingen van de betrokkenen in het veld nemen we interviews af met een advocaat, een officier van justitie, twee feitenrechters, een advocaat-generaal bij de Hoge Raad en een raadsheer in de Hoge Raad. Daarnaast hebben wij twee expert meetings georganiseerd. U bent een van de personen die worden geïnterviewd en wij willen dan ook uw opvatting(en) horen over een eventuele prejudiciële procedure in strafzaken. Aangezien thans nog geen prejudiciële procedure in strafzaken bestaat, vragen we vooral naar opvattingen en verwachtingen. Tijdens het interview zullen de eerdergenoemde thema's aan de orde komen. Dat zal gebeuren aan de hand van vragen die de opdrachtgever tot dit onderzoek, het WODC, heeft geformuleerd, alsmede aan de hand van vragen die wij als onderzoekers hebben geformuleerd, mede op basis van de uitkomsten van het evaluatieonderzoek naar de prejudiciële procedure in het civiele recht.

Is dit helder voor u?

Graag wil ik ook nog enkele praktische zaken met u doornemen.

Heeft u er bezwaar tegen als we dit interview opnemen? (antwoord);

Over de werkwijze en het omgaan met de interviews maak ik graag de volgende opmerkingen:

- Van deze interviews en dus ook van uw interview worden verslagen gemaakt;
- Deze verslagen worden geanonimiseerd en daarom zullen de antwoorden die u straks geeft in het uiteindelijke rapport ook niet herleidbaar zijn tot u;
- De geanonimiseerde verslagen worden op de computer van de onderzoekers bewaard;
- Uw eigen verslag zal ook aan u worden toegestuurd;
- Verder heeft alleen het onderzoeksteam inzicht in de resultaten. (duidelijk?)

Deelname aan dit onderzoek is dus geheel anoniem, we willen alleen wel graag uw naam opnemen als geïnterviewde in het onderzoek. Heeft u daartegen bezwaar?

[Als alles duidelijk en akkoord is kan worden gestart met het interview]

1) Is er behoefte aan de invoering van een prejudiciële procedure?

a. Waaruit bestaat de behoefte? (veronderstelling: sneller duidelijkheid over belangrijke rechtsvragen, die leiden tot meer rechtszekerheid en minder en snellere procedures (specifiek: beroepen en cassatieberoepen).
b. Hoe vaak spelen soortgelijke rechtsvragen of gemengde vragen die in 'talrijke' procedures spelen?
c. In welk stadium en in welke instantie spelen deze rechtsvragen of gemengde vragen?
d. Wat zijn voorbeelden van vraagstukken die met de prejudiciële procedure (snel) beantwoord (hadden) kunnen worden?
e. Maakt het huidige gebruik van het instrument van cassatie in het belang der wet invoering van een prejudiciële procedure overbodig?

2) Wat zijn de potentiële voor- en nadelen van de invoering van de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad in het strafrecht?

a. In hoeverre zal er sprake van versnelling of vertraging van procedures na het stellen van prejudiciële vragen?
    i. In hoeverre is het waarschijnlijk dat er minder vaak hoger beroep of cassatieberoep wordt ingesteld?
b. Wat is de verwachte zaaksduur wanneer een prejudiciële vraag wordt gesteld?
c. Wat is de verwachte zaaksafname (is de verwachting dat er minder hoger beroep of cassatieberoep wordt ingesteld)?
d. Wat is de verwachting van professionele partijen? Zouden zij de uitspraak van de rechter meer waarderen als prejudiciële vragen zijn gesteld of juist minder?
e. Wat zijn de te verwachten nadelen van de procedure voor de verdachte? (vertraging van de procedure kan bezwaarlijk zijn als dwangmiddelen zijn toegepast; als er een gemengde vraag wordt gesteld, kan dit schuren met de onschuldpresumptie)
f. Wat zijn te verwachten knelpunten?

3) Zijn er alternatieven voor de prejudiciële procedure?

a. Zou een meer actieve inzet van cassatie in belang der wet een reëel alternatief kunnen zijn?
b. Zou sprongcassatie een reëel alternatief kunnen zijn?

Vanuit het lopend onderzoek voegen wij daar graag de navolgende vragen aan toe, die wij thematisch hebben geclusterd:

4) Rechtsvorming

- Wat verstaat u onder rechtsvorming?
- Kan een prejudiciële procedure naar verwachting bijdragen aan de rechtsvorming door de Hoge Raad?
- Heeft een prejudiciële procedure mogelijk gevolgen voor de positie van de Hoge Raad als cassatierechter?
- Wat zijn elementen binnen een eventuele prejudiciële procedure die met zich kunnen brengen dat rechtsvorming niet geheel uit de verf komt?

5) Rechtszekerheid/rechtseenheid

- Kan een prejudiciële procedure naar verwachting bijdragen aan het bevorderen van de rechtseenheid door de Hoge Raad?
- In hoeverre kunnen in uw visie de uitkomsten van eventuele prejudiciële procedures van belang zijn voor één of meer (andere) strafzaken?
- Zou het antwoord van de Hoge Raad in één of meer prejudiciële procedures naar uw mening invloed kunnen hebben op lopende strafprocedures of nieuwe strafprocedures kunnen voorkomen?
- Zou een prejudiciële procedure in strafzaken naar uw gevoel in het algemeen een goed instrument om rechtseenheid en rechtszekerheid te bereiken?
    - Kunt u het antwoord toelichten?
- Heeft een prejudiciële procedure mogelijk gevolgen voor de samenwerking van de Hoge Raad met de feitenrechters?

6) Belangen van procesdeelnemers van een strafprocedure bij het stellen van een prejudiciële vraag

- Welke belang(en) kunnen verdachte en diens raadsman hebben bij het stellen van een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad?
- Welke belang(en) kan het openbaar ministerie hebben bij het stellen van een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad?
- Welke belang(en) kan het slachtoffer en eventuele nabestaanden hebben bij het stellen van een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad?
- Welke belang(en) kan de feitenrechter hebben bij het stellen van een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad?

7) Inrichting van een eventuele prejudiciële procedure in strafzaken

- Dienen er procedurele beperkingen te worden gesteld aan de mogelijkheden tot het benutten van een prejudiciële procedure?
- Dienen er materiële beperkingen te worden gesteld aan de mogelijkheden tot het benutten van een prejudiciële procedure?
- Welke termijnen zouden moeten gelden voor een prejudiciële procedure?
    - Voor de totale procedure?
    - Voor de verschillende beslismomenten in de procedure?
- Dient de Hoge Raad de mogelijkheid te hebben een prejudiciële vraag aanstonds niet ontvankelijk te verklaren, bijvoorbeeld wanneer de prejudiciële vraag niet strekt tot het verkrijgen van een antwoord op een rechtsvraag, in welke mogelijkheid art. 392 lid 1 jo. lid 8 Rv voorziet voor de prejudiciële procedure in civiele zaken?
- Dient de Hoge Raad de mogelijkheid te hebben een 'selectiebeleid' te voeren in het ontvangen van prejudiciële vragen? En zo ja, moet de Hoge Raad dan de mogelijkheid hebben om hier soepeler dan wel strenger in te kunnen zijn (via een open criterium in de wet)?
- Dient de Hoge Raad de mogelijkheid te hebben om een eventuele toestroom van prejudiciële vragen te 'managen' door een prioritering in de snelheid van afdoening van prejudiciële vragen aan te kunnen brengen?

- Dient de feitenrechter de mogelijkheid te hebben een prejudiciële vraag aanstonds niet ontvankelijk te verklaren, bijvoorbeeld wanneer de prejudiciële vraag niet strekt tot het verkrijgen van een antwoord op een rechtsvraag?
- Dient een feitenrechter die in een strafzaak heeft besloten geen prejudiciële vraag te stellen nadat deze vraag zich heeft aangediend (ambtshalve, op vordering van het openbaar ministerie en/of op verzoek van de verdediging) of het stellen van een prejudiciële vraag serieus heeft overwogen, deze beslissing te motiveren?
    - Zo ja, moet die uitspraak standaard worden gepubliceerd?
- Indien tussen rechters overleg plaatsvindt over mogelijk te stellen prejudiciële vragen, moeten dan openbaar ministerie en betrokken verdachten daarover worden geïnformeerd en in de gelegenheid worden gesteld zich daarover uit te laten?
- Dient het slachtoffer van het strafbare feit waarvoor verdachte wordt vervolgd een rol te hebben in een prejudiciële procedure? (inspraak)
- Dienen derden een rol te hebben in een prejudiciële procedure? (inspraak)
- Als het slachtoffer en/of derden punten hebben ingebracht in een prejudiciële procedure, moet de verdachte dan gelegenheid krijgen daarop te reageren?
- Dient de Hoge Raad in zijn antwoord op de prejudiciële vraag in te gaan op hetgeen het slachtoffer en/of derden hebben ingebracht?

8) Mogelijke knelpunten

- Dient er een voorziening te komen voor een voorlopig gehechte verdachte hangende een prejudiciële procedure en zo ja, welke zaken moeten worden geregeld en hoe zou dat kunnen worden geregeld?
- Zijn er andere knelpunten? En zo ja, welke en waarom zijn dat knelpunten?

9) Kosten

- Wat zijn mogelijke (extra) kosten die voor de verdachte verbonden zijn aan het stellen van een prejudiciële vraag?
- Dient de verdachte deze (extra) kosten voor zijn/haar rekening te nemen?
    - Is een cassatiefonds een oplossing?

10) Overige vragen

- Biedt de informele procedure waarmee zaken sneller aan de Hoge Raad kunnen worden voorgelegd een alternatief voor een prejudiciële procedure?
- Dient de prejudiciële procedure te worden gerekend tot de vervolging van de verdachte?

11) Afsluiting

- Wat zijn uw eigen verwachtingen ten aanzien van een eventuele prejudiciële procedure in strafzaken?
- Doet de wetgever er goed aan door een prejudiciële procedure in de wet op te nemen?
    - Als u een prejudiciële procedure in strafzaken zou ontwerpen, wat moet er dan in elk geval in de wet worden geregeld?
- Wat wilt u verder nog kwijt? Welk belangrijk element heeft u gemist in onze vragen?

11.8 Informatie- en vragenlijst strafrechtelijke expert meetings

Informatie expert meeting 5 februari 2016
WODC Onderzoek Evaluatie prejudiciële procedure Hoge Raad

Algemeen
Allereerst veel dank voor uw bereidheid deel te nemen aan de expert meeting! Wij, de onderzoekers voor het strafrechtelijk deel van het onderzoek, François Kristen en Eelke Sikkema, zijn u bijzonder erkentelijk voor uw komst naar en inbreng bij de expert meeting. Dat draagt bij aan de gedachtevorming over een mogelijke prejudiciële procedure in strafzaken.

In dit informatiebulletin wordt een aantal zaken over de expert meeting toegelicht.

Tijd en locatie
De expert meeting vindt plaats op vrijdag 5 februari 2016 te Den Haag van 15.00-17.00u, in het zalencentrum van Regus, zaal 'directiekamer/vergaderzaal'.

Het zalencentrum van Regus is gelegen in het gebouw Stichthage boven het NS station Den Haag Centraal. De ingang is te bereiken via de roltrap in het centraal station rechts naast de NS tickets service. Neem de roltrap naar de eerste verdieping en u komt uit bij de toegangsdeuren van het gebouw Stichthage. Regus is gevestigd op de 11e verdieping. Het bezoekadres is Koningin Julianaplein 10, 1e en 11de verdieping, 2595 AA, Den Haag.

Doel expert meeting
De expert meeting beoogt personen van verschillende achtergrond in de strafrechtspleging samen te brengen om te spreken over de vraag of het mogelijk is en zo ja, onder welke omstandigheden en voorwaarden, een prejudiciële procedure in strafzaken in te stellen. Daartoe zijn voor de expert meeting uitgenodigd een tweetal advocaten, een officier van justitie, een advocaat-generaal bij een gerechtshof, een advocaat-generaal bij de Hoge Raad, twee rechters in een rechtbank, twee raadsheren in een gerechtshof en een raadsheer in de Hoge Raad.

Een expert meeting biedt gelegenheid om standpunten, al dan niet ingegeven vanuit eigen achtergrond en ervaring, uit te wisselen, daarop in te gaan, verder uit te diepen. Die interactie kan de gedachtevorming verder brengen. Voorts kunnen wij als onderzoekers peilen hoe vanuit de verschillende achtergronden wordt gedacht over de genoemde centrale vraag.

Aldus dient de expert meeting tot het verkrijgen van een beeld over hoe door verschillende functionarissen in de strafrechtspleging wordt gedacht over de mogelijkheid van een prejudiciële procedure alsook tot het verkrijgen van (begin van) antwoorden op vragen die in dit verband bij het WODC en bij onderzoekers leven.

Agenda expert meeting
14.45 Inloop en ontvangst
15.00 Opening expert meeting en welkom aan aanwezigen
15.05 Voorstelrondje deelnemers expert meeting
15.10 Korte schets prejudiciële procedure in civiele zaken (indien wenselijk)
15.20 – 17.00 Bespreking vragen (zie hierna)

Vragen expert meeting

Het WODC, de opdrachtgever tot het onderzoek Evaluatie prejudiciële procedure Hoge Raad, heeft de onderzoekers verzocht de deelnemers aan de expert meetings een door het WODC opgestelde lijst van vragen voor te leggen. Deze vragen dienen derhalve tijdens de expert meeting in elk geval aan de orde te komen. Het gaat om de navolgende vragen:

1) Is er behoefte aan de invoering van een prejudiciële procedure?
   a. Waaruit bestaat de behoefte? (veronderstelling: sneller duidelijkheid over belangrijke rechtsvragen, die leiden tot meer rechtszekerheid en minder en snellere procedures (specifiek: beroepen en cassatieberoepen).
   b. Hoe vaak spelen soortgelijke rechtsvragen of gemengde vragen die in 'talrijke' procedures spelen?
   c. In welk stadium en in welke instantie spelen deze rechtsvragen of gemengde vragen?
   d. Wat zijn voorbeelden van vraagstukken die met de prejudiciële procedure (snel) beantwoord (hadden) kunnen worden?
   e. Maakt het huidige gebruik van het instrument van cassatie in het belang der wet invoering van een prejudiciële procedure overbodig?

2) Wat zijn de potentiële voor- en nadelen van de invoering van de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad in het strafrecht?
   g. In hoeverre zal er sprake van versnelling of vertraging van procedures na het stellen van prejudiciële vragen?
      i. In hoeverre is het waarschijnlijk dat er minder vaak hoger beroep of cassatieberoep wordt ingesteld?
   h. Wat is de verwachte zaaksduur wanneer een prejudiciële vraag wordt gesteld?
   i. Wat is de verwachte zaaksafname (is de verwachting dat er minder hoger beroep of cassatieberoep wordt ingesteld)?
   j. Wat is de verwachting van professionele partijen? Zouden zij de uitspraak van de rechter meer waarderen als prejudiciële vragen zijn gesteld of juist minder?
   k. Wat zijn de te verwachten nadelen van de procedure voor de verdachte? (vertraging van de procedure kan bezwaarlijk zijn als dwangmiddelen zijn toegepast; als er een gemengde vraag wordt gesteld, kan dit schuren met de onschuldpresumptie)
   l. Wat zijn te verwachten knelpunten?

3) Zijn er alternatieven voor de prejudiciële procedure?
   c. Zou een meer actieve inzet van cassatie in belang der wet een reëel alternatief kunnen zijn?
   d. Zou sprongcassatie een reëel alternatief kunnen zijn?

Vanuit het lopend onderzoek voegen wij daar graag de navolgende vragen aan toe:

- Kan een prejudiciële procedure naar verwachting bijdragen aan de rechtsvorming door de Hoge Raad?
- Kan een prejudiciële procedure naar verwachting bijdragen aan het bevorderen van de rechtseenheid door de Hoge Raad?

- Heeft een prejudiciële procedure mogelijk gevolgen voor de positie van de Hoge Raad als cassatierechter?
- Heeft een prejudiciële procedure mogelijk gevolgen voor de samenwerking van de Hoge Raad met de feitenrechters?
- Welk belang(en) kan een verdachte hebben bij het stellen van een prejudiciële vraag?
- Dienen er procedurele beperkingen te worden gesteld aan de mogelijkheden tot het benutten van een prejudiciële procedure?
- Dienen er materiële beperkingen te worden gesteld aan de mogelijkheden tot het benutten van een prejudiciële procedure?
- Dient de prejudiciële procedure te worden gerekend tot de vervolging van de verdachte?
- Welke termijnen zouden moeten gelden voor een prejudiciële procedure?
    - Voor de totale procedure?
    - Voor de verschillende beslismomenten in de procedure?
- Dient de Hoge Raad de mogelijkheid te hebben een prejudiciële vraag aanstonds niet ontvankelijk te verklaren, bijvoorbeeld wanneer de prejudiciële vraag niet strekt tot het verkrijgen van een antwoord op een rechtsvraag, in welke mogelijkheid art. 392 lid 1 jo. lid 8 Rv voorziet voor de prejudiciële procedure in civiele zaken?
- Dient de Hoge Raad de mogelijkheid te hebben een 'selectiebeleid' te voeren in het ontvangen van prejudiciële vragen? En zo ja, moet de Hoge Raad dan de mogelijkheid hebben om hier soepeler dan wel strenger in te kunnen zijn (via een open criterium in de wet)?
- Dient de Hoge Raad de mogelijkheid te hebben om een eventuele toestroom van prejudiciële vragen te 'managen' door een prioritering in de snelheid van afdoening van prejudiciële vragen aan te kunnen brengen?
- Dient de feitenrechter de mogelijkheid te hebben een prejudiciële vraag aanstonds niet ontvankelijk te verklaren, bijvoorbeeld wanneer de prejudiciële vraag niet strekt tot het verkrijgen van een antwoord op een rechtsvraag?
- Dient een feitenrechter die in een strafzaak heeft besloten geen prejudiciële vraag te stellen nadat deze vraag zich heeft aangediend (ambtshalve, op vordering van het openbaar ministerie en/of op verzoek van de verdediging) of het stellen van een prejudiciële vraag serieus heeft overwogen, deze beslissing te motiveren?
    - Zo ja, moet die uitspraak standaard worden gepubliceerd?
- Indien tussen rechters overleg plaatsvindt over mogelijk te stellen prejudiciële vragen, moeten dan openbaar ministerie en betrokken verdachten daarover worden geïnformeerd en in de gelegenheid worden gesteld zich daarover uit te laten?
- Dient er een voorziening te komen voor een voorlopig gehechte verdachte hangende een prejudiciële procedure en zo ja, welke zaken moeten worden geregeld en hoe zou dat kunnen worden geregeld?
- Wie draagt de kosten van een verdachte die zijn gemoeid met een prejudiciële procedure?
    - Is een cassatiefonds een oplossing?
- Dient het slachtoffer van het strafbare feit waarvoor verdachte wordt vervolgd een rol te hebben in een prejudiciële procedure?
- Biedt de informele procedure waarmee zaken sneller aan de Hoge Raad kunnen worden voorgelegd een alternatief voor een prejudiciële procedure?

Vertrouwelijkheid inhoud expert meeting
Om een open gedachtewisseling over de hiervoor genoemde vragen mogelijk te maken, zullen wij als onderzoekers niet anders dan via het onderzoeksrapport communiceren over standpunten en informatie die tijdens de expert meeting door deelnemers naar voren zijn gebracht. Dat betekent twee dingen. Allereerst zullen wij antwoorden op de genoemde vragen gebruiken voor het onderzoek. Ten tweede is het mogelijk dat wij citaten uit de expert meeting opnemen in het onderzoeksrapport. In dat geval zullen wij dat geanonimiseerd doen en op zodanige wijze dat niet (eenvoudig) is te herleiden wie de bron is van het citaat. Eventuele zaaksinformatie zal in elk geval vertrouwelijk worden gehouden.

Korte beschrijving van het WODC onderzoek (reeds eerder toegezonden)
Op 1 juli 2012 is de 'Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad' in werking getreden (art. 392 Rv e.v.). De aanleiding voor de invoering van deze wet was de constatering in het rapport van de commissie-Hammerstein,[3] dat het nodig was om te voorkomen dat zaken die rechtsvragen behelzen welke vanuit maatschappelijk oogpunt snel een antwoord behoeven, niet tijdig de Hoge Raad bereiken. Deze wet maakt het voor de feitenrechter (rechtbank en hof) mogelijk om lopende een civiele procedure en alvorens uitspraak te doen, prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad, en wel, kort gezegd, (1) in het geval van massaschadeclaims (een veelheid aan vorderingsrechten die uit soortgelijke feiten of samenhangende oorzaken voortkomen) en (2) in het geval van talrijke andere uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen. De wet creëert daarmee de mogelijkheid om al vroeg in een gerechtelijke procedure het antwoord op een prangende rechtsvraag te krijgen in gevallen waarin de maatschappelijke behoefte aan een richtinggevende uitspraak van de Hoge Raad groot is. Dat kan vervolgens leiden tot meer (en eerdere) rechtszekerheid en rechtseenheid. Inmiddels wordt aardig gebruik gemaakt van de regeling. Tot op 30 september 2015 heeft de Hoge Raad achttien prejudiciële vragen beantwoord, waarbij uiteenlopende thema's aan de orde waren, variërend van onder meer het bewijsbeslagrecht in en buiten IE-zaken[4], de juridische status van bepaalde telefoonabonnementen[5], stuiting van de verjaring bij massaschadeclaims[6] en de noodzaak van een psychiatrisch onderzoek voorafgaand aan een vrijheidsontneming onder de WOBZ.[7]

In dit onderzoek zal ten behoeve van de evaluatie van de prejudiciële procedure in het civiele recht worden gekeken naar de mate waarin de doelen en de beoogde effecten van de regeling bereikt zijn, afgezet tegen eventuele onvoorziene neveneffecten. Denk hierbij aan de mate waarin de prejudiciële vraagprocedure heeft bijgedragen aan het versterken van de rechtsvormende positie van de Hoge Raad, heeft geleid tot minder (overbodige) procedures en de rechtseenheid ten aanzien van verschillende rechtsgebieden heeft vergroot. Eveneens worden onderzocht de voorziene voor- en nadelen van de prejudiciële procedure en de mate waarin die bewaarheid zijn geworden. Denk hierbij aan de mogelijke extra kosten voor partijen die meekomen met het stellen van een prejudiciële vraag. Of denk aan de

[3] Commissie normstellende rol Hoge Raad, Versterking van de cassatierechtspraak, Den Haag: 2008, aangeboden aan de Tweede kamer via *Kamerstukken II* 2007/08, 29 279, nr. 69, p. 23-24.
[4] HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958.
[5] HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385.
[6] HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:766.
[7] HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2447.

mogelijkheid van derden om informatie in het geding te brengen (art. 393 lid 2 Rv). Het onderzoek bestaat uit een literatuurstudie en een empirische studie.

Naast deze civielrechtelijke evaluatie zal ook worden onderzocht onder welke omstandigheden en onder welke voorwaarden een feitenrechter een prejudiciële vraag zou moeten kunnen stellen in een strafrechtelijke procedure. In dat verband zal onderzoek worden verricht naar de volgende thema's:

- Welke voor- en nadelen van uitbreiding van de prejudiciële procedure naar het strafrecht worden in de (parlementaire en juridische) literatuur genoemd?
- Welke knelpunten worden in de (parlementaire en juridische) literatuur genoemd voor een prejudiciële procedure in strafzaken en worden er oplossingen voor die knelpunten aangedragen?
- Hoe verhoudt een eventuele prejudiciële procedure in strafzaken zich in juridisch opzicht tot de overige versnellende, rechtsvormende instrumenten, zoals cassatie in het belang der wet en de afspraak in de gehele rechterlijke kolom dat belangwekkende zaken versneld worden afgedaan?
- Waartoe zouden de bevindingen uit de proces/output- en outcome evaluatie in het civiele recht leiden indien deze, voor zover mogelijk, worden vertaald naar een mogelijke prejudiciële procedure in strafzaken?
- Wat zijn volgens de experts/professionals de antwoorden op een aantal deelvragen inzake de inpasbaarheid van de wettelijke regeling inzake prejudiciële vragen in het strafrecht, en onder welke omstandigheden en voorwaarden zou een dergelijke prejudiciële procedure kunnen worden ingevoerd?

12. Summary

12.1 Introduction

In this summary the two lines of research that were central to this project come together. The first, in section 12.3, regards the evaluation of the Act on Requests for a Preliminary Ruling to the Hoge Raad (the Dutch Supreme Court) in civil law matters (hereafter also: Wpv). The second, in section 12.4, regards the question whether the introduction of a similar scheme in criminal law is possible, and if so, under what circumstances and conditions. We thus provide an answer to the two-part question underlying this study, formulated in section 1.4 as follows:

- How is the present procedure as regards requests for a preliminary ruling to the Hoge Raad functioning in civil law, and
- Is it possible, and if so, under what circumstances, to introduce a preliminary ruling procedure in criminal law?

But first, we will address in section 12.2 the research methods that have been used during this research.

12.2 Research methods

The research results are obtained by using 'classical' legal research methods and empirical research methods. The results that are discussed in chapters 2, 3 and 6 are based on an analysis of case law, legislation, parliamentary documents and literature about the preliminary ruling procedure. These legal sources provided the basis for the analysis of the successes and failures, if any, of the preliminary ruling in civil law, and, subsequently, gave insight into the arguments in favor of or against the introduction of the preliminary ruling procedure in criminal law.

Chapters 4 and 7 contain the results of the empirical part of this research. For the most part, this empirical research consisted of interviews with practitioners, but we also organized two expert meetings on the possible introduction of the preliminary ruling procedure in criminal law. By conducting interviews with practitioners in civil law we aimed to get more insight into the experiences with the legal provisions on the preliminary ruling in civil law of judges, lawyers and advocate generals. Moreover, we intended to get an insight into their perceptions as to the extent to which the objectives, as determined by the legislature, of the provisions on the preliminary ruling procedure have been fulfilled. On the basis of six interviews with practitioners in criminal law and two expert meetings, we also gained insight into the perceived desirability of the introduction of the preliminary ruling procedure into criminal law, the need for and the arguments in favor of or against such an introduction. Chapters 5 and 8 contain the conclusions for the civil law and the criminal law part of the research respectively. These conclusions will be highlighted hereafter.

12.3 Civil-law evaluation

With regard to the first part of the above question, we wish to emphasize again that the Act on Requests for a Preliminary Ruling to the Hoge Raad has proven to be an unqualified success. The Act has furthered the development of civil law: law formation, legal uniformity and legal certainty have all been stimulated by it, as shown in sections 3.5 and 5.1. In cases in which the need for a landmark ruling is felt, it is possible in an early stage of a civil procedure to get the (law developing) answer to an urgent legal question from the Hoge Raad at short notice; this means that the Act (also) meets its own goals. Of course we will never know whether these cases might not have reached the Hoge Raad through the

regular channels at any time, and thus whether the same law formation results might not have been arrived at through those channels. However, the relevant cases now got there sooner, while other cases would not have reached the Hoge Raad at all, which in itself is a merit of the Act.

It further appears that the scheme is well-known, is invoked regularly, is sufficiently accessible, poses hardly any problems or bottlenecks, is received well by the people in the relevant field, and has an obvious added value compared to the alternative law formation (cassation) instruments in civil law studied by us. It is hard to determine whether any (undesirable) side-effects have occurred, however we have not noticed any concrete evidence of unforeseeable and undesirable effects.

In our opinion, the two (strongly interrelated) success factors of (the practice of) the scheme are the benevolence and the speed, with which both the Civil Chamber of the Hoge Raad and the Procurator General's office at the Hoge Raad have dealt with these cases; they have shown true leadership. This also holds an important lesson in the event of the introduction of the Act in criminal law.

Points of attention, and possibly of improvement, obviously also exist; these may deserve attention in the event of an introduction elsewhere. Firstly, the necessity to guard against an influx of cases, together with the corresponding strictness as regards the terms of admission of the scheme and/or possibly an adaptation of the speed of answering certain questions (by giving them a lower priority). Secondly, the role of the Bar at the Hoge Raad has drawn some criticism. The added value of the Bar in civil-law cases, which in our opinion as yet exists, shall have to be demonstrated in the coming period, as otherwise the present system will soon become untenable given the scheme in fiscal matters, which does not require representation by a cassation lawyer. Thirdly, there should be full transparency on the part of the judge as to the question, whether prior consultations (within the court system) on a possible request for a preliminary ruling have taken place. If this has been the case, it should be reported, so as to enable the parties to react to this. Fourthly, it is in line with the foregoing that all judicial decisions relating to the dismissal of, lodging of, reaction to or the handling of already processed requests for a preliminary ruling should be published at 'www.rechtspraak.nl'. We also hope that the Hoge Raad will start publishing the input by third parties on a request lodged with them, thus creating transparency whether this has been of any influence. And finally, in the fifth place, in view of the general public goal of the Act, which is to present questions timely to the Hoge Raad that would otherwise not have reached it or would have reached it too late, we think it is only fair to assume that the cost of this public interest should not only be borne by the accidental litigants, but should be paid for through an allowance from a law formation fund to be established to this end.

12.4 Introduction in criminal law?

In view of the data available at present, the preliminary ruling procedure in civil law all in all has been successful enough to be continued. From these data it also follows that in the civil-law context no fundamental objections have arisen as regards the introduction of the procedure in other areas of the law (as has already been the case in fiscal law). Nevertheless, it is to be considered that criminal law has its very own context, with criminal procedure having its own characteristics and features, differing from civil procedure. We already pointed this out in section 1.3 and in chapter 8. This means that criminal law requires its own balancing of interests, in order to decide whether the introduction of a preliminary ruling procedure meets a need, and whether it can play a meaningful role in the administration of criminal justice. It also means that, should the decision be taken to introduce a preliminary ruling procedure in criminal law, the statutory provisions of the civil-

law preliminary ruling procedure cannot simply be transplanted to the Code of Criminal Procedure.

Our literature study, but above all our qualitative empirical research, has shown that by and large no fundamental objections exist against the introduction of a preliminary ruling procedure in criminal cases. Such a procedure would not violate principles and provisions of criminal procedure. (Pragmatic) solutions could be conceived for the apparent bottlenecks. This does not mean however, that a preliminary ruling procedure ought to be introduced in criminal cases.

Our literature study and qualitative empirical research have shown that valid arguments exist in favour of introducing a preliminary ruling procedure in criminal law. Obviously counter-arguments also exist. All these arguments should be weighed. There is a range of divergent fundamental and practical arguments, which at times are related and at other times carry their own weight. As the results of the qualitative empirical research show, weighing the various arguments may differ per person. A fundamental starting point of the weighing process is the question, whether criminal law needs a preliminary ruling procedure. An important observation in this respect, of both the literature study and the qualitative empirical research, is that there have been cases in the past indeed, in which a preliminary ruling procedure would have resulted in a quick and final decision in a criminal case, in which the court deciding questions of fact would have incorporated the Hoge Raad's response to the request for a preliminary ruling. Both cassation in the interest of the law and the informal fast procedure for the ordinary remedies of appeal and cassation would not have been a better alternative in these cases, and both of them have their own limitations. There thus appears to be a need. At the same time though, we gathered from literature and the professionals we spoke with as part of our research, that these cases would have been dealt with through cassation in the interest of the law and the informal fast procedure. And seen in this light, there is no or only a limited necessity, as the existing instruments seem to provide adequate solutions. In any case the view prevails that in criminal law the need is less urgent than in civil law, also because in criminal law, as a rule, litigation is continued up to the Hoge Raad. In short, people in the criminal field express doubts as regards the added value of a preliminary ruling procedure in criminal law, but the general attitude seems to be that one is not –fundamentally – against the introduction of such a procedure in criminal law.

As things stand, it is our view that a preliminary ruling procedure in criminal law should be introduced. For us, the potential merits of the procedure in terms of quickly obtaining a judgment from the Hoge Raad on a pure legal question, which may contribute to law making, unity of the law, legal protection and improvement of the quality of criminal procedure, constitute an important consideration. The mere existence of a preliminary ruling procedure also shows the importance attached by the legislature and the judiciary to the quality of criminal justice, both in a concrete criminal case and at the level of criminal justice as a system. The preliminary ruling procedure provides the court deciding questions of fact, the defence and the Public Prosecutor with a transparent legal instrument, which they may but do not have to deploy, in order to involve the Hoge Raad as a cassation court in the decision of a criminal case. After the introduction of the preliminary ruling procedure legal practice will show whether, and if so to what degree, the procedure will be invoked. Only then will the need, and the exact nature thereof, become apparent. It cannot be ruled out of course that the availability of the preliminary ruling procedure will further the use thereof. On the other hand, the preliminary ruling procedure does not prejudice the use of the existing instruments of cassation in the interest of the law and the informal fast procedure. It is conceivable that the extraordinary remedy of cassation in the interest of the law will be

invoked less, which may cause the Procurator General at the Hoge Raad to adjust his (extended) policy in this regard. Another consideration is that, in view of the motion by Dijkhoff and Van Nispen, Parliament wishes to introduce a preliminary ruling procedure in criminal law. Furthermore, as mentioned before, no existing principles and provisions of criminal procedure preclude the introduction of a preliminary ruling procedure in criminal law, which leads us to think that in any case its introduction causes no harm ('it can't do any harm and may do some good'). Finally, it can be prevented that criminal law is considered to be the exception to the rule that there is a preliminary ruling procedure available. At this moment, there is a preliminary ruling procedure in civil law as well as in tax law, while already preliminary questions of relevance for criminal law can be submitted to the Hoge Raad by making use of the preliminary ruling procedure in civil law in summary proceedings.

In our opinion, the literature study, the qualitative empirical research and the results of the evaluation of the civil-law preliminary ruling procedure all make it clear that an Act on a preliminary ruling procedure in criminal law should be subject to conditions. These conditions can be summarized in the sense that such Act to be introduced must have the following characteristics: a sober set of statutory provisions, which only allows for the submission to the Hoge Raad of pure legal questions pertaining to an actual criminal case before a lower court, and where both this court and the Hoge Raad act as gatekeepers for the lodging and the admission of requests for a preliminary ruling, where both have the power to pursue a selection policy on the basis of open statutory criteria, allowing for prioritization and controllability of dealing with preliminary questions, without the Hoge Raad being under an obligation to give reasons for its decision to dismiss a request for a preliminary ruling, all of this in a procedure, which includes input by third parties (including the victim of the crime in question) in the preliminary ruling procedure only after permission of the Hoge Raad, and which results in a decision by the Hoge Raad on the request for a preliminary ruling within a term of six months or – if possible – less, and in which, finally, the cost incurred by the suspect on account of the preliminary ruling procedure will be reimbursed.

12.5 Conclusion

An outline was given of the results of the evaluation of the preliminary ruling procedure in civil law, as well as of the contours of the (desirability of the) introduction of a preliminary ruling procedure in criminal law. We wish to emphasize again that it follows from the foregoing that the introduction of a preliminary ruling procedure in criminal cases does not mean that the Act on the civil-law preliminary ruling procedure can or must be transplanted one-on-one into the Code of Criminal Procedure, nor that the same expectations of merit, added value and use of the said preliminary ruling procedure may apply. However, we are convinced that the introduction of the possibility to request a preliminary ruling in criminal cases may be useful in promoting uniformity of (criminal) law and may contribute to both law formation and legal protection in criminal law, as well as the improvement of the quality of criminal justice.