

M. J. DOWAAR
11/9/09

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN
CSDW

Zijne Excellentie Mr.dr. E.M.H. Hirsch Ballin
Minister van Justitie
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Ministerie van Justitie
DBOB/DIV/GAB/AL-OD

Dossier _____

Datum - 9 OKT, 2009

Nummer 09/5624053

Ambt _____

9/10
DOWAAR

Datum 8 oktober 2009

Kenmerk 175/09/GC/ds

Pagina 1 van 6

Mijnheer de minister,

Bij brief van 16 juni 2009 verzocht u ons te adviseren over het voorontwerp van wet inzake prejudiciële toetsing. Wij adviseren U als volgt.

1 Algemene opmerkingen

1.1 Doel en strekking van de regeling

Wij kunnen ons in het algemeen met de in de memorie van toelichting omschreven beweegredenen, doel, strekking en inhoud van het voorontwerp verenigen. Het is van belang dat, overeenkomstig de desbetreffende aanbeveling in het rapport "Versterking van de cassatierechtspraak", wordt onderzocht of de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen ertoe kan bijdragen dat vragen die thans in cassatie niet of niet tijdig bij de Hoge Raad komen, aan de Hoge Raad worden voorgelegd

Het voorstel dat voorziet in de mogelijkheid van het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad in collectieve of individuele procedures in massaschadezaken en andere massavorderingen, beoogt, zoals in de Memorie van Toelichting staat, de mogelijkheid te bieden met de prejudiciële procedure ervaring op te doen en aan de hand van de opgedane ervaring te bezien of het aanbeveling verdient de prejudiciële procedure ook daarbuiten in te voeren.

Wij onderschrijven het met deze pilot nagestreefde doel en de argumenten om deze te beperken tot massaschadezaken, maar betwijfelen of de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen in massaschadezaken – massavorderingen daaronder begrepen, waarbij het in de regel om schadevorderingen zal gaan¹ – zal leiden tot een zodanig aantal prejudiciële vragen dat aan de hand van de daarmee opgedane ervaring en verkregen kwantitatieve gegevens zal kunnen worden beoordeeld of uitbreiding van de regeling tot andere zaken dan massaschadezaken wenselijk en verantwoord is vanuit een oogpunt van maatschappelijke relevantie en werkbelasting van de Hoge Raad. Het lijkt ons daarom aangewezen –dit in overeenstemming met het advies van de Commissie normstellende rol van de Hoge Raad- parallel aan het pilotproject de kwestie van de prejudiciële vraagstelling nader te doen onderzoeken. De resultaten van het onderzoek en die van het pilotproject kunnen dan het fundament vormen voor een eventuele alomvattende regeling.

2 Inhoudelijke opmerkingen

¹ N. Frenk en A.M. Wolfram-van Doorn, Het voorontwerp prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, RM Themis 2009, p. 154, noot 2, wijzen ook op andere massavorderingen: die tot vernietiging van een groot aantal identieke of gelijksoortige overeenkomsten.

2.1 Formulering van prejudiciële vragen

In het voorstel wordt geen aandacht besteed aan het probleem dat, naar de ervaring leert, het stellen van goede prejudiciële vragen niet eenvoudig is, vooral niet voor de rechter die daarmee niet veel te maken krijgt. Met name het HvJ EG pleegt regelmatig de gestelde vragen te herformuleren, al of niet samenvattend wat de verzoekende rechter in wezen wenst te vernemen. De bevoegdheid tot herformulering wordt het Belgische Hof van Cassatie expliciet gegeven in art. 73 § 3 van de Wet tot bescherming van de economische mededinging. Wij menen dat in art. 393 lid 8 ligt besloten dat ook de Hoge Raad de bevoegdheid heeft de gestelde vragen in het belang van een goede en effectieve beantwoording ten dienste van de rechtseenheid en de rechtsvorming te herformuleren. In art. 393 lid 8 zou met het oog hierop de eerste zin als volgt kunnen luiden: "De Hoge Raad ziet af van beantwoording indien *en voor zover* hij oordeelt enz.". Daarmee wordt tot uitdrukking gebracht dat een vraag wellicht niet in de oorspronkelijke formulering of deels zich niet leent voor beantwoording of van onvoldoende gewicht is om beantwoording te rechtvaardigen. Aan de Hoge Raad kan ter beoordeling worden overgelaten of een voorgenomen herformulering het noodzakelijk maakt dat aan de partijen, anderen die schriftelijke opmerkingen hebben gemaakt en de procureur-generaal (in het geval dat deze al heeft geconcludeerd) de gelegenheid moet worden gegeven zich over de geherformuleerde vraag uit te laten.

2.2 De feitelijke grondslag

De feitelijke grondslag waarop de Hoge Raad de gestelde rechtsvraag beantwoordt, kan van groot belang zijn voor de bepaling van de omvang en reikwijdte van de binding aan de uitspraak van de Hoge Raad. Het voorontwerp schrijft in art. 393 lid 7, tweede volzin, voor dat de Hoge Raad is gebonden aan de feiten zoals deze in het vonnis of arrest [van de rechter die de vraag heeft gesteld] zijn vastgesteld. Anders dan de toelichting tot uitgangspunt neemt,² spreekt het niet aanstonds vanzelf dat hier zou moeten worden aangesloten bij de positie van de Hoge Raad in cassatie (art. 419 lid 3 Rv.). Dat in de cassatieprocedure geen ruimte bestaat voor feitelijk onderzoek vindt zijn grond daarin dat reeds twee feitelijke instanties zijn doorlopen en de cassatierechter slechts controleert of de bestreden uitspraak voldoet aan de in art. 79 RO bedoelde eisen en niet opnieuw zelf de zaak beslist.³ Omdat prejudiciële vragen juist kunnen worden gesteld voordat twee feitelijke instanties zijn doorlopen, dienen de beperkingen die in cassatie gelden, niet zonder meer ook te bestaan voor de bevoegdheden van de Hoge Raad in de prejudiciële procedure. Het spreekt vanzelf dat de Hoge Raad bij het beantwoorden van de prejudiciële vragen zal uitgaan van de feiten die door de rechter die de vragen stelt, zijn vastgesteld (art. 392 lid 3). De prejudiciële procedure is immers niet de plaats voor een debat over die feiten, laat staan voor een nader onderzoek daarnaar. Echter, zoals de praktijk van het Hof van Justitie EG leert,⁴ is het in de prejudiciële procedure, waarin ook volgens het voorontwerp (art. 393) niet alleen partijen maar ook anderen hun opmerkingen kunnen maken, denkbaar – en moet het mogelijk zijn – dat nieuwe feitelijke informatie wordt verschaft die meer licht kan werpen op de achtergronden van de gestelde vragen en op de implicaties van de mogelijke antwoorden. In zoverre wijkt de prejudiciële procedure wezenlijk af van de cassatieprocedure en het moet aan de Hoge Raad, gehoord de partijen, worden overgelaten in hoeverre in het licht van de vastgestelde feiten, mede de nieuwe informatie aan de beantwoording van de vragen ten grondslag kan worden gelegd. In dit verband moet worden aangetekend dat in de hoofdprocedure de feitenrechter nog niet is uitgesproken en dat na het antwoord van de Hoge Raad partijen in de feitelijke instantie verder kunnen procederen, en daarin mede de nieuwe informatie die in de prejudiciële procedure is verkregen in het debat kunnen betrekken. In zoverre is er een essentieel verschil met de cassatieproblematiek die in verband met art. 419 lid 3 Rv. kan ontstaan indien het HvJ EG mede op basis van in de prejudiciële

² Memorie van toelichting, p. 9, 17 en 19.

³ Behoudens zijn bevoegdheid tot afdoening ingevolge art. 420-422 Rv. na vernietiging van de uitspraak, in welk geval de Hoge Raad niet als cassatierechter recht doet.

⁴ Zie voor twee voorbeelden de conclusie van de Advocaat-Generaal mr. J.B.M.M. Wuisman, onder 2.7, voor HR 30 mei 2008, nr. C041/194, LJN BD2870, NJ 2009, 53 en HR 22 december 2006, nr. C02/140, LJN AZ3083, NJ 2007, 161 (m.nt. M.R. Mok).

procedure gebleken feitelijke nova de vragen van uitleg heeft beantwoord en vervolgens in cassatie mede op grond daarvan verder beslist dient te worden.

Al met al menen wij dat de tweede volzin van het voorgestelde art. 393 lid 7 de Hoge Raad onnodig veel beperkingen zou opleggen waar het gaat om de feitelijke grondslag van de door hem te geven antwoorden. Daarom geven wij in overweging die zin te schrappen en de memorie van toelichting aan te passen aan hetgeen wij hierboven hebben uiteengezet. Een dergelijke bepaling komt, voorzover wij kunnen zien, overigens in geen van de onderzochte prejudiciële stelsels voor.

Uiteraard doet het voorgaande niet af aan de verplichting van de rechter die de vraag stelt zo mogelijk (op dit punt nuanceert de memorie van toelichting, § 4, p. 10, onzes inziens terecht) de door hem vastgestelde feiten te vermelden.

2.3 Binding aan de uitspraak op de prejudiciële vraag

Het voorstel gaat uit van een bindende beslissing van de Hoge Raad. Art. 394 lid 1 schrijft voor dat de rechter beslist met inachtneming van de uitspraak van de Hoge Raad. Daarmee is het model gevolgd dat is gekozen in het Benelux-Verdrag (art. 7 lid 2 expliciet) en het EG-Verdrag (art. 234 impliciet – rechtspraak HvJ EG).⁵ Ook de uitspraken van het Hof van Cassatie op prejudiciële vragen op de voet van art. 74 van de Belgische Wet tot bescherming van de economische mededinging zijn bindend.⁶

Aangezien de prejudiciële vragen gesteld kunnen worden in een stadium waarin de zaak nog allerminst feitelijk behoeft te zijn uitgeprocedeerd, bestaat de mogelijkheid dat nadat de Hoge Raad een prejudiciële vraag heeft beantwoord, de feiten alsnog zodanig anders komen te liggen, dat aan het antwoord geheel of gedeeltelijk de relevantie voor de beslissing in de zaak komt te ontvallen. Dit risico pleit ervoor aan de uitspraak van de Hoge Raad slechts de status van een advies te geven, zoals de Franse regeling inhoudt⁷ en door sommigen wordt bepleit.⁸ Wij menen echter dat het door het voorontwerp gekozen stelsel de voorkeur verdient. De prejudiciële vraag is immers erop gericht een antwoord te krijgen op een rechtsvraag, met mede als gevolg dat cassatieberoep later niet meer nodig zal zijn om definitief uitsluitel omtrent die vraag te krijgen.

In de toelichting⁹ wordt het standpunt ingenomen dat in een latere cassatieprocedure in de zaak waarin prejudiciële vragen zijn beantwoord, de Hoge Raad niet is gebonden aan zijn antwoorden. Dit standpunt verdient, naar wij menen, nuancering. Zoals de cassatierechtspraak leert zal de Hoge Raad in de regel niet geneigd zijn van zijn antwoord op een zuivere rechtsvraag – bijvoorbeeld de interpretatie van een wettelijke bepaling of van een jurisprudentiële rechtsregel – terug te komen. In zoverre weet hij zich, gezien zijn taak als hoogste rechter op het vlak van de rechtsvorming en de bewaking van de rechtseenheid, in beginsel wel degelijk aan zijn rechtsoordelen gebonden en dat zal niet anders zijn in het geval dat die oordelen zijn gegeven in de vorm van prejudiciële antwoorden. Het kan zijn dat het antwoord om de hiervoor gegeven reden niet meer relevant is geworden voor de uitkomst van de procedure. Maar de rechtszekerheid zal eraan in de weg staan dat de Hoge Raad van zijn antwoord terugkomt, tenzij daarvoor bijzondere redenen zouden bestaan, zoals bijvoorbeeld in het geval van inmiddels gewijzigde wetgeving of Europese rechtspraak. Waarop de toelichting ongetwijfeld doelt zijn de rechtsvragen waarvan de beantwoording voor een belangrijk deel afhankelijk is van de gegeven feiten en omstandigheden, zoals in het geval van de “gemengde” beslissingen die door de cassatierechter worden

⁵ Memorie van toelichting, p. 21.

⁶ Art. 74 § 4: “Het rechtcollege dat de prejudiciële vraag heeft gesteld, evenals elk rechtcollege dat in dezelfde zaak uitspraak doet, moeten zich, voor de oplossing van het geschil naar aanleiding waarvan de vragen zijn gesteld, voegen naar het arrest dat het Hof van Cassatie heeft gewezen”.

⁷ Art. L. 441-3 COJ: “L’avis rendu ne lie pas la juridiction qui a formulé la demande”.

⁸ R.P.J.L. Tjittes en R. Meijer, Franse en Europese lessen voor een prejudiciële procedure bij de Hoge Raad, in RM Themis, 2009, p. 173.

⁹ Memorie van toelichting, p. 10.

getoetst. Zoals de toelichting¹⁰ vermeldt, laat de prejudiciële procedure toe dat de Hoge Raad antwoorden geeft die mede worden gebaseerd op de bijzondere feiten en omstandigheden van het geval. Terecht beklemt de memorie van toelichting dat de prejudiciële procedure ook de bevordering van de rechts-eenheid dient. Uiteraard zal de Hoge Raad niet als feitenrechter kunnen en mogen optreden, maar hem komt een grotere beoordelingsvrijheid toe dan hem in het algemeen in de cassatieprocedure is gegeven, teneinde in staat te zijn in de procedure en in gelijksoortige andere procedures de richting te geven waarom met de prejudiciële vragen wordt verzocht.¹¹ Echter, ook dan zouden wij willen aannemen dat de Hoge Raad, behoudens bijzondere omstandigheden, in een latere cassatieprocedure niet terugkomt van zijn antwoord. De richting is gegeven, de koers is vervolgens op grond daarvan in de feitelijke instanties uitgezet en gevolgd en daarop moet men zich – ook in de eventuele andere (parallel-)procedures – kunnen verlaten. Ook hier geldt dus het argument van de rechtszekerheid.

De pendant hiervan is dat de Hoge Raad, waar mogelijk, de nodige terughoudendheid in acht neemt waar het gaat om “feitelijke” vragen, om te voorkomen dat de geldigheid van zijn antwoord te veel afhankelijk wordt van de latere wisselvalligheden op het feitelijke vlak in de procedure.

In verband met het vraagstuk van de binding aan de uitspraak in de prejudiciële procedure doet zich de vraag voor hoe die uitspraak de rechtspositie van derden raakt. Wij geven in overweging daaraan een passage in de memorie van toelichting te wijden en merken in verband daarmee het volgende op.

De mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen speelt zich af binnen de procedure die tussen de daarbij betrokken partijen wordt gevoerd. De effecten van de uitkomst van die procedure mede op grond van door de Hoge Raad gegeven prejudiciële antwoorden worden bepaald door de bestaande regels met betrekking tot de rechtskracht, executoriale kracht en bindende kracht (gezag van gewijsde) van de uitspraken van de burgerlijke rechter. Deze regels brengen kort gezegd mee dat anderen dan partijen en hun rechtsopvolgers niet aan de uitspraken zijn gebonden. In dit opzicht is er geen verschil met de oordelen die de Hoge Raad geeft in zijn uitspraken in cassatie. Dit wordt naar onze mening niet anders indien die anderen zich in de prejudiciële procedure hebben gemengd op de voet van het voorgestelde art. 393 lid 2. Daarmee worden zij immers geen partij in de procedure.

Het spreekt overigens vanzelf dat als het gaat om de feitelijke precedentwerking van de uitspraken van de Hoge Raad op grond van hun gezag als uitspraken van de hoogste rechter, geen verschil bestaat met de uitspraken die de Hoge Raad doet in cassatieberoepen. Dat de positie van derden – al of niet betrokken in (soortgelijke) procedures – daardoor mogelijk wordt beïnvloed, pleit niet tegen de mogelijkheid van het stellen van prejudiciële vragen en vraagt niet om bijzondere maatregelen.

Op grond van het voorgaande menen wij dat de mogelijkheid van prejudiciële vragen geen bijzondere problemen schept ten opzichte van derden en hun rechtspositie. Aantekening verdient nog dat de ervaring met de prejudiciële procedures voor het Benelux-Gerechtshof en het Hof van Justitie EG evenmin voor dergelijke problemen doet vrezen.

2.4 Overige opmerkingen

2.4.1 Art. 392

Art. 392 lid 6¹² komt ons tegen de achtergrond van art. 337 lid 2 Rv. niet duidelijk voor. In de tweede zin wordt tussentijds appel of cassatieberoep uitgesloten, ook in het geval de rechter beslist geen vragen te stellen. De redengeving in de toelichting¹³ is echter niet op dat geval toegesneden. Zij houdt immers, kort gezegd, in dat tussentijds appel tot een onwenselijke vertraging van de prejudiciële procedure en de daarop volgende voortzetting van de feitelijke procedure zou kunnen leiden. Het spreekt vanzelf dat om

¹⁰ Memorie van toelichting, p. 11-12.

¹¹ Wij zijn het dan ook niet eens met Tjittes en Meijer 2009, p. 173, die betogen dat slechts zuivere rechtsvragen behoren te kunnen worden gesteld.

¹² Toegelicht in de memorie van toelichting, p. 16.

¹³ Memorie van toelichting, p. 16.

die reden tegen de beslissing om prejudiciële vragen te stellen geen hogere voorziening behoort open te staan.

Echter, niet goed valt in te zien waarom in het geval geen prejudiciële vragen worden gesteld, niet de gewone regels van art. 337 lid 2 en 401a lid 2 Rv. ten aanzien van het tussentijds beroep van tussenuitspraken zouden kunnen gelden. Opmerking verdient dat art. 67 lid 4 Rv. evenmin een categorische uitsluiting bevat van elk tussentijds beroep, maar alleen beroep uitsluit tegen de beslissing waarbij inlichtingen of advies wordt gevraagd. De rechter die verlof tot tussentijds appel dient te geven, is naar onze mening heel wel in staat om vertragungstactieken te onderscheiden van het geval dat een partij daadwerkelijk belang heeft bij tussentijds appel. Dit geldt evenzeer de weigering om prejudiciële vragen te stellen. Verwacht zal mogen worden dat de rechter in de regel geen verlof zal geven tot tussentijds appel tegen zijn weigering om prejudiciële vragen te stellen. Uitzonderingen zijn echter denkbaar. Wat tussentijds cassatieberoep betreft geldt hetzelfde, maar de kans dat cassatieklachten op dit punt zouden slagen, kan klein worden geacht, vanwege de in art. 392 lid 1 discretionair geformuleerde bevoegdheid van de feitenrechter.¹⁴

Wij geven daarom in overweging lid 6 te laten vervallen en aan lid 3 toe te voegen: "Tegen deze beslissing staat geen hogere voorziening open. Voor het overige zijn art. 337 lid 2 onderscheidenlijk art. 401a lid 2 van toepassing". In de toelichting ware te vermelden dat dit betekent dat de gehele beslissing, inclusief de daarin gedane vermeldingen en uiteenzettingen, niet voor beroep vatbaar is, maar dat dit niet wegneemt dat beroep mogelijk is tegen de vaststellingen en oordelen in de uitspraak waarop de beslissing en die vermeldingen en uiteenzettingen zijn gebaseerd, alsmede tegen de overige in die uitspraak voorkomende oordelen, en dat de vraag of tussentijds beroep behoort te worden opengesteld ter beoordeling van de rechter staat. Voorts verdient het aanbeveling in de toelichting op te nemen dat de rechter zijn beslissing geen prejudiciële vraag te stellen, niet behoeft te motiveren.

2.4.2 Art. 393

Art. 393 lid 4 achten wij in zoverre ongelukkig dat de Hoge Raad volgens deze bepaling niet bevoegd is een dag te bepalen voor mondelinge of schriftelijke toelichting door de advocaten, indien partijen te kennen hebben gegeven daaraan geen behoefte te hebben. Juist met het oog op de door lid 2 geschapen mogelijkheid dat anderen dan partijen hun licht over de vragen laten schijnen, dient de Hoge Raad steeds de bevoegdheid te hebben ambtshalve een toelichting te bevelen teneinde het beeld zo compleet mogelijk te krijgen. Wij geven daarom in overweging de bepaling, die nu al grotendeels overeenstemt met art. 428 lid 1 Rv., als volgt te laten luiden: "Indien het belang der zaak dit geraden doet voorkomen, kan de Hoge Raad, hetzij ambtshalve, hetzij op een daartoe strekkend verzoek, een dag bepalen voor mondelinge of schriftelijke toelichting door de advocaten van partijen".

Bovendien komt het ons gewenst voor de Hoge Raad tevens de bevoegdheid te geven de in lid 2 bedoelde anderen, die gebruik hebben gemaakt van de gelegenheid om schriftelijke opmerkingen te maken, ter zitting te horen. Het is immers van belang dat de Hoge Raad zo volledig mogelijk geïnformeerd raakt over de materie waarop de vragen betrekking hebben, alvorens deze te beantwoorden. Daarom stellen wij voor een tweede zin aan het artikellid toe te voegen, luidende: "De Hoge Raad kan, indien hij een mondelinge toelichting heeft bevolen, anderen dan partijen die ingevolge het tweede lid schriftelijke opmerkingen hebben gemaakt, uitnodigen ter zitting aanwezig te zijn teneinde zo nodig nader over hun opmerkingen te worden gehoord".

In art. 393 lid 7, eerste zin, is niet duidelijk wat wordt bedoeld met "aanstonds". Blijkbaar wordt hier aangesloten bij "dadelijk" in art. 418 Rv. De Hoge Raad doet inderdaad op de rol bij een conclusie tot verstekverlening in de regel dadelijk uitspraak, maar voor het overige wordt een dag bepaald voor de uitspraak. In art. 429 Rv. komt deze variant van dadelijke uitspraak dan ook niet voor. Beter ware het de zin overeenkomstig de toelichting¹⁵ als volgt te laten luiden: "Nadat de procureur-generaal bij de Hoge Raad conclusie heeft genomen, bepaalt de Hoge Raad de dag waarop hij zal beslissen".

¹⁴ Dat de bevoegdheid discretionair is blijkt ook uit de memorie van toelichting, p. 14, onder 5.

¹⁵ Memorie van toelichting, p. 19.

Datum 8 oktober 2009

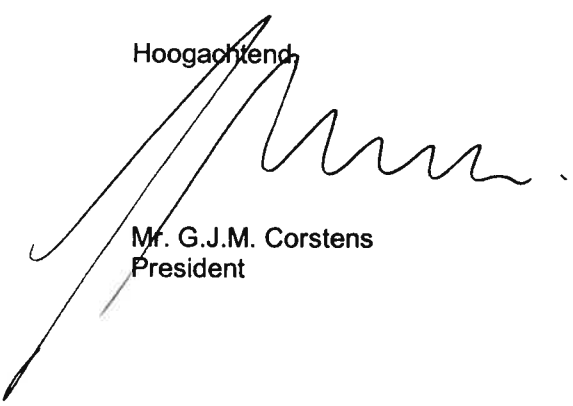
Kenmerk 157/09/GC/ds

Pagina 7 van 7

2.4.3 Art. 394

De tweede zin van art. 394 lid 1 is naar onze mening problematisch. Het kan voorkomen dat in appel de grondslag waarop de eerste rechter die vraag heeft gesteld wordt bestreden. Wij verwijzen naar hetgeen wij hierboven bij art. 392 lid 6 hebben opgemerkt. Voor zover de appelrechter de desbetreffende grieven gegrond oordeelt is hij uiteraard bij zijn beslissing van de zaak niet gebonden aan het antwoord op de prejudiciële vraag. Wij geven daarom in overweging de tweede zin van het eerste lid te laten vervallen. Blijven de vragen overeind dan spreekt het vanzelf dat de appelrechter gebonden is aan het antwoord. Dit een en ander kan in de toelichting worden opgenomen.

Hoogachtend



Mr. G.J.M. Corstens
President



Mr. J.W. Fokkens
Procureur-generaal