

Preadvies Jonge Var 2020
Experimenten in het bestuursrecht

Daar is het laatste woord nog niet over gezegd

Een onderzoek naar de mogelijkheid van een prejudiciële procedure in het
bestuursrecht

Cato Blankenstein¹

¹ Ik ben werkzaam als jurist bij de kennisunit van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Dit preadvies is geschreven op persoonlijke titel. Ik dank André Verburg, Eric Daalder en mijn collega's van de kennisunit (Michiel Tjepkema, Louise van Heusden, Arjen van Driel Kluit, Ramona Grimbergen en Jan Roelfsema) voor hun commentaar en suggesties. Verder veel dank aan Lotte Bouwman voor haar redactionele bijdrage.

Inhoud

1	Inleiding	3
2	De prejudiciële procedure in het algemeen.....	5
2.1	Omschrijving en toepassingsbereik.....	5
2.2	Beoogde voordelen	6
2.3	Mogelijke nadelen.....	7
2.4	Tussenconclusie	8
3	De prejudiciële procedure in het civiele recht	9
3.1	Achtergrond	9
3.2	De regeling op hoofdlijnen.....	9
3.3	Succesfactoren	14
3.4	Nadelen?.....	16
3.5	Tussenconclusie	18
4	Naar een prejudiciële procedure in het bestuursrecht?.....	19
4.1	Behoefte in het bestuursrecht.....	19
4.2	Toepassingsbereik	21
4.3	Prejudiciële vragen in de bestuurlijke fase	23
4.4	Prejudiciële grote kamer	25
4.5	Samenloop met de <i>amicus curiae</i> en de conclusie A-G.....	27
4.6	Tussenconclusie	30
5	Afronding.....	31
6	Literatuurlijst.....	33

1 Inleiding

De primaire doelstelling van het bestuursprocesrecht is het bieden van individuele rechtsbescherming. De bestuursrechter heeft de taak om het aan hem voorgelegde geschil te beslechten, zoveel mogelijk finaal. De rechter heeft met het oog op die taak de beschikking over rechterlijke bevoegdheden zoals de bestuurlijke lus, de mogelijkheid om zelf in de zaak te voorzien of de rechtsgevolgen in stand te laten. Van deze bevoegdheden wordt steeds vaker gebruik gemaakt. De laatste jaren is er echter ook steeds meer aandacht voor de rechtsvormende taak van de bestuursrechter en het bovenindividuele perspectief in de rechterlijke procedure.² Met het oog op deze rechtsvormende taak van de bestuursrechter werden eerder al in de Awb het instellen van een grote kamer en het vragen van een conclusie aan de advocaat-generaal mogelijk gemaakt. Ook werd succesvol geëxperimenteerd met de figuur van de *amicus curiae* (de meedenker)³ en ook dit instrument zal in de Awb worden opgenomen.⁴ In dit rijtje van instrumenten ter bevordering van de rechtsontwikkeling past ook de prejudiciële procedure. In zo'n procedure kan een lagere⁵ rechter in een zaak die bij hem aanhangig is een belangrijke rechtsvraag stellen aan de hoogste rechter. Vaak gaat het om rechtsvragen waarvan de beantwoording een zaaksoverstijgend belang dient, bijvoorbeeld omdat de rechtsvraag in veel vergelijkbare zaken speelt. Met het antwoord op de rechtsvraag (de prejudiciële beslissing) kan de vragende rechter de zaak (of zaken) vervolgens afdoen. Over de prejudiciële procedure gaat dit preadvies.

De meeste juristen zullen de prejudiciële procedure kennen uit het Unierecht, maar het instrument bestaat ook al op nationaal niveau. De Hoge Raad heeft inmiddels ruime ervaring met het beantwoorden van prejudiciële vragen sinds de invoering van de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad in 2012. Die wet schiep de mogelijkheid voor de civiele rechter om een rechtsvraag die speelt in zaken over massavorderingen of talrijke feitelijk vergelijkbare zaken prejudicieel aan de Hoge Raad voor te leggen. In 2016 kreeg ook de belastingrechter die bevoegdheid. Recent is bij wet de mogelijkheid geschapen dat ook de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) ervaring met het instrument zal opdoen. Binnen het kader van de Tijdelijke wet Groningen heeft de rechtbank Noord-Nederland de bevoegdheid gekregen om prejudiciële vragen te stellen aan de Afdeling. Ook in het strafrecht bestaat het voornemen om een prejudiciële procedure in te voeren. Daarmee zal eerst bij wijze van pilot worden geëxperimenteerd.⁶ Tot slot kunnen de hoogste rechters uit de tien landen

² Met name De Poorter heeft aandacht gevraagd voor deze taak. Bijvoorbeeld: De Poorter 2013; De Poorter 2018, p. 870-872.

³ De Poorter, Van Heusden & De Lange 2018.

⁴ Het wetsvoorstel 'Amicus curiae en kruisbenoemingen bij de hoogste bestuursrechters' is op 13 oktober 2020 in de Eerste Kamer als hamerstuk afgedaan. De datum van inwerkingtreding is op het moment van schrijven onbekend. Zie voor het wetsvoorstel *Kamerstukken II*, 2019-2020, 35 550, nr. 2.

⁵ Wie die lagere rechter is, hangt af van de prejudiciële procedure die het betreft. In het civiele procedure zijn dat de rechtbank en de hoven. In het belastingrecht is dat alleen de rechtbank.

⁶ Het wetsvoorstel 'Wijziging van het Wetboek van Strafvordering ter bevordering van innovatie van verschillende onderwerpen in het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering (Innovatiewet Strafvordering)' voorziet daarin. Het wetsvoorstel en de memorie van toelichting zijn te raadplegen op www.internetconsultatie.nl/innovatiewet.

(waaronder Nederland) die Protocol 16 bij het EVRM hebben geratificeerd ook prejudiciële vragen stellen aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM).

Tegen deze achtergrond is het interessant om te onderzoeken of ook tot invoering van een prejudiciële procedure in het bestuursrecht⁷ zou kunnen worden overgegaan. Centraal in dit preadvies staat daarom de vraag: *Bestaat er behoefte om in het bestuursrecht een regeling voor een prejudiciële procedure in te voeren en zo ja, hoe moet die regeling er dan uitzien?*

In hoofdstuk 2 zal ik eerst een globale omschrijving geven van wat een prejudiciële procedure inhoudt. Aan de hand van bestaande regelingen in het Nederlandse recht, het Franse recht, het Unierecht en Protocol 16 bij het EVRM zal ik laten zien voor welke typen gevallen de procedure kan worden aangewend. Verder leg ik uit wat de beoogde voordelen van de inzet van de prejudiciële procedure zijn en van welke factoren het afhangt of die voordelen optimaal worden verwezenlijkt. Ik bespreek ook de mogelijke nadelige effecten van de prejudiciële procedure.

In hoofdstuk 3 zal ik dieper ingaan op de prejudiciële procedure in het civiele recht. Die procedure bestaat in het Nederlandse recht het langst en is de inspiratie geweest voor de procedures in het belastingrecht, de Tijdelijke wet Groningen en het voorstel tot invoering in het strafrecht. Mocht het tot een prejudiciële procedure in het bestuursrecht komen, dan zal daarvoor de civiele regeling ongetwijfeld ook de blauwdruk zijn. Ik geef een uiteenzetting van de civiele regeling op hoofdlijnen. Vervolgens bespreek ik de ervaringen met de procedure aan de hand van de evaluatie van de regeling in 2016. Uit die evaluatie blijkt dat de civiele regeling erg succesvol is. Ik bespreek de belangrijkste succesfactoren. Verder ga ik in op de vraag in hoeverre de potentiële nadelen van de prejudiciële procedure zich in het civiele recht hebben verwezenlijkt.

In hoofdstuk 4 bespreek ik in hoeverre in het bestuursrecht een behoefte bestaat aan een prejudiciële procedure. Vervolgens probeer ik af te bakenen voor welke type bestuursrechtelijke zaken de procedure zich het beste zou kunnen lenen. Ik bezie verder of het gebruik van het instrument kan worden geoptimaliseerd door de mogelijkheid van het stellen van prejudiciële vragen al in de bestuurlijke fase open te stellen en hoe dat, met inzet van de voorzieningenrechter, zou kunnen worden vormgegeven. Verder ga ik in op de vraag wie de prejudiciële vragen zal moeten beantwoorden en hoe, met inzet van een prejudiciële grote kamer, de rechtseenheid tussen de hoogste bestuursrechters kan worden bevorderd en de reikwijdte van de prejudiciële beslissing kan worden vergroot. Tot slot ga ik in op de samenloop van de prejudiciële procedure met andere rechtsvormende instrumenten, te weten de *amicus curiae* en de conclusie van de advocaat-generaal. Kunnen deze drie instrumenten elkaar completeren, of zitten ze elkaar misschien ook in de weg?

De afronding van het preadvies volgt in hoofdstuk 5.

⁷ Spreek ik in dit preadvies van bestuursrecht, dan bedoel ik het bestuursrecht met uitzondering van het belastingrecht.

2 De prejudiciële procedure in het algemeen

2.1 Omschrijving en toepassingsbereik

Het instrument van de prejudiciële procedure biedt aan lagere rechters de bevoegdheid een rechtsvraag te stellen aan de hoogste rechter. Met het antwoord op de vraag kan de lagere rechter de zaak vervolgens afdoen. De procedure wordt doorgaans gebruikt als een instrument om een rechtsvraag *spoedig(er)* beantwoord te krijgen. De procedure fungeert daarmee dus als alternatief op de normale route waarbij eerdere rechterlijke instanties moeten worden doorlopen voordat men toegang tot de hoogste rechter heeft. De prejudiciële procedure in het Unierecht vormt daarop een uitzondering.⁸

Afwijken van de normale route is slechts in bepaalde gevallen gerechtvaardigd. Welke gevallen dat zijn, kan verschillen per regeling. Het is interessant om te bezien welke toepassingscriteria in de bestaande regelingen worden gehanteerd. Enerzijds omdat daarmee inzicht wordt geboden in de rol en het nut van het instrument (voor welke situaties is het bedoeld?) en anderzijds omdat het illustreert dat er behoorlijk wat diversiteit bestaat in deze criteria. Zo is voor het stellen van prejudiciële vragen in het Nederlandse civiele recht en in de Tijdelijke wet Groningen vereist dat de rechtsvraag (potentieel) in een groot aantal zaken speelt.⁹ Dit criterium geldt blijkens de parlementaire geschiedenis ook in het belastingrecht, al is het in de fiscale prejudiciële regeling niet wettelijk vastgelegd.¹⁰ Ook de Franse prejudiciële procedure kent de eis dat de rechtsvraag in meerdere zaken moet spelen. Daarnaast eist de Franse procedure dat het gaat om een nieuwe kwestie (*une question de droit nouvelle*), bijvoorbeeld over toepassing van een nieuw wetsartikel of een vraag die nog niet eerder is beantwoord.¹¹ Daar bovenop moet de vraag ook nog *omstreden* zijn, dat wil zeggen dat de rechtsvraag in redelijkheid aanleiding kan geven tot verschillende antwoorden door de lagere rechters. Prejudiciële vragen aan het EHRM moeten betrekking hebben op *questions of principle relating to the rights and freedoms*¹², principiële kwesties dus.¹³ In het strafrecht zal als criterium gaan gelden dat aan beantwoording van de vraag een ‘bijzonder gewicht’ kan worden toegekend, gelet op het met de vraag gemoeide ‘zaaksoverstijgende belang’.¹⁴

⁸ Doorprocederen tot aan het Hof van Justitie EU behoort niet tot de mogelijkheden, zodat de prejudiciële procedure daar juist de gebruikelijke (en enige) route is om van het Hof een antwoord op een rechtsvraag over de uitleg van het gemeenschapsrecht te verkrijgen.

⁹ Dit criterium wordt wisselend omschreven. Zie nader hoofdstuk 3 voor een omschrijving van de twee categorieën (a en b) van gevallen waarin prejudiciële vragen mogen worden gesteld. Deze categorieën zijn in iets andere bewoordingen ook opgenomen in de Tijdelijke wet Groningen.

¹⁰ *Kamerstukken II*, 2015-2016, 34 305, nr. 3, p. 53.

¹¹ De Franse prejudiciële procedure kan dus niet worden aangewend om de *Cour de Cassation* te bewegen om ‘om te gaan’; Tjittes & Meijer 2009, p. 165.

¹² Artikel 1, eerste lid, Protocol 16 bij het EVRM.

¹³ Het Protocol legt niet nader uit wat daaronder moet worden verstaan, maar mogelijk moet aanknopingspunt worden gezocht bij de criteria voor verwijzing naar de Grote kamer (een ‘ernstige vraag betreffende de interpretatie of toepassing van het Verdrag’ of een ‘ernstige kwestie van algemeen belang’ aldus Vandamme 2019, p. 447).

¹⁴ Voorgesteld artikel 553a, lid 1, Wetboek van strafvordering.

Hoewel het toepassingsbereik van de prejudiciële procedure dus per regeling kan verschillen, is wel duidelijk dat de procedure een instrument is dat eerder bij uitzondering dan als regel moet worden aangewend.¹⁵ Er moeten grotere of meerdere belangen bij beantwoording van de rechtsvraag bestaan dan alleen het belang dat partijen in de concrete zaak bij de beantwoording hebben.

2.2 Beoogde voordelen

Met een prejudiciële procedure kan dus worden bereikt dat een belangrijke rechtsvraag spoedig(er) wordt beantwoord. De belangrijkste voordelen daarvan zijn het bevorderen van de *rechtsontwikkeling*, de *rechtseenheid* en de *rechtszekerheid*. Wanneer de hoogste rechter namelijk een antwoord geeft op een rechtsvraag die voor meer (toekomstige) zaken van belang is, dan draagt dat bij aan de rechtsontwikkeling. Niet alleen de vragende rechter, maar ook andere rechters die met dezelfde rechtsvraag zitten, kunnen met de prejudiciële beslissing hun zaak afdoen. Daarmee is ook de rechtseenheid gediend, want hoe spoediger het definitieve antwoord op de rechtsvraag wordt gegeven, hoe kleiner het risico is dat meerdere lagere rechters uiteenlopende antwoorden geven. Tot slot draagt een spoedige beantwoording van een prejudiciële vraag ook bij aan het bevorderen van de rechtszekerheid, omdat onduidelijkheid over het definitieve antwoord op de rechtsvraag voor justitiabelen sneller wordt weggenomen.

Een bijkomend voordeel van de prejudiciële procedure kan zijn dat het instellen of voortzetten van procedures wordt voorkomen. Partijen zien in zo'n geval gelet op het antwoord op de rechtsvraag af van het indienen van een rechtsmiddel of trekken hun al ingediende rechtsmiddel in. Maar dat voordeel gaat alleen op wanneer enkel het antwoord op de rechtsvraag partijen verdeeld houdt, en er niet ook andere redenen zijn die partijen aanleiding geven voor het instellen of voortzetten van een procedure. Specifiek voor zaken over schadevergoeding kan de prejudiciële procedure als voordeel hebben dat een tijdige beantwoording van de rechtsvragen de bereidheid van de schadeveroorzaker om over een collectieve schikking te praten kan vergroten, of dat het antwoord richtinggevend kan zijn voor partijen die al over een schikking onderhandelen. Het meenemen van het antwoord op de rechtsvraag in de schikking kan de kwaliteit en de acceptatie van de schikking vergroten. Gedupeerden zullen zich vaker aan de schikking houden.¹⁶

De mate waarin de inzet van de prejudiciële procedure bijdraagt aan de rechtsontwikkeling, de rechtseenheid en de rechtsonzekerheid, is afhankelijk van een aantal factoren. In de eerste plaats is dat het stadium waarin de prejudiciële vragen worden gesteld. Is duidelijk dat in een zaak een belangrijke rechtsvraag speelt, dan is het beter dat die zo vroeg mogelijk wordt gesteld (liever door de rechtbank dan door het gerechtshof). Daarnaast is van belang dat de prejudiciële vragen voortvarend worden beantwoord. Als laatste is van belang de mate van toegankelijkheid van de gebruikelijke route naar de hoogste rechter wanneer men de rechtsvraag via die gang beantwoord zou proberen te krijgen. Een prejudiciële procedure heeft een grote meerwaarde

¹⁵ Ook hier neemt de prejudiciële procedure van het Unierecht weer een uitzonderingspositie in. Het stellen van prejudiciële vragen is verplicht, tenzij is voldaan aan de zogenoemde CILFIT-criteria; HvJEU 6 oktober 1982, ECLI:EU:C:1982:335.

¹⁶ *Kamerstukken II*, 2010-2011, 32 612, nr. 3, p. 3.

ten opzichte van een rechtsgang naar de hoogste instantie die zeer tijdrovend en kostbaar is. Die meerwaarde is veel kleiner wanneer doorprocederen tot aan die hoogste rechter met niet al te kostbare middelen en binnen een niet al te lange tijd mogelijk is. De situatie kan zich voordoen dat de gang naar die hoogste rechter zo kostbaar en tijdrovend is, dat partijen in bepaalde typen zaken die route vrijwel nooit bewandelen, bijvoorbeeld omdat de kosten van de procedure niet opwegen tegen de hoogte van de vordering. Zo kan het gebeuren dat rechtsontwikkeling op bepaalde terreinen vaak niet plaatsvindt omdat de belangrijke rechtsvragen, die zich (ook) op die terreinen voordoen, onbeantwoord blijven. Het is in die gevallen dat de meerwaarde van een prejudiciële procedure misschien het grootst is, omdat in dat geval de beantwoording van rechtsvragen door de hoogste rechter wordt bewerkstelligd die anders niet zou hebben plaatsgevonden.

2.3 Mogelijke nadelen

In potentie kan de inzet van de prejudiciële procedure ook nadelig uitpakken. Die nadelen kunnen zich in de eerste plaats voordoen in de concrete zaak waarin prejudiciële vragen worden gesteld. De partijen in die zaak krijgen te maken met een “tussenprocedure” die leidt tot vertraging en mogelijk ook complicering van de behandeling van hun zaak. Sommige partijen hebben wellicht geen enkele behoefte aan het stellen van prejudiciële vragen in hun zaak. Vertraging van procedures kan zich ook voordoen bij de hoogste rechter die de prejudiciële vragen met voortvarendheid dient te beantwoorden. Om de prejudiciële vragen snel te kunnen beantwoorden, zal aan de beantwoording wellicht prioriteit moeten worden gegeven waardoor de afdoening van andere zaken die bij de hoogste rechter op de plank liggen op zich moet laten wachten.¹⁷

Als nadeel van de prejudiciële procedure wordt daarnaast genoemd dat beantwoording van rechtsvragen in een vroeg stadium van de procedure ongelukkig uit kan pakken omdat in die fase de feiten van de zaak onvoldoende vaststaan. Het gaat bij de prejudiciële procedure weliswaar om de beantwoording van *rechtsvragen*, maar die beantwoording vindt niet plaats in een vacuüm. Vaak is enige feitelijke context noodzakelijk. Als die context bij de prejudiciële vraag onvoldoende wordt geboden, maakt dat een zinvolle beantwoording moeilijk.¹⁸ Ook kan de situatie zich voordoen dat de feiten na de prejudiciële beslissing anders komen of blijken te liggen, waardoor het antwoord op de rechtsvraag niet langer relevant is voor de zaak of zaken.

Daarnaast wordt tegen toepassing van een prejudiciële procedure ingebracht dat in bepaalde gevallen de rechtsontwikkeling wordt tegengewerkt juist omdat de prejudiciële vraag in een vroeg stadium wordt gesteld.¹⁹ Met de prejudiciële procedure wordt beoogd tot een spoedige beantwoording van een belangrijke rechtsvraag gekomen, waarmee tevens wordt voorkomen

¹⁷ Dit probleem doet zich natuurlijk niet voor wanneer ten behoeve van het beantwoorden van prejudiciële vragen bij de hoogste rechter ook de benodigde rechters en (juridische) ondersteuning worden aangetrokken zodat die taak niet tot een werklastverzwaring leidt.

¹⁸ Van Kampen & Giesen 2013, p. 9. Ook de Afdeling advisering van de Raad van State uitte zich over onder meer dit punt kritisch; *Kamerstukken II*, 2010-2011, 32 612, nr. 4, p. 3-4.

¹⁹ Zo dachten enkele feitenrechters voorafgaand aan de invoering van de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, aldus Van Kampen & Giesen 2013, p. 9. Zie ook Niessen 2016.

dat lagere rechters uiteenlopende beslissingen nemen over aan hen voorgelegde rechtsvragen. Het ontbreken van die rechtspraak, en de eventuele discussie daarover in de literatuur, kan ook als een gemis worden ervaren. Is die rechtspraak er namelijk wel, dan kan de hoogste rechter die verschillende visies en oplossingsrichtingen bij zijn beantwoording betrekken en hoeft hij de rechtsvraag niet in een juridisch vacuüm te beantwoorden.

Tot slot kan als nadeel van een prejudiciële procedure worden gewezen op het gevaar dat de prejudiciële beslissing onttaardt in ‘pseudowetgeving’.²⁰ Bij de prejudiciële procedure gaat het vaak om een rechtsvraag die voor groot aantal gevallen (potentieel) relevant is. Komt die rechtsvraag via de reguliere route in een concrete zaak bij de hoogste rechter te liggen, dan wordt de rechtsvraag in het licht van die zaak beantwoord en bestaat de mogelijkheid om bij volgende, vergelijkbare zaken een eerder gedane uitspraak te bezien in het licht van de bijzonderheden van het geval waarin de uitspraak is gedaan. Bij de prejudiciële procedure ligt dit anders. Daar wordt een rechtsvraag beantwoord met het oog op afdoening van een groot aantal zaken. Die zaken liggen bij de prejudiciële rechter niet voor, terwijl daar wel over wordt ‘geoordeeld’, althans dat nu een antwoord wordt gegeven op de prejudiciële vraag dat evident gevolgen gaat hebben voor die andere zaken. Er is in dit verband ook wel gewezen op het verbod in artikel 12 Wet algemene bepalingen: ‘Geen regter mag bij wege van algemeene verordening, dispositie of reglement, uitspraak doen in zaken welke aan zijne beslissing onderworpen.’²¹ Het gevaar bestaat dat de prejudiciële beslissing een verordonnerend karakter krijgt.

2.4 Tussenconclusie

De prejudiciële procedure is een instrument dat bedoeld is om rechtsvragen met een zaaksoverstijgend belang (vaak een rechtsvraag die in meerdere zaken speelt) spoedig beantwoord te krijgen door de hoogste rechter. Het instrument biedt daarmee een alternatief op de route waarbij tot aan die hoogste rechter moet worden doorgeprocedeerd om de rechtsvraag op die manier definitief beantwoord te krijgen. De voordelen van een prejudiciële procedure kunnen worden samengevat in het bevorderen van de rechtsontwikkeling, de rechtseenheid en de rechtszekerheid. Een bijkomend voordeel van de prejudiciële procedure is dat het instellen of voortzetten van procedures kan worden voorkomen. In welke mate de voordelen van het instrument zich voordoen is afhankelijk van het stadium waarin de prejudiciële vragen worden gesteld, de voortvarendheid waarmee de vragen worden beantwoord en de toegankelijkheid van de gebruikelijke route naar de hoogste rechter. De meerwaarde van de prejudiciële procedure is het grootst wanneer het bewandelen van die route door bijvoorbeeld de duur en de kosten effectief onmogelijk is en bepaalde rechtsvragen om die reden niet beantwoord worden. De prejudiciële procedure kan deze leemte in de rechtsontwikkeling dan opvullen.

Potentiële nadelen van de prejudiciële procedure zijn dat de zaak waarin prejudiciële vragen worden gesteld, vertraging oploopt en mogelijk complexer wordt. Partijen in die zaak hebben daar niet altijd behoefte aan. Daarnaast kan vertraging optreden in andere zaken bij de hoogste rechter omdat aan de prejudiciële beantwoording prioriteit wordt gegeven. Een ander nadeel

²⁰ Dit kritiekpunt komt van de Afdeling advisering van de Raad van State, dat op het voorstel tot invoering van een prejudiciële procedure in het civiele recht een negatief advies gaf; *Kamerstukken II*, 2010/2011, 32 612, nr. 4.

²¹ Giesen e.a. 2016, p. 36, voetnoot 50.

ligt in het mogelijk ontbreken van een duidelijk (en definitief vastgesteld) feitencomplex op het moment dat prejudiciële vragen worden gesteld, waardoor een zinvolle beantwoording wordt bemoeilijkt. Een ander potentieel nadeel is het ontbreken van lagere rechtspraak die de hoogste rechter kan helpen bij zijn beantwoording. Tot slot zou in de beantwoording van de rechtsvraag het gevaar op 'pseudo-wetgeving' op de loer liggen.

In het volgende hoofdstuk bespreek ik de prejudiciële procedure in het civiele recht. Daarbij zal ik ook, aan de hand van de evaluatie van de wettelijke regeling, ingaan op de vraag in hoeverre de hiervoor genoemde voordelen van de procedure zich daar hebben verwezenlijkt en in hoeverre de potentiële nadelen zich voordoen.

3 De prejudiciële procedure in het civiele recht

3.1 Achtergrond

Sinds 2012 kunnen, zoals gezegd, in het civiele recht prejudiciële vragen worden gesteld aan de Hoge Raad. De invoering van de prejudiciële procedure in het civiele recht volgde op het rapport "Versterking van de cassatierechtspraak" van de Commissie Normstellende rol Hoge Raad, de Commissie Hammerstein.²² Een belangrijke constatering in dat rapport was dat er bepaalde soorten zaken zijn waarin belangrijke rechtsvragen spelen die de Hoge Raad niet of niet tijdig bereiken. Daarbij speelde een rol dat de cassatieprocedure tijdrovend en kostbaar is. Eén van de aanbevelingen om dat probleem op te lossen was de mogelijkheid tot het invoeren van een prejudiciële procedure, met name in de civiele kamer, te onderzoeken. Langs de weg van een prejudiciële procedure zouden die zaken, althans de rechtsvragen die daarin spelen, dan toch en tijdig(er) aan de Hoge Raad kunnen worden voorgelegd. Daarmee zou de prejudiciële procedure bijdragen aan de rechtsontwikkeling, de rechtseenheid en de rechtszekerheid. De aanbeveling uit het rapport werd overgenomen en 1 juli 2012 trad de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad in werking.

3.2 De regeling op hoofdlijnen

Hoe is de prejudiciële procedure in het civiele recht nu precies vormgegeven? Daarover gaat deze paragraaf. Ik bespreek achtereenvolgens voor welke type vragen de procedure is bedoeld; de bevoegdheid van de lagere rechter; procedurele eisen aan de vraagstelling; de weigeringsmogelijkheden van de Hoge Raad; inhoudelijke aspecten van de beantwoording; de bindende werking van de antwoorden en de kosten van de procedure.

De regeling voor de prejudiciële procedure in het civiele recht is neergelegd in vier artikelen (392-395 Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering). De rechter²³ kan in de procedure op verzoek van een partij of ambtshalve de Hoge Raad een rechtsvraag stellen ter beantwoording

²² Hammerstein e.a. 2008.

²³ Aan vrijwel iedere feitenrechter komt de bevoegdheid toe om prejudiciële vragen te stellen, zo ook de kortgedingrechter. Alleen de rechter bij wie een verzoek op grond van artikel 7:907 BW (procedure tot verbindendverklaring van een WCAM-schikking) aanhangig is, heeft niet de bevoegdheid prejudiciële vragen te stellen.

bij wijze van prejudiciële beslissing. Vereist is dat het antwoord op deze vraag nodig is om op de vordering of het verzoek te beslissen en rechtstreeks van belang is voor:

- (a) een veelheid aan vorderingsrechten die gegrond zijn op dezelfde of soortgelijke feiten en uit dezelfde of soortgelijke samenhangende oorzaken voortkomen (kortgezegd: *massavorderingen*), of
- (b) de beslechting of beëindiging van talrijke andere uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen, waarin dezelfde vraag zich voordoet (kortgezegd: *talrijke feitelijk vergelijkbare zaken*).

Volgens de memorie van toelichting moet bij de (a)-categorie gedacht worden aan meerdere vorderingen die voortkomen uit dezelfde feitelijke oorzaak, bijvoorbeeld een (milieu)ramp waarbij veel mensen worden getroffen.²⁴ Oorspronkelijk was het idee om de prejudiciële procedure alleen voor massavorderingen open te stellen. Er bestond echter twijfel of de beperking tot massavorderingen wel tot voldoende zaken zou leiden om ervaring met de procedure op te doen. Daarom werd aanbevolen om de procedure ook open te stellen voor zaken waarin dezelfde rechtsvraag speelt en waarin de feiten op elkaar lijken, maar waarin die feiten niet noodzakelijkerwijs dezelfde oorzaak hebben. Zodoende zou er genoeg ‘oefenstof’ worden geboden om met de prejudiciële procedure te leren werken. Dit heeft geleid tot toevoeging van de (b)-categorie. Die categorie is niet beperkt tot vorderingen of geschillen die uit dezelfde (schade)oorzaak voortvloeien. In de memorie van toelichting wordt de uitleg van nieuwe wetgeving als voorbeeld genoemd van een geval dat binnen het bereik van de (b)-categorie valt.²⁵ Wanneer er sprake is van ‘talrijke’ feitelijk vergelijkbare zaken blijkt niet uit de wettekst en evenmin uit de parlementaire geschiedenis. In de memorie van toelichting staat dat omstandigheden die voor de invulling van het begrip ‘talrijk’ van belang kunnen zijn, niet alleen het aantal uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen zijn, 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 van de feitelijke vergelijkbare zaken al procedures aanhangig zijn gemaakt.²⁶ Het mag dus gaan om potentiële, toekomstige zaken. Dat is ook logisch, omdat de prejudiciële procedure immers mede bedoeld is om andere procedures overbodig te maken.²⁷ De Hoge Raad lijkt het voldoende te vinden als de vragende rechter aannemelijk maakt dat een bepaalde rechtsvraag aanleiding kan geven tot meer geschillen.²⁸

In het vereiste dat het antwoord nodig is om op de vordering of het verzoek te beslissen, ligt besloten dat *geen hypothetische vragen* mogen worden gesteld. Maar als de noodzaak tot beantwoording na het stellen van de vraag komt te ontvallen (er is bijvoorbeeld inmiddels een schikking getroffen), dan kan de Hoge Raad beslissen de vraag toch te beantwoorden ‘indien hem dat geraden voorkomt’, bijvoorbeeld wanneer het antwoord voor andere zaken van belang blijft.²⁹

²⁴ Kamerstukken II, 2010-2011, 32 612, nr. 3, p. 4.

²⁵ Kamerstukken II, 2010-2011, 32 612, nr. 3, p. 4.

²⁶ Kamerstukken II, 2010-2011, 32 612, nr. 3, p. 13.

²⁷ Zo ook Streefkerk 2015, p. 252.

²⁸ Van der Wiel e.a., 2019, nr. 413.

²⁹ Kamerstukken II, 2010-2011, 32612, nr. 3, p. 20-21.

De lagere rechter is niet verplicht om prejudiciële vragen te stellen. Wordt door een partij verzocht om het stellen van prejudiciële vragen, dan kan de rechter weigeren. Het stellen van prejudiciële vragen is een discretionaire bevoegdheid die ruimte laat voor een belangenafweging. Uit de memorie van toelichting komt naar voren dat het aan de rechter is om bijvoorbeeld het zaaksoverstijgende belang bij het stellen van een vraag af te wegen tegen het belang van partijen om ongehinderd voort te procederen.³⁰ Ook kan meespelen in hoeverre het verzoek om prejudiciële vragen te stellen, onderbouwd is. In de praktijk vindt vaak voorafgaand aan de formele vraagstelling overleg plaats tussen rechtbanken en de hoven om zo de wenselijkheid en mogelijkheid van het stellen van een prejudiciële vraag te bekijken. In zulke overlegstructuren kan ook aan het licht komen dat tegenstrijdige uitspraken worden gewezen wat de behoefte aan een prejudiciële vraag zal versterken.³¹

Partijen moeten over het voornemen om prejudiciële vragen te stellen en over de formulering daarvan worden gehoord.³² De prejudiciële vragen dienen bij uitspraak te worden gesteld. Daarin moeten ook een uiteenzetting van het onderwerp van het geschil, de door de rechter vastgestelde feiten en de standpunten van partijen worden opgenomen. Ook moet de vragende rechter daarin motiveren waarom is voldaan aan de (a)- of (b)-categorie.

Nadat de uitspraak met de prejudiciële vraag of vragen naar de Hoge Raad is gestuurd, moet de vragende rechter de zaak aanhouden in afwachting van de beantwoording. De zaak blijft in de tussentijd aanhangig bij de vragende rechter.³³ In andere lopende procedures waarvoor het antwoord op de prejudiciële vraag (mogelijk) ook van belang is, mag de rechter de zaak aanhouden, maar daartoe is hij niet verplicht. De rechter dient daarover een afweging te maken, waarbij de wens van partijen, die daarover ook moeten worden gehoord, een rol kan spelen.³⁴

Na ontvangst van de vragen door de Hoge Raad wordt daarvan mededeling op de website van de Hoge Raad gedaan.³⁵ De Hoge Raad heeft de bevoegdheid om *aanstonds* af te zien van beantwoording wanneer de vraag zich niet leent voor beantwoording bij wijze van prejudiciële beslissing of de vraag van onvoldoende gewicht is om beantwoording te rechtvaardigen.³⁶ Volgens de memorie van toelichting heeft de Hoge Raad op dit punt ‘maximale vrijheid’.³⁷ Redenen om van beantwoording af te zien zijn bijvoorbeeld dat:
- een nog niet behandeld verweer eventueel nog kan slagen waardoor beantwoording niet nodig (meer) is³⁸;

³⁰ *Kamerstukken II*, 2010-2011, 32 612, nr. 3, p. 14.

³¹ Giesen e.a. 2016, p. 127.

³² De wet verbindt echter geen consequenties aan het schenden van deze voorschriften.

³³ *Kamerstukken II*, 2010-2011, 32 612, nr. 3, p. 15.

³⁴ *Kamerstukken II*, 2010-2011, 32 612, nr. 3, p. 15-16.

³⁵ Die mededeling blijft staan tot ongeveer zes maanden nadat de vraag in een prejudiciële uitspraak is beantwoord.

³⁶ Art. 393 lid 1 en lid 8 Rv; art. 3.3.6.1 Procesreglement HR.

³⁷ *Kamerstukken II*, 2010-2011, 32 612, nr. 3, p. 11.

³⁸ In HR 31 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1614, *NJ* 2013/321 (Van der Geest/ Butin Bik q.q. en Duymel) was er een nog niet behandeld verweer dat wellicht zou kunnen slagen, waardoor beantwoording van de prejudiciële vraag niet nodig werd geacht.

- er inmiddels een schikking is bereikt³⁹;
- er onvoldoende feiten zijn vastgesteld of te veel feiten worden betwist⁴⁰;
- het antwoord kan worden afgeleid uit vaste rechtspraak van de Hoge Raad (een *acte éclairée*) of waarin over het antwoord (anderszins) redelijkerwijze geen twijfel kan bestaan (een *acte clair*)⁴¹;
- de vraag van belang is voor een te gering aantal vorderingsrechten of geschillen⁴²;
- de vraag al aan de orde is in een aanhangige cassatieprocedure⁴³;
- geen sprake is van een geval in de (a) of (b)-categorie⁴⁴;
- beantwoording de taak van de Hoge Raad te buiten gaat⁴⁵;
- de vragende rechter de procedure om tot de vraagstelling te komen niet correct heeft gevolgd⁴⁶.

De procureur-generaal brengt over het voornemen om van beantwoording af te zien een advies uit.⁴⁷ De beslissing om de vraag niet te beantwoorden hoeft de Hoge Raad niet te motiveren, maar in de praktijk gebeurt dat wel, omdat daarmee voor de feitenrechters duidelijkheid ontstaat over de ‘weigeringsgronden’ die de Hoge Raad hanteert.

Neemt de Hoge Raad de prejudiciële vraag in behandeling, dan mogen partijen binnen een termijn van zes weken schriftelijke opmerkingen maken. De Hoge Raad kan ook *derden* gelegenheid bieden schriftelijke opmerkingen te maken.⁴⁸ De inbreng van derden kan de Hoge Raad een zo compleet mogelijk beeld geven van de maatschappelijke context van het geschil. Bovendien kunnen bepaalde derden ook een rechtstreeks belang hebben bij de prejudiciële beslissing.⁴⁹ De Hoge Raad kan eventueel ook een zitting houden waarop mondeling opmerkingen kunnen worden gemaakt. Nadat de termijn voor het geven van schriftelijke en/of mondelinge opmerkingen is verstreken, neemt de procureur-generaal een conclusie.⁵⁰ Alleen partijen, niet de eventuele derden, krijgen gelegenheid om op de conclusie te reageren.⁵¹

³⁹ HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2017, *NJ* 2016/393 (Massar/ DAS) en HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2834, *NJ* 2017/22 (Synthon/Astellas).

⁴⁰ *Kamerstukken II*, 2010-2011, 32 612, nr. 3, p. 11.

⁴¹ HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3958, *NJ* 2013/353 (Van der Meer q.q./Pieper) en HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1218, *NJ* 2019/55 (Ameco/ X).

⁴² HR 16 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:345, *NJ* 2018/156 (SSC/ KLM c.s.).

⁴³ HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:591, *NJ* 2019/163 (X/Rabobank).

⁴⁴ HR 16 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:345, *NJ* 2018/156 (SSC/KLM c.s.).

⁴⁵ *Kamerstukken I*, 2011-2012, 32 612, nr. C, p. 6-7.

⁴⁶ In HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099, *NJ* 2016/108, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Duinzigt/Tacq), had de vragende rechter partijen niet gehoord over het voornemen om prejudiciële vragen te stellen. De Hoge Raad ging echter desondanks over tot beantwoording.

⁴⁷ De Groot 2016. Het advies wordt niet aan partijen gestuurd en zij kunnen daarop dus ook niet reageren.

⁴⁸ In het Procesreglement staat dat derden bij brief door de griffier kunnen worden uitgenodigd, maar de Hoge Raad kan ook een ‘open uitnodiging’ op de website of in een dagblad plaatsen; Art. 3.3.8.1 en 3.3.8.2 Procesreglement HR.

⁴⁹ *Kamerstukken II*, 2010-2011, 32 612, nr. 3, p. 17.

⁵⁰ De Hoge Raad stelt daartoe een datum vast; art. 3.3.13.1 Procesreglement HR.

⁵¹ *Kamerstukken II*, 2010-2011, 32612, nr. 3, p. 19-20. Zie ook art. 3.3.13.3 Procesreglement HR.

De Hoge Raad kan prejudiciële vragen die aan hem worden gesteld herformuleren.⁵² Bij de totstandkoming van de regeling heeft de Hoge Raad zelf voor deze bevoegdheid gepleit. Hij wees er daarbij op dat het stellen van goede vragen niet altijd eenvoudig is, vooral niet voor de rechter die daar niet veelvuldig mee te maken krijgt. Door herformulering zou het mogelijk worden een adequater antwoord te geven op een rechtsvraag die ook in talrijke andere feitelijk vergelijkbare zaken beantwoording behoeven.⁵³ Partijen en derden kunnen in hun schriftelijke opmerkingen in de procedure aansturen op herformulering van de vraag.⁵⁴ Soms herformuleert de Hoge Raad de vraag niet, maar legt hij deze anders uit.⁵⁵ De wetgever heeft het aan de Hoge Raad overgelaten om te beoordelen of het na herformulering noodzakelijk is om partijen, derden en de procureur-generaal in de gelegenheid te stellen zich over de nieuw geformuleerde vraag uit te laten.⁵⁶

In de eerste prejudiciële beslissing (Rabobank/Donselaar) heeft de Hoge Raad als uitgangspunt uiteengezet dat hij zich niet gebonden acht aan de feitenvaststelling door de vragende rechter, maar dat hij in beginsel wel uit zal gaan van die feiten.⁵⁷ Prejudiciële vragen kunnen immers worden gesteld voordat de relevante feiten definitief zijn vastgesteld en daarbij komt dat in de prejudiciële procedure partijen en derden opmerkingen kunnen maken die de feiten ook weer in een ander licht zetten. Volgens de Hoge Raad komt hem daarom – met name waar het gaat om vragen die tot zogenoemde gemengde beslissingen (zie hierna) leiden - in een prejudiciële procedure wat de feiten betreft een grotere beoordelingsvrijheid toe dan in cassatie.

De prejudiciële vragen die aan de Hoge Raad worden gesteld, hoeven geen zuivere rechtsvragen te zijn, maar kunnen ook een gemengd karakter hebben. Dat wil zeggen dat ook feitelijke aspecten onderdeel uitmaken van de rechtsvraag. Het antwoord van de Hoge Raad op een gemengde rechtsvraag zal een zogenoemde *gemengde beslissing* inhouden.⁵⁸ Zulke beslissingen geven invulling aan open normen zoals de redelijkheid en billijkheid, de in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid of de dringende reden die noodzakelijk is voor een ontslag op staande voet.⁵⁹ De Hoge Raad zal in zulke gevallen omstandigheden of feitelijke gezichtspunten aanwijzen die de rechter bij zijn beoordeling in aanmerking moet nemen.⁶⁰ De Hoge Raad heeft ook wel eens volstaan met het geven van ‘hoofdlijnen’, omdat zich in de praktijk allerlei ‘feitelijke variaties’ kunnen voordoen die relevant zijn voor de beantwoording van deze vraag.⁶¹

⁵² Art. 393, lid 7, Rv.

⁵³ *Kamerstukken II*, 2010-2011, 32 612, nr. 3, p. 20.

⁵⁴ Zie bijv. HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099, *NJ* 2016/108, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Duinzigt/Tacq); conclusie A-G Hammerstein voor HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3011, *NJ* 2015/465, m.nt. S.F.M. Wortmann.

⁵⁵ Vgl. HR 30 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3197, *NJ* 2016/171, m.nt. A.I.M. van Mierlo (Achmea/Demnati), r.o. 3.3.

⁵⁶ *Kamerstukken II*, 2010-2011, 32 612, nr. 3, p. 20.

⁵⁷ HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4889, *NJ* 2013/123, m.nt. H.J. Snijders (Rabobank/Donselaar c.s.), r.o. 3.1.

⁵⁸ *Kamerstukken II*, 2010-2011, 32 612, nr. 3, p. 8-9. Zie over gemengde beslissingen nader Frenk 2011, p. 115 e.v.

⁵⁹ *Kamerstukken II*, 2010-2011, 32 612, nr. 3, p. 10.

⁶⁰ Een klassiek voorbeeld van een gemengde beslissing is HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, *NJ* 1966/136 (Kelderluik-arrest).

⁶¹ HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236 (telefoonabonnementen II).

Het antwoord van de Hoge Raad in de prejudiciële beslissing is bindend voor de vragende rechter en partijen. Desondanks kan de uitspraak van de vragende rechter toch anders komen te luiden dan men op basis van de prejudiciële beslissing zou verwachten. Indien na de prejudiciële procedure de zaak wordt voortgezet, kunnen de feiten immers anders blijken of komen te liggen dan waar de Hoge Raad zijn antwoord op heeft gebaseerd. Het antwoord op de prejudiciële vraag is dan niet zozeer minder bindend, als wel minder *relevant* voor de zaak in kwestie.⁶² Voor andere zaken waarvoor beantwoording van de vraag ook van belang was, heeft de prejudiciële beslissing *precedentwerking*.

Voor de prejudiciële procedure hoeft geen griffierecht te worden betaald. Het is immers de vragende rechter die de procedure start.⁶³ Wel kunnen in de procedure kosten worden gemaakt voor het maken van schriftelijke opmerkingen en een eventuele schriftelijke of mondelinge toelichting. Voor de procedure bij de Hoge Raad zijn partijen verplicht een cassatieadvocaat in te schakelen, althans als zij aan die procedure willen deelnemen. Die proceskosten worden door de Hoge Raad begroot in de prejudiciële beslissing. De feitenrechter kan vervolgens in de proceskostenvergoeding waartoe een partij wordt veroordeeld ook deze kosten die door de wederpartij zijn gemaakt opnemen.⁶⁴ De Hoge Raad kan beslissen om geen kosten te begroten, gelet op de 'aard van de procedure'.⁶⁵ De kosten die derden maken in de procedure komen niet voor vergoeding in aanmerking.

3.3 Succesfactoren

De Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad is geëvalueerd in 2016.⁶⁶ De voornaamste conclusie van het evaluatierapport is dat de wet een onverdeeld succes is gebleken.⁶⁷ De regeling wordt regelmatig gebruikt, misschien zelfs wel meer dan werd verwacht. De regeling lijkt ook voldoende bekend te zijn bij het relevante publiek. Dat blijkt uit het feit dat niet alleen rechters erover nadenken om vragen te stellen maar ook civiele procespartijen die de regeling regelmatig betrekken bij hun processtrategie. De regeling zelf is bovendien eenvoudig van aard en opzet en daarom voldoende toegankelijk. Processuele problemen bij de inzet en het gebruik ervan doen zich volgens het evaluatierapport niet of nauwelijks voor. Verder wordt de wet door alle betrokken gebruikers verwelkomd, niet in de laatste plaats door de Hoge Raad en het Parket. Wat maakt de civiele prejudiciële procedure nu in de praktijk zo succesvol?

Volgens het rapport hebben de welwillendheid van de Hoge Raad bij beantwoording van de prejudiciële vragen en de snelheid die daarbij is betracht in belangrijke mate bijgedragen aan het succes van de regeling. Prejudiciële vragen worden met voorrang behandeld en beantwoording volgt binnen ongeveer zes maanden. Als de vraag zich niet voor beantwoording leent, volgt dat oordeel al na enkele weken.⁶⁸ Daarnaast past de Hoge Raad omwille van de

⁶² *Kamerstukken II*, 2010-2011, 32 612, nr. 3, p. 21-22.

⁶³ *Kamerstukken II*, 2010-2011, 32 612, nr. 3, p. 22.

⁶⁴ Art. 394, lid 2, jo. art. 393, lid 3 en 4, Rv; *Kamerstukken II*, 2010-2011, 32 612, nr. 3, p. 21.

⁶⁵ HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1273, NJ 2017/303.

⁶⁶ Giesen e.a. 2016.

⁶⁷ De conclusies van het onderzoek zijn samengevat in hoofdstuk 5 van het evaluatierapport. Zie voor een bondige weergave van de conclusies ook Giesen & Ortlep 2017, par. 1.3.

⁶⁸ Giesen e.a. 2016, p. 96.

toegankelijkheid van de regeling geen strikte ontvankelijkheidstoets toe. Over de vraag of is voldaan aan de (a)- of (b)-categorie wordt niet moeilijk gedaan. Redenen daarvoor zijn dat men aanneemt dat de vragende rechters het beste zicht hebben op hoe vaak een rechtsvraag voorkomt of kan voorkomen. Daarnaast speelt mee dat de Hoge Raad niet te snel 'opvoedend' te werk wil gaan. Een handelswijze zoals van de Franse *Cour de Cassation* waarbij rechters 'op hun kop krijgen' wanneer ze een vraag durven te stellen die al beantwoord blijkt te zijn, is nadrukkelijk niet de bedoeling. Daarnaast is de Hoge Raad ruimhartig in de beantwoording. Zelfs wanneer de vragen 'gebrekking' zijn geformuleerd, is de Hoge Raad bereid deze te beantwoorden.⁶⁹

In het evaluatierapport wordt ook de conclusie getrokken dat de prejudiciële procedure beantwoordt aan de eigen doelstelling. Het instrument draagt bij aan de rechtsontwikkeling, en daarmee de rechtseenheid en rechtszekerheid. De onderzoekers stellen in algemene zin vast dat het merendeel van de prejudiciële beslissingen een rechtsvormende bijdrage leveren. Weliswaar zijn de uitkomsten van de zaken van wisselend belang, maar alle uitspraken voegen iets toe aan de stand van het (civiele) recht en er zitten zeker een paar standaarduitspraken tussen. Andere antwoorden zijn daarnaast maatschappelijk van groot belang. Gelet hierop is het nut van de wettelijke regeling eigenlijk al gegeven.⁷⁰ Verder gaat het geregeld om zaken die zonder de prejudiciële procedure wellicht helemaal niet, of in ieder geval pas veel later, bij de Hoge Raad terecht zouden zijn gekomen. Dat eerste ("helemaal niet") geldt voor de vragen die door de kantonrechter zijn gesteld.

Ook de geïnterviewde 'gebruikers' van het instrument (procespartijen, vragende rechters, Hoge Raad, Parket) beschouwen de prejudiciële procedure van toegevoegde waarde voor de rechtsvorming. Naast het feit dat de procedure leidt tot een spoedigere beantwoording van een rechtsvraag noemen zij nog twee omstandigheden. Ten eerste is de Hoge Raad in een prejudiciële procedure geen cassatierechter, waardoor hij meer vrijheid heeft om al naar gelang hij dat nodig vindt te voorzien in bepaalde rechtsvormende antwoorden. Hij is niet gebonden aan specifieke oordelen van een rechtbank of hof en daartegen gerichte cassatiemiddelen. In een prejudiciële procedure zouden rechtsvragen dan ook in een 'zuiver(der)e vorm' kunnen worden voorgelegd aan de Hoge Raad. De rechtsvragen zijn 'ontdaan van de ruis' die bij de normale cassatieprocedures meestal wel aanwezig is. In de tweede plaats zou de prejudiciële procedure van toegevoegde waarde zijn voor de rechtsvorming, omdat de Hoge Raad in een prejudiciële procedure niet kan 'duiken'. Daarmee wordt bedoeld dat de Hoge Raad in (reguliere) cassatieprocedures rechtsvragen die met het oog op de rechtsvorming van belang zijn, maar die in de ogen van de Hoge 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, als de vraag eenmaal ontvankelijk wordt geacht, niet aanstonds van beantwoording afzien.⁷¹

⁶⁹ Giesen e.a. 2016, p. 94 verwijst naar 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.

⁷⁰ Giesen e.a. 2016, p. 107-108.

⁷¹ Giesen e.a. 2016, p. 144-145.

Of de prejudiciële procedure heeft geleid tot minder procedures blijft in het evaluatierapport in het midden. Bij de poging om de vraag te beantwoorden of er minder zaken zijn aangebracht door de prejudiciële antwoorden in een besliste zaak en of er andere, vergelijkbare zaken eerder door feitenrechters zijn afgewikkeld, bleek het vrijwel onmogelijk om vaste aanknopingspunten te vinden. Het effect wordt wel verondersteld aanwezig te zijn, maar een nauwkeurige inschatting kan moeilijk worden gegeven.⁷²

3.4 Nadelen?

In het evaluatierapport wordt ook aandacht gevraagd voor enkele specifieke kritiekpunten.⁷³ Het gaat dan in de eerste plaats om het gevaar dat te veel (overbodige) vragen worden gesteld, waardoor de regeling als gevolg van de te hoge werklast aan zijn eigen succes ten onder zou gaan. Andere kritiekpunten hebben betrekking op het kostenaspect van de verplichte cassatieadvocaat in de procedure bij de Hoge Raad en het niet-openbare karakter van het vooroverleg dat feitenrechters kunnen houden voorafgaand aan het stellen van prejudiciële vragen. In zijn algemeenheid wordt over de kritiekpunten bij de regeling in het rapport geconcludeerd dat deze van onderschikt belang zijn en het nut en de wenselijkheid van het instrument als zodanig niet aantasten. Hoe zit het verder met de mogelijke nadelen van de prejudiciële procedure die in paragraaf 2.3 zijn besproken? Ter herinnering, dat waren: vertraging in de zaak in kwestie bij de lagere rechter en in de reguliere zaken bij de hoogste rechter; de beantwoording vindt plaats op basis van nog niet definitief vastgestelde feiten; prejudiciële vragen zitten de rechtsontwikkeling van onderaf in de weg; het gevaar van pseudo-wetgeving. Hoe scoort de civiele prejudiciële procedure in de praktijk op deze aspecten?

De prejudiciële procedure leidt uiteraard tot vertraging van de procedure in de zaak waarin de vragen worden gesteld. Dat kan ook niet anders wanneer een tussenprocedure wordt ingevoerd. Maar omdat de beantwoording al na ongeveer een half jaar volgt is die vertraging te overzien. Met het formuleren van de vragen door de lagere rechter, en het horen van partijen daaromtrent, is ook enige tijd gemoeid, maar de vertraging die daaruit volgt is eveneens te overzien. Of (de prioritering van) de prejudiciële procedure tot vertraging leidt voor de cassatiepraktijk bij de Hoge Raad is moeilijk te zeggen. Vooral nog lijkt dat niet het geval te zijn, omdat de werklast van het beantwoorden van prejudiciële vragen met ongeveer tien stuks per jaar te overzien is. Zou dat aantal aanzienlijk toenemen dan kan de reguliere cassatiepraktijk onder druk komen te staan, althans wanneer de Hoge Raad zijn soepele ontvankelijkheidstoets blijft hanteren en aan het beantwoorden van prejudiciële vragen prioriteit wenst te blijven geven. De regeling biedt de Hoge Raad echter flexibiliteit op dit punt en hij zou, in het uiterste geval, hogere drempels voor het stellen van prejudiciële vragen kunnen opwerpen, bijvoorbeeld door strenger te toetsen of de rechtsvraag in talrijke andere zaken speelt, of door vaker gebruik te maken van zijn bevoegdheid om beantwoording te weigeren omdat de vraag van onvoldoende gewicht is. De Hoge Raad bewaakt zodoende dus zelf de balans tussen reguliere cassatiepraktijk enerzijds en de prejudiciële vragenpraktijk anderzijds. Op dit punt hebben ook de feitenrechters

⁷² Giesen e.a. 2016, p. 151 e.v.

⁷³ Giesen e.a. 2016, p. 164 e.v.

een belangrijke poortwachtersfunctie. Op hen ligt een verantwoordelijkheid om de Hoge Raad niet te 'overspoelen' met vragen.

Voor het mogelijke probleem van de nog niet definitief vastgestelde feiten op het moment dat prejudiciële vragen worden gesteld, heeft de Hoge Raad een praktische oplossing gekozen. Hij acht zich niet gebonden aan de feitenvaststelling van de vragende rechter maar gaat daar in beginsel wel van uit. Op die manier bestaat er enige houvast. Bij totstandkoming van de wet werd ook door de wetgever al onderkend dat het in wezen inherent is aan een *prejudiciële* procedure dat de feiten alleen nog voorlopig vaststaan.⁷⁴ Problematisch wordt het wanneer de feiten na beantwoording zo anders komen of blijken te liggen dat het prejudiciële antwoord voor de zaak in kwestie relevantie verliest. Op dit punt bestaat opnieuw een verantwoordelijkheid voor de feitenrechters. Die doen er verstandig aan geen prejudiciële vragen te stellen in zaken waarin de feiten nog te zeer onduidelijk zijn. De Hoge Raad pleegt in de situaties dat de feiten in de individuele gevallen te zeer uiteen kunnen lopen een gemengde beslissing (of beantwoording op hoofdlijnen) te geven.⁷⁵ Overigens doet het probleem van de nog niet definitief vastgestelde feiten zich veel minder voor wanneer een meer zuivere rechtsvraag aan de Hoge Raad wordt voorgelegd, waarbij de feiten van de zaak er voor de beantwoording van die vraag niet zo toe doen.

Hoe zit het met het nadeel dat de prejudiciële procedure rechtsontwikkeling van onderaf in de weg zou zitten? Het evaluatierapport spreekt van *discoursontwikkeling* als rechtsvormingsinstrument. De vraag is hoe de prejudiciële vraagprocedure zich verhoudt tot dit mechanisme van rechtsvorming. Een voordeel van de prejudiciële procedure is dat, indien er een '*clash of opinions*' is of dreigt tussen rechtbanken en/of hoven, de Hoge Raad snel een knoop kan doorhakken. Ook rechters onderschrijven dit voordeel van de prejudiciële procedure. Bij tegenstrijdige uitspraken, 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. In bepaalde gevallen zou het wellicht wenselijker kunnen 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, bijvoorbeeld in het geval van rechtsvragen waarop vele verschillende antwoorden mogelijk zijn, vervolgvragen kunnen rijzen of de praktische implicaties van mogelijke antwoorden voor de rechtspraak nog niet duidelijk zijn.⁷⁶ Waar bij de andere hiervoor besproken potentiële nadelen geldt dat die zich niet of nauwelijks voordoen in de civiele regeling, geldt voor de discoursontwikkeling wel degelijk dat de inzet van de prejudiciële procedure daaraan afbreuk kan doen. Het is daarom van belang dat de vragende rechters en de Hoge Raad verstandig met de inzet van het instrument omgaan. De civiele regeling biedt daarvoor de ruimte. In de eerste plaats omdat de rechtbanken en hoven *bevoegd* zijn om prejudiciële vragen te stellen, maar daartoe niet verplicht zijn. Het is aan de feitenrechter om een afweging te maken over de wenselijkheid van het stellen van een prejudiciële vraag. Daarbij kunnen het gebrek aan discoursontwikkeling over een omstreden kwestie en het gebrek aan inzicht over de mogelijke implicaties van de rechtsvraag legitieme

⁷⁴ *Kamerstukken II*, 2010-2011, 32 612, nr. 3, p. 7-9.

⁷⁵ Bijvoorbeeld in HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236 (telefoonabonnementen II).

⁷⁶ Giesen e.a. 2016, p. 148 e.v.

redenen zijn om van het stellen van de vraag (voorlopig) af te zien. Ik zie ook niet in waarom de Hoge Raad diezelfde redenen niet zou gebruiken om een dergelijke rechtsvraag, wanneer die wel wordt gesteld, terughoudender of beperkter te beantwoorden.

Tot slot het bezwaar dat de prejudiciële procedure het gevaar in zich draagt dat de beantwoording tot pseudo-wetgeving leidt. Bij de totstandkoming van de wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad werd dit punt ook al geadresseerd door de wetgever. Die merkte wat mij betreft terecht op dat van pseudo-wetgeving of een verordonnerend karakter van de prejudiciële beslissing geen sprake hoeft te zijn. De prejudiciële procedure verlangt van de Hoge Raad meer een rechtsvraaggerelateerde, dan een zaaksgelateerde opstelling. In een prejudiciële procedure dient daarom met meer afstand van individuele feiten en omstandigheden tot een beantwoording te worden gekomen, wil het antwoord ook betekenis hebben voor andere feitelijk vergelijkbare zaken. Het antwoord is geen specifieke uitspraak over een concreet individueel geschil, maar een antwoord dat, uitgaande van gemeenschappelijke (of soortgelijke) feiten, richtinggevend is voor een veelheid aan zaken die gegrond zijn op deze feiten. De beantwoording zal dan eerder bestaan uit de formulering van meer algemene, richtinggevendende uitgangspunten die bij de afwikkeling van deze zaken behulpzaam kunnen zijn. Bij die afwikkeling is er dan alle ruimte om rekening te houden met de bijzonderheden van het geval.⁷⁷ Zolang die ruimte er is, zie ik niet dat de prejudiciële beslissing het karakter van pseudo-wetgeving zou dragen.

3.5 Tussenconclusie

De prejudiciële procedure in het civiele recht werd in 2012 ingevoerd met het oog op het versterken van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad. Met de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad is beoogd te voorzien in de behoefte aan een spoedige beantwoording van rechtsvragen met een zaaksoverstijgend belang die anderszins niet of niet tijdig bij de Hoge Raad kwamen, met name vanwege de duur en de kosten van de cassatieprocedure. In de regeling is ervoor gekozen om de procedure van toepassing te laten zijn op (a) massavorderingen of (b) talrijke feitelijk vergelijkbare zaken. Daarnaast moet het gaan om een rechtsvraag, in meer of minder zuivere vorm en moet de beantwoording noodzakelijk zijn voor afdoening van de zaak (geen hypothetische vragen).

Uit de evaluatie van de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad blijkt dat de regeling zelf vanwege aard en eenvoud erg toegankelijk is en nauwelijks tot processuele problemen leidt. Maar belangrijker nog voor het succes van het instrument is de toepassing die daaraan door de belangrijkste spelers wordt gegeven. Omdat de regeling geen verplichting is voor maar een bevoegdheid biedt aan de feitenrechters om prejudiciële vragen te stellen, is het in de eerste plaats aan hen om in voorkomende gevallen een afweging te maken over de wenselijkheid van het stellen van een vraag. De Hoge Raad op zijn beurt heeft ruime vrijheid om de beantwoording van prejudiciële vragen (aanstonds) te weigeren, maar heeft ook de vrijheid genomen om juist niet al te strikte ontvankelijkheidseisen te stellen aan de prejudiciële vragen die worden gesteld. Het is met name de welwillende opstelling van de Hoge Raad geweest en de voortvarendheid

⁷⁷ Kamerstukken II, 2010-2011, 32 612, nr. 4, p. 5-6.

van de beantwoording die de civiele prejudiciële procedure volgens het evaluatierapport tot een succes hebben gemaakt. Uit dat rapport blijkt ook dat de beoogde voordelen van het instrument, het bevorderen van de rechtsontwikkeling, de rechtseenheid en de rechtszekerheid zich hebben verwezenlijkt. Opvallend is verder de constatering in het evaluatierapport dat de prejudiciële procedure de rechtsvorming ook bevordert door de wijze waarop de vragen aan de Hoge Raad worden voorgelegd: zuiverder en ontdaan van de 'ruis' die zich in de normale cassatieprocedure voordoet. De potentiële nadelen van de prejudiciële procedure doen zich bij de civiele regeling niet of nauwelijks voor of kunnen door een verstandige inzet van het instrument worden ondervangen.

In de inleiding gaf ik al aan dat de civiele prejudiciële regeling als blauwdruk is gebruikt in het belastingrecht en de Tijdelijke wet Groningen. Mocht het aankomen op een prejudiciële procedure in het bestuursrecht, dan ligt het voor de hand dat de civiele regeling ook daar als blauwdruk zal dienen. Dat lijkt mij gelet op het succes van de regeling ook zeer wenselijk. Bepaalde aspecten van de prejudiciële procedure in het bestuursrecht eisen echter een andere benadering. Die aspecten bespreek ik het volgende hoofdstuk.

4 Naar een prejudiciële procedure in het bestuursrecht?

4.1 Behoeft in het bestuursrecht

In de vorige hoofdstukken heb ik uiteengezet dat de prejudiciële procedure een instrument is ter bevordering van de rechtsontwikkeling en daarmee ook de rechtszekerheid en rechtseenheid. Door het spoediger beantwoorden van een belangrijke rechtsvraag kunnen procedures worden voorkomen. Het behoeft geen pleidooi dat er ook in het bestuursrecht op die aspecten nog winst te behalen valt. De vraag is in hoeverre de prejudiciële procedure daarvoor een geschikt instrument is.

In de hoofdstukken 2 en 3 omschreef ik dat de mate waarin de prejudiciële procedure bijdraagt aan de rechtsontwikkeling, de rechtseenheid en de rechtszekerheid afhankelijk is van het stadium waarin de prejudiciële vragen worden gesteld, de voortvarendheid van de beantwoording en de toegankelijkheid en snelheid van de reguliere route naar de hoogste rechter om een rechtsvraag via die weg beantwoord te krijgen. De civiele prejudiciële procedure heeft een grote meerwaarde omdat prejudiciële vragen in een vroeg stadium kunnen worden gesteld, de beantwoording relatief snel volgt en de reguliere route naar de Hoge Raad via het instellen van cassatie daarentegen tijdrovend en duur is. Verder bleek uit het evaluatierapport van de civiele regeling dat de prejudiciële procedure ook een bijdrage kan leveren aan de rechtsvorming door de wijze waarop de rechtsvraag wordt voorgelegd ('ontdaan van ruis') en de wijze waarop binnen de prejudiciële procedure de Hoge Raad de vragen beantwoordt (geschikt voor afdoening van een groot aantal gevallen).

Hoeveel spoediger zou een antwoord op een prejudiciële vraag kunnen komen vergeleken met de gewone rechtsgang via hoger beroep naar de hoogste bestuursrechtters? In het bestuursrecht wordt in bijna alle gevallen slechts in maximaal twee rechterlijke instanties geprocedeerd.

Daarmee is er maar één stadium, namelijk in de procedure bij de rechtbank, waarin prejudiciële vragen kunnen worden gesteld. De route naar de hoogste bestuursrechter is dus om die reden al korter dan in het civiele recht, omdat niet eerst nog bij een tweede instantie (gerechtshof) hoeft te worden geprocedeerd voordat men bij de hoogste bestuursrechter aan mag kloppen. Hoe zit het met de duur van de hogerberoepsprocedure? Die loopt uiteen voor de verschillende colleges. Volgens de jaarverslagen kende de CRvB in 2019 een gemiddelde doorlooptijd van 80 weken, het CBb van 49 weken en de Afdeling van 34 weken in de Algemene Kamer en 11 weken in de Vreemdelingenkamer.⁷⁸ Zou het de hoogste bestuursrechters lukken om een prejudiciële vraag in ongeveer zes maanden te beantwoorden, dan is er dus zeker wel winst te behalen. Overigens moet bij dit aspect ook betrokken worden dat de doorlooptijd bij de rechtbank ook iets toeneemt omdat prejudiciële vragen moeten worden geformuleerd en partijen daarover moeten worden gehoord. Verder hoeft de beantwoording van een prejudiciële vraag niet te betekenen dat daarmee de zaak ook definitief is afgedaan. Partijen hebben, nadat de rechtbank met inachtneming van de prejudiciële beslissing uitspraak heeft gedaan, alsnog de mogelijkheid om hoger beroep in te stellen. Er bestaat dus een risico op stapeling van procedures, waardoor de uiteindelijk doorlooptijd langer wordt. Maar, in die hogerberoepsprocedure staat het antwoord op de rechtsvraag niet meer ter discussie. Bij de doorlooptijden die ik hierboven noemde, moet bovendien bedacht worden dat het gaat om gemiddelden. Juist in zaken waarin principiële geschilpunten blijken te zitten, schieten de hoogste rechters soms ver over die gemiddelden heen. De kans is groot dat als een hoogste rechter er van meet af aan alert op is dat in een zaak een principiële rechtsvraag schuilt, prioritering en dus een kortere doorlooptijd gaat lukken. En daarop is de kans weer groter wanneer een zaak via een prejudiciële vraag binnenkomt dan via een reguliere zaak.

Zijn er in het bestuursrecht daarnaast ook terreinen waarin nauwelijks hoger beroep wordt ingesteld en belangrijke rechtsvragen daarom nooit worden beantwoord, zodat de prejudiciële procedure op die terreinen in een leemte zou kunnen voorzien? Ongetwijfeld, al is het in algemene zin wel zo dat in het bestuursrecht opvallend vaak hoger beroep wordt ingesteld.⁷⁹ Anders dan bij het instellen van cassatie in het civiele recht speelt het kostenaspect van hoger beroep in het bestuursrecht niet een heel grote rol. De verplichting van een (cassatie)advocaat bestaat in het bestuursrecht niet en de griffierechtartieren zijn lager. Desalniettemin kunnen die kosten – met name bij geringe financiële belangen – en de duur van de procedure maken dat van hoger beroep wordt afgezien.⁸⁰ Over de vraag of dat over de linie van een heel deelgebied van het bestuursrecht gebeurt, zijn mij geen onderzoeksgegevens bekend.

Behalve dat een prejudiciële procedure de beantwoording van een belangrijke rechtsvraag kan bespoedigen, is er nog een reden dat het instrument volgens mij in een behoefte voorziet. Het feit dat een zaak in hoger beroep wordt behandeld, wil namelijk nog niet zeggen dat een

⁷⁸En 48 weken in de (voormalige) Ruimtelijke-Orderingskamer (thans ondergebracht in de Omgevingskamer), maar aangezien dit geen hogerberoepszaken zijn, laat ik dit buiten beschouwing.

⁷⁹ Boekema 2015.

⁸⁰ De duur van de procedure kan een rol spelen bij besluiten die op een gegeven moment 'uitwerken', vaak nadat een verzoek om voorlopige voorzieningen hangende bezwaar of beroep is afgewezen. Te denken valt aan huisverboden, de weigering van een evenementenvergunning voor een bepaalde (feest)dag, of de sluiting van een café voor twee weken.

rechtsvraag in die zaak ook daadwerkelijk wordt beantwoord, laat staat dat het antwoord ook bruikbaar is voor de afdoening van andere vergelijkbare zaken. De reden daarvoor is dat de gewone hogerberoepsprocedure bij de bestuursrechter beperkingen kent als het gaat om het uitoefenen van een *rechtsvormende* taak, die bestaat uit het beantwoorden van belangrijke, zaaksoverstijgende rechtsvragen. In de eerste plaats omdat het geschil gewoonweg niet altijd (meer) gaat over die rechtsvraag. Partijen kunnen zich bij het oordeel van de rechtbank over de rechtsvraag hebben neergelegd. Soms hebben partijen ook niet goed in de gaten dat het antwoord op de rechtsvraag bepalend is voor hun zaak, met name wanneer die partijen zonder juridisch geschoolde procesvertegenwoordiging procederen. Kan de hoogste bestuursrechter dan ‘over de hoofden’ van partijen toch de rechtsvraag onderdeel uit laten maken van het hoger beroep? Dat is problematisch omdat de rechter dan wellicht buiten de omvang van het geding treedt.⁸¹ Wat nu als partijen de rechtsvraag (althans het antwoord van de rechtbank op die vraag) wel onderdeel maken van hun hoger beroep? Ook dan hoeft de hoogste bestuursrechter de vraag niet altijd te beantwoorden, bijvoorbeeld omdat dat voor de beslechting van het geschil niet nodig is. Het is immers goed mogelijk dat de zaak op andere gronden kan worden afgedaan. Met name in het omgevingsrecht, waar appellanten soms tientallen gronden aanvoeren, is de kans fors aanwezig dat het hoger beroep ook op andere gronden kan of zelfs moet worden afgedaan. Die casuïstische manier van afdoen, zou men kunnen omschrijven als ‘duiken’, maar dat is het niet. In zo’n geval doet de hoogste bestuursrechter gewoon wat de primaire taak van iedere bestuursrechter is: individuele geschilbeslechting. Dat is zeker het geval wanneer de zaak wordt afgedaan op de geschilpunten waar het partijen in de kern om gaat en dat zijn niet altijd de juridische kwesties. Veel geschillen gaan, ook in hoger beroep, gewoon over de feiten. Tot slot, wat nu als partijen de rechtsvraag wel onderdeel maken van hun hoger beroep en de hoogste bestuursrecht niet aan beantwoording van die vraag ontkomt? Wordt die vraag dan in een hogerberoepsprocedure ook op zo’n wijze beantwoord dat de beantwoording tevens zinvol is voor de afdoening van andere zaken? Met name in het geval van een gemengde beslissing⁸² hoeft dat niet zo te zijn. De hoogste bestuursrechter mag zo’n rechtsvraag nog altijd in het licht van de feiten van die zaak beantwoorden, terwijl de rechtspraak wellicht zit te wachten op een antwoord dat rekening houdt met uiteenlopende feiten en bij de afwikkeling van meerdere zaken behulpzaam kan zijn.

Samengevat kan de prejudiciële procedure in het bestuursrecht erin voorzien dat de beantwoording van belangrijke rechtsvragen door de hoogste bestuursrechters wordt bespoedigd. Bovendien is de prejudiciële procedure meer dan de hogerberoepsprocedure toegerust op het optimaal vervullen van de rechtsvormende taak van de bestuursrechter, waarmee ook de rechtszekerheid en rechtseenheid worden bevorderd.

4.2 Toepassingsbereik

Zoals ik eerder omschreef in paragraaf 2.1 kent iedere prejudiciële procedure toepassingscriteria voor de gevallen waarin het stellen van prejudiciële vragen gerechtvaardigd

⁸¹ Weliswaar vult de bestuursrechter de rechtsgronden aan (artikel 8:69, tweede lid, Awb), maar dat doet hij binnen de grenzen van het geding zoals partijen dat bepalen (artikel 8:69, eerste lid, Awb).

⁸² Vergelijk paragraaf 3.2. Het gaat dan om een rechtsvraag waarvan de beantwoording sterk afhangt van de feitelijke context.

is. Er moet bij het stellen van een prejudiciële vraag een zaaksoverstijgend belang spelen. Vrijwel altijd wordt ten minste vereist dat de rechtsvraag in meerdere zaken speelt. In welke gevallen zou het stellen van prejudiciële vragen in het bestuursrecht gerechtvaardigd kunnen zijn?

In de eerste plaats kan gedacht worden aan de gevallen waarin ook in het civiele recht de meeste prejudiciële vragen worden gesteld, te weten de gevallen in de (b)-categorie: de rechtsvraag speelt in “talrijke feitelijk vergelijkbare zaken”. Te denken valt aan de situatie dat (in een kort tijdsbestek) massaal individuele, met elkaar samenhangende conflicten ontstaan. De oorzaak hiervan kan een feitelijk gebeurtenis zijn, neem bijvoorbeeld de uitbraak van een dierziekte waardoor veel schadeclaims ontstaan. De aanleiding kan ook de wijziging van regelgeving of beleid zijn.⁸³ De geschillen hangen vanwege de gemeenschappelijke oorzaak of aanleiding met elkaar samen. De kans is dan ook groot dat wanneer er een belangrijke rechtsvraag in één zaak rijst, die vraag ook in de andere (toekomstige) zaken speelt. Daarnaast kent het bestuursrecht de situatie dat burgers massaal tegen één en hetzelfde besluit procederen, omdat dat besluit (potentieel) vele belanghebbenden raakt. Veel van dat soort besluiten komen voor in het omgevingsrecht, waarin één besluit al snel een grote kring van belanghebbenden treft. Denk bijvoorbeeld aan besluiten over de aanleg van een weg of de uitbreiding van een luchthaven⁸⁴. Het feit dat veel belanghebbenden door dat besluit getroffen worden, wil uiteraard nog niet zeggen dat het stellen van prejudiciële vragen altijd zinvol is. Waar het in zulke gevallen ook om moet gaan is dat die vele belanghebbenden belang hebben bij (spoedige) beantwoording van *dezelfde* rechtsvraag.⁸⁵

In de situaties hierboven bestaat het zaaksoverstijgende belang bij het stellen van prejudiciële vragen eruit dat vele individuele beroepen (al dan niet gericht tegen hetzelfde besluit) kunnen worden afgedaan met het antwoord op de prejudiciële vraag. Het zaaksoverstijgende belang bestaat dus in wezen uit een optelsom van die individuele belangen. Maar een zaaksoverstijgend belang kan mijns inziens ook aanwezig zijn wanneer *algemene* belangen gediend zijn bij een spoedige afronding van de rechterlijke procedure. Te denken valt aan (grote) ruimtelijke projecten waarbij het van belang is dat snel duidelijkheid wordt verkregen of het project doorgang kan vinden, zoals bij grootschalige woningbouw, de bouw van een ziekenhuis of projecten die een bijdrage leveren aan het halen van de klimaatdoelstellingen.⁸⁶ Hoewel de prejudiciële procedure een tussenfase bij de rechtbank inlast, en de procedure wordt verlengd, kan het stellen van prejudiciële vragen in sommige gevallen desondanks wenselijk zijn. Ik denk dan aan rechtsvragen waarvan het zeer van belang is dat het antwoord daarop zo vroeg mogelijk in de procedure komt, omdat de voortgang of uitvoering van het project er volledig van afhangt. Daarbij valt te denken aan vragen over bepaalde milieuwetgeving (bijvoorbeeld regels over de toename van stikstofdepositie) die, wanneer van toepassing, kan maken dat een project niet op

⁸³ Zie hierover nader Schuurmans 2013.

⁸⁴ Voor een zinvolle inzet van de prejudiciële procedure moet het dan wel gaan om besluiten waartegen hoger beroep openstaat. Voor sommige besluiten omtrent dit soort projecten (bestemmingsplannen, inpassingsplannen, tracébesluiten), is wettelijk geregeld dat beroep in eerste en enige aanleg openstaat bij de Afdeling.

⁸⁵ Er zijn (omgevingsrechtelijke) besluiten waartegen weliswaar veel beroepen worden ingesteld, maar waarbij die beroepen materieel weinig met elkaar te maken hebben.

⁸⁶ Overigens zijn voor veel van dit soort besluiten al wettelijke maatregelen getroffen om de procedure te verkorten (door toepassing van de Crisis- en herstelwet en het uitsluiten van hoger beroep bijvoorbeeld).

de gekozen locatie kan worden gerealiseerd. Bestuursorganen, maar ook (particuliere) initiatiefnemers van dit soort projecten, willen vermoedelijk zo vroeg mogelijk in de procedure weten waar ze aan toe zijn met dit soort kwesties, om te voorkomen dat kostbare investeringen (soms betaald met gemeenschapsgeld) voor niets worden gedaan. Gaat het bijvoorbeeld om een ontwikkeling die er hoe dan ook moet komen, zoals een ziekenhuis, dan is die snelheid waarmee duidelijk wordt dat het op de gekozen locatie niet kan, ook gunstig omdat de initiatiefnemers zo snel mogelijk hun tijd, geld en aandacht kunnen besteden aan een andere locatie.

Samengevat kan het zaaksoverstijgende belang bij het stellen van prejudiciële vragen in het bestuursrecht er wat mij betreft niet alleen uit bestaan dat veel, feitelijk vergelijkbare (toekomstige) zaken met het antwoord op de prejudiciële vraag kunnen worden afgedaan, maar ook dat in één zaak over een besluit waarmee grote, algemene belangen zijn gemoeid, zo snel mogelijk uitsluitel wordt gegeven over kwesties die de rechtmatigheid van dat besluit in de kern raken en daarmee mogelijk de uitvoering van het besluit onmogelijk maken.

4.3 Prejudiciële vragen in de bestuurlijke fase

In paragraaf 4.1 heb ik besproken in hoeverre het antwoord op een rechtsvraag door het stellen van een prejudiciële vraag sneller kan worden gegeven dan wanneer de rechtbank zelf antwoord geeft, partijen in hoger beroep gaan en de hoogste bestuursrechter de vraag in die aanhangige hogerberoepszaak beantwoordt. Een aanwijzing dat die tijdswinst niet zo groot zal zijn als in het civiele recht, is dat er in het bestuursrecht niet in drie, maar maximaal in twee instanties wordt geprocedeerd.

Kenmerkend voor het bestuursrecht is echter dat het (juridische) geschil al vóór de gang naar de rechter kan ontstaan, namelijk in de bestuurlijke fase wanneer belanghebbenden een bezwaarschrift indienen tegen een primair besluit. De prejudiciële procedure zou nog beter kunnen worden benut, als al in die fase prejudiciële vragen zouden kunnen worden gesteld. Daaraan kunnen niet alleen burgers, maar misschien ook juist bestuursorganen een behoefte hebben. Bestuursorganen kunnen het antwoord op de rechtsvraag immers gebruiken bij het afdoen van talloze bezwaren. De legitimiteit van de besluitvorming wordt daarmee bovendien vergroot en in potentie wordt het instellen van beroepsprocedures door veel belanghebbenden voorkomen. Alle reden dus om te onderzoeken hoe het stellen van prejudiciële vragen in de bestuurlijke fase zou kunnen worden vormgegeven.

Een eerste vraag die dan rijst is: wie mag de prejudiciële vragen stellen? Eén gedachte is dat de bevoegdheid om prejudiciële vragen te stellen ook aan bestuursorganen wordt gegeven. Hieraan kleven echter belangrijke bezwaren.⁸⁷ In de eerste plaats kan worden getwijfeld of bestuursorganen altijd over voldoende expertise beschikken om een belangrijke rechtsvraag op de juiste manier te formuleren.⁸⁸ Daarnaast kan worden gewezen op de poortwachtersfunctie die rechtbanken in de prejudiciële procedure vervullen. Wanneer de bevoegdheid zou worden

⁸⁷ Zie hierover nader Barkhuysen & Schuurmans, 2013, p. 736-739.

⁸⁸ Bij de totstandkoming van de civiele regeling dacht de Hoge Raad dat het zinvol formuleren van prejudiciële vragen zelfs voor sommige *rechters* geen sinecure zou zijn. Vandaar dat hij pleitte voor een bevoegdheid tot herformulering; *Kamerstukken II*, 2010-2011, 32 612, nr. 3, p. 20.

toegekend aan bestuursorganen bestaat het gevaar dat te snel en te vaak prejudiciële vragen worden gesteld. Tot slot zou dit betekenen dat één partij wel erg veel invloed heeft op de wijze waarop het geschil aan de prejudiciële rechter wordt voorgelegd.⁸⁹ Mijns inziens moet de bevoegdheid om prejudiciële vragen te stellen voorbehouden blijven aan de rechter, juist vanwege zijn expertise en de poortwachtersfunctie die hij vervult. Een belanghebbende of het bestuursorgaan zou dus aan de rechter moeten verzoeken om prejudiciële vragen te stellen (zij kunnen een voorzet doen in de formulering daarvan), en die rechter beslist uiteindelijk of het stellen van prejudiciële vragen gerechtvaardigd is.

Welke rechter moet dat dan zijn? Ik zie hiervoor een rol weggelegd voor de voorzieningenrechter. De toegang tot de voorzieningenrechter is laagdrempelig en de procedure is kortdurend en dat maakt deze procedure zeer geschikt om een verzoek tot het stellen van prejudiciële vragen aan de rechter voor te leggen. Bovendien is de voorzieningenrechter nu al de bevoegde rechter om bepaalde beslissingen (voorlopige voorzieningen) te nemen hangende de bezwaarprocedure. Die 'gewone' voorlopige voorzieningenprocedure komt hierna nog aan de orde. Aanvullend op die procedure zou ik willen pleiten voor een specifieke procedure bij de voorzieningenrechter gericht op het antwoord krijgen van bepaalde rechtsvragen die spelen in de bestuurlijke fase. Die procedure zou er dan als volgt uitzien. Bij de voorzieningenrechter kan een verzoek worden gedaan om prejudiciële vragen te stellen aan de hoogste bestuursrechter wanneer beantwoording van die vraag nodig is om op het bezwaar te beslissen en er een zaaksoverstijgend belang bij beantwoording de bestaat. Zo'n verzoek kan door een bestuursorgaan, maar ook door een belanghebbende bij het primaire besluit worden gedaan. De voorzieningenrechter beoordeelt of het stellen van prejudiciële vragen in de bestuurlijke fase daadwerkelijk gerechtvaardigd is. De voorzieningenrechter vervult hier dus de poortwachtersfunctie. De voorzieningenrechter is ook degene die de prejudiciële vragen formuleert. Besluit de voorzieningenrechter tot het stellen van prejudiciële vragen, dan doet hij dat in wezen ten dienste van de besluitvorming door het bestuursorgaan. Het is namelijk het bestuursorgaan dat de prejudiciële beslissing vervolgens bij zijn besluitvorming (de beslissing op bezwaar) moet betrekken. De voorzieningenprocedure is met het stellen van de vragen (bij uitspraak gericht tot de relevante hoogste bestuursrechter) ten einde gekomen. Het bestuursorgaan hoeft dus niet te wachten op een (richtinggevende) uitspraak van de voorzieningenrechter, maar gaat direct aan de slag met de beantwoording van de prejudiciële vraag door de hoogste bestuursrechter. Gaat het om een rechtsvraag die van belang is voor de afdoening van veel, vergelijkbare bezwaren waarop het bestuursorgaan moet beslissen, dan zou er ook een regeling moeten zijn die het bestuursorgaan in staat stelt om die andere bezwaren in afwachting van de prejudiciële beslissing aan te houden.

Dit voorstel staat los van de mogelijkheid voor de voorzieningenrechter om in de 'gewone' voorlopige voorzieningenprocedure, op verzoek of ambtshalve, een prejudiciële vraag te stellen. In de gewone voorlopige voorzieningenprocedure kan de bezwaarmaker bij de voorzieningenrechter, in afwachting van de beslissing om bezwaar, verzoeken om een voorlopige voorziening als daartoe een spoedeisend belang bestaat.⁹⁰ Vaak bestaat de

⁸⁹ Barkhuysen & Schuurmans 2013, p. 739.

⁹⁰ Art. 8:81 Awb.

voorziening uit de schorsing van de inwerkingtreding van het besluit. In het civiele recht is het een aantal keer voorgekomen dat de kortgedingrechter prejudiciële vragen stelde aan de Hoge Raad.⁹¹ Die mogelijkheid zou er wat mij betreft in het bestuursrecht ook moeten zijn, maar kent wel belangrijke beperkingen ten opzichte van mijn voorstel. Het stellen van prejudiciële vragen door de voorzieningenrechter is namelijk dan niet ten dienste van de besluitvorming door het bestuursorgaan, maar ten dienste van zichzelf. Hij heeft het antwoord nodig om uitspraak te doen. Bovendien kent de gewone voorlopige voorzieningenprocedure de beperking dat alleen de *bezwaarmaker*, en niet tevens het bestuursorgaan, om een voorlopige voorziening kan verzoeken én er bovendien een spoedeisend belang bij het treffen van die voorziening moet bestaan. Dat laatste is niet altijd het geval. Voor sommige besluiten, neem bijvoorbeeld de weigering om een vergunning te verlenen, heeft het geen enkele zin om om schorsing te verzoeken.

Met het bieden van de mogelijkheid aan bestuursorganen en belanghebbenden om hangende bezwaar bij de voorzieningenrechter een verzoek te doen om het stellen van prejudiciële vragen aan de hoogste bestuursrechters wordt de prejudiciële procedure ook een instrument om in de bestuurlijke fase talloze vergelijkbare bezwaren af te doen en de legitimiteit van de besluitvorming te vergroten. Procedures bij de rechtbank kunnen daarmee worden voorkomen.

4.4 Prejudiciële grote kamer

Een prejudiciële procedure draagt bij aan de rechtseenheid door de spoedige beantwoording van een rechtsvraag. Daarmee kan worden voorkomen dat lagere rechters uiteenlopende uitspraken doen. Maar in het bestuursrecht bestaat nog een andere vorm van rechtseenheid, te weten die tussen de hoogste bestuursrechters. De situatie kan zich voordoen dat een prejudiciële vraag betrekking heeft op een bestuursrechtelijk vraagstuk waarmee alle bestuursrechtelijke colleges te maken (kunnen) hebben. Daarbij valt met name te denken aan procesrechtelijke vraagstukken, of vragen over de reikwijdte van bepaalde begrippen. Doet zo'n vraag zich voor in de gewone (hoger)beroepsprocedure bij één van deze colleges, dan kan sinds 2013 met het oog op de *rechtseenheid* of de *rechtsontwikkeling*, de zaak worden verwezen naar een zogenoemde grote kamer (art. 8:10a, lid 4, Awb). Er wordt dan vanuit de Afdeling, de CRvB of het CBb een kamer samengesteld met leden uit de andere colleges, die als plaatsvervanger werkzaam zijn bij het college waarbij de zaak aanhangig is. Een uitspraak gedaan door een grote kamer maakt aan de rechtspraktijk duidelijk dat de uitspraak door alle colleges wordt onderschreven en richtinggevend is. Met het oog op het bevorderen van de rechtseenheid tussen de hoogste bestuursrechters lijkt het mij essentieel dat de regeling voor de prejudiciële procedure in het bestuursrecht ook de mogelijkheid zou omvatten tot het instellen van een *prejudiciële* grote kamer, waarvan leden van de verschillende bestuursrechtelijke colleges deel

⁹¹ HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4889, *NJ* 2013/123, m.nt. H.J. Snijders (Rabobank/Donselaar c.s.); HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958, *NJ* 2014/455, m.nt. H.B. Krans (Molenbeek/Begeer c.s.); HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2901, *NJ* 2014/428 (Massar/DAS), met vervolg in HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2017, *NJ* 2016/393 (Massar/DAS); HR 30 oktober 2015, ECLI:NL:HR2015:3197, *NJ* 2016/171, m.nt. A.I.M. van Mierlo (Achmea/Demnat); HR 3 juni 2016, HR ECLI:NL:HR:2016:1087, *NJ* 2018/56, m.nt. H.J. Snijders, *JPr* 2016/62, m.nt. E. Loesberg (Wieland/GIA c.s.); HR 13 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2068, *NJ* 2017/242, m.nt. A.H. Klip (NVSA c.s./Staat); HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236, *NJ* 2017/190, m.nt. Th.M. de Boer (MSI/Gabon c.s.).

uit kunnen maken. Het instellen van een grote kamer (vijf leden) in een prejudiciële procedure met toepassing van artikel 8:10a Awb is volgens mij niet mogelijk, omdat die bepaling gaat over ‘aanhangige’ zaken en een rechtsvraag die ter beantwoording voorligt bij de hoogste rechter niet als een aanhangige zaak wordt beschouwd.⁹² Er zou dus moeten worden voorzien in een specifieke wettelijke grondslag voor de prejudiciële grote kamer. Met een prejudiciële grote kamer waaraan leden van de Afdeling, de CRvB en het CBb kunnen deelnemen, kan het bereik van de prejudiciële beslissing worden vergroot tot zaken die bij de andere colleges aanhangig (kunnen) zijn en wordt de rechtseenheid daarmee bevorderd.

Hoe zit het met de deelname van de Hoge Raad aan de prejudiciële grote kamer? Voor de gewone grote kamer geldt dat de Hoge Raad daarbij niet direct betrokken is. Hij neemt echter wel indirect deel doordat leden van de Hoge Raad als staatsraad in buitengewone dienst in de Afdeling kunnen worden benoemd en langs die lijn kunnen worden ingezet als lid van een grote kamer. Vooral nog is het niet mogelijk dat in een bij de Hoge Raad aanhangige zaak een grote kamer wordt samengesteld, waaraan leden van de andere colleges deelnemen. De wet ‘Amicus curiae en kruisbenoemingen’ brengt daar verandering in.⁹³ Deelname van zowel leden van de civiele kamer van de Hoge Raad als leden van de hoogste bestuursrechters in een prejudiciële grote kamer zou met name nuttig zijn wanneer het gaat om vraagstukken op het terrein van het schadevergoedingsrecht. Daar delen de civiele rechter en de bestuursrechter immers hun competentie. Dat die gedeelde competentie tot procesrechtelijke ingewikkelde situaties kan leiden, blijkt wel uit de Tijdelijke wet Groningen. Die wet maakt het mogelijk dat claims wegens aardbevingschade in Groningen naast civielrechtelijk ook bestuursrechtelijk kunnen worden afgewikkeld. Een benadeelde kan een civielrechtelijke claim tegen de veroorzaker van de schade indienen (deze weg bestond al), maar ook een aanvraag doen om schadevergoeding bij het Instituut Mijnbouwschade Groningen (IMG). Zo’n aanvraag resulteert dan in een besluit waartegen beroep bij de bestuursrechter (rechtbank Noord-Nederland), en hoger beroep bij de Afdeling, kan worden ingesteld. Er bestaan dus twee formele wegen, over materieel dezelfde kwestie (dezelfde schade en schadeoorzaak). En ook *prejudicieel* bestaan er twee wegen. Op grond van artikel 392 Rv kunnen prejudiciële vragen worden gesteld aan de Hoge Raad. In de Tijdelijke Wet Groningen is, min of meer naar analogie van de civiele regeling, voorzien in een prejudiciële procedure waarbij prejudiciële vragen aan de Afdeling kunnen worden gesteld.⁹⁴

⁹² In zowel de civiele als de fiscale prejudiciële procedure wordt aangenomen dat de zaak gedurende de hele prejudiciële procedure *aanhangig* blijft bij de vragende rechter. Die blijft bijvoorbeeld ook bevoegd tot bijvoorbeeld het treffen van voorlopige voorzieningen. Zie aangaande de civiele regeling: *Kamerstukken II*, 2010-2011, 32 612, nr. 3, p. 15. Aangaande de fiscale regeling merk ik op dat in art. 27ga, lid 5, AWR staat dat de beslissing om een vraag ter beantwoording aan de Hoge Raad voor te leggen, de behandeling van de zaak (bij de rechtbank) schorst totdat een afschrift van de beslissing van de Hoge Raad is ontvangen. Ook hieruit blijkt dat de zaak zelf aanhangig blijft bij de vragende rechter.

⁹³ Zie voetnoot 4.

⁹⁴ De Tijdelijke wet Groningen kent een (a)- en (b)-categorie vergelijkbaar aan de civiele regeling. Prejudiciële vragen kunnen worden gesteld wanneer het antwoord op de rechtsvraag van belang is voor (a) een veelheid aan aanvragen die gegrond zijn op dezelfde of soortgelijke feiten en uit dezelfde of soortgelijke samenhangende oorzaken voortkomen, of (b) voor beoordeling van talrijke andere uit soortgelijke feiten voortvloeiende beroepen, waarin dezelfde vraag zich voordoet.

Ingewikkeld kan het worden wanneer de rechtbank (sector civiel recht of bestuursrecht) te maken krijgt met een rechtsvraag die niet zuiver civielrechtelijk en ook niet zuiver bestuursrechtelijk van aard is. Het zou de beantwoording van de gestelde vragen onnodig vertragen als de hoogste rechter aan wie een vraag is gesteld die niet (volledig) op zijn terrein ligt, die vraag (deels) niet-ontvankelijk zou moeten verklaren, en de rechtbank die vraag vervolgens (in zoverre) opnieuw zou moeten stellen aan de andere hoogste rechter.⁹⁵ Samenwerking tussen de Afdeling en Hoge Raad als prejudiciële rechters is dus zeer wenselijk, maar helaas naar huidig recht alleen nog maar mogelijk in een meervoudige kamer, omdat een wettelijke grondslag voor een prejudiciële grote kamer vooralsnog ontbreekt. Wellicht dat de wetgever hier nog even aan wil sleutelen. Zo kan er dan binnen het kader van de Tijdelijke wet Groningen alvast worden geëxperimenteerd met het instrument van de prejudiciële grote kamer.

4.5 Samenloop met de *amicus curiae* en de conclusie A-G

In de inleiding merkte ik al op dat de prejudiciële procedure past in een rijtje rechtsvormende instrumenten waar ook de inzet van de *amicus curiae* en het vragen van een conclusie aan de advocaat-generaal in passen. Aan het slot van dit preadvies bespreek ik de mogelijkheid van samenloop van deze instrumenten. Kunnen de *amicus curiae* en de conclusie van de advocaat-generaal de prejudiciële procedure completeren of zitten ze elkaar misschien juist in de weg?

Het instrument van de *amicus curiae* maakt het mogelijk dat derden (anderen dan partijen) de gelegenheid krijgen om inbreng te leveren op de zaak. De meerwaarde van het instrument van de *amicus curiae* in een prejudiciële procedure is dat derden die niet betrokken zijn bij de zaak waarin de prejudiciële vragen worden gesteld, maar mogelijk wel bij een zaak waarin dezelfde rechtsvraag speelt, aan de procedure kunnen deelnemen. Zij kunnen een rechtstreeks belang hebben bij de beantwoording van de rechtsvraag. Daarnaast kunnen derden ook inzicht geven in de maatschappelijke implicaties van een prejudiciële beslissing. De prejudiciële procedures in het civiele recht, in het belastingrecht en in de Tijdelijke wet Groningen kennen deze figuur allemaal.⁹⁶ In het procesreglement van de Hoge Raad staat dat derden de gelegenheid kunnen krijgen schriftelijke (nooit mondelinge) opmerkingen te maken binnen een termijn van vier weken.⁹⁷ De Hoge Raad kan specifieke personen of instellingen uitnodigen, of een algemene uitnodiging uit doen gaan.⁹⁸ In de praktijk wordt het aan derden overgelaten om zelf alert te zijn op het aanhangig zijn van een relevante prejudiciële vraag door raadpleging van de website

⁹⁵ Dit probleem is ookesignaleerd door de president van de Hoge Raad en de voorzitter van de ABRvS in een gezamenlijke reactie naar aanleiding van het wetsvoorstel. De gezamenlijke reactie is te raadplegen op <https://www.raadvanstate.nl/publicaties/consultaties/wetsvoorstel-versterking-groningen/gezamenlijke-reactie-van-de-hoge-raad-en/>.

⁹⁶ Artikel 393, lid 2, Rv en artikel 27gc, lid 2, AWR luiden: “De Hoge Raad kan bepalen dat ook anderen dan partijen binnen een daartoe te bepalen termijn in de gelegenheid worden gesteld om schriftelijke opmerkingen te maken. De aankondiging hiervan geschiedt op een door de Hoge Raad te bepalen wijze.” Artikel 17, lid 2, Tijdelijke wet Groningen luidt: “De Afdeling bestuursrechtspraak kan bepalen dat ook anderen dan partijen binnen een daartoe te bepalen termijn in de gelegenheid worden gesteld om schriftelijke opmerkingen te maken. De aankondiging hiervan geschiedt op een door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State te bepalen wijze.”

⁹⁷ Art. 3.3.8.1 (civiel) en 5.1.8.1 (fiscaal) Procesreglement HR.

⁹⁸ Art. 3.3.8.2 (civiel) en 5.1.8.2. (fiscaal) Procesreglement HR.

waarop alle vragen worden gepubliceerd en een verzoek te doen om schriftelijke opmerkingen te maken.⁹⁹ Een enkele keer wordt een derde gericht uitgenodigd.¹⁰⁰ Het is nog niet voorgekomen dat de Hoge Raad een algemene uitnodiging tot het maken van schriftelijke opmerkingen heeft doen uitgaan. De derden die tot nu toe verzoeken hebben gedaan om schriftelijke opmerkingen in een prejudiciële procedure bij de Hoge Raad te mogen maken, zijn veelal belangenorganisaties of bedrijven.¹⁰¹

De Afdeling, CRvB en CBB hebben nog nauwelijks ervaring met de *amicus curiae*. In drie zaken bij de Afdeling werden bij wijze van experiment derden uitgenodigd om inbreng te leveren in een zaak.¹⁰² De wet 'Amicus curiae en kruisbenoemingen'¹⁰³ voorziet in een wettelijke grondslag voor het instrument in het bestuursrecht in de gewone beroeps-/cassatieprocedure in hoogste instantie bij ABRvS, CRvB, CBB en HR belastingkamer. Het voorstel voorziet in de mogelijkheid om specifieke derden uit te nodigen of om een algemene uitnodiging uit te laten gaan.¹⁰⁴ De Poorter e.a. wijzen op de mogelijk nadelige gevolgen voor de werklust en de doorlooptijden van de inzet van het instrument. Een algemene uitnodiging kan in potentie een stortvloed aan reacties opleveren die de doorlooptijden in potentie erg kunnen verlengen.¹⁰⁵ Dat kan in een prejudiciële procedure eens te meer nadelig zijn, omdat een kerndoelstelling van de inzet van dat instrument is, om *spoedig* antwoord op een belangrijke rechtsvraag te krijgen. De praktische werkwijze van de Hoge Raad om *amici* zelf een verzoek tot inbreng te laten indienen alvorens ze in de gelegenheid worden gesteld schriftelijke opmerkingen te maken, is in het licht van die doelstelling zo gek nog niet. Het verklaart ook waarom de Hoge Raad tot op heden nooit een algemene uitnodiging heeft doen uitgaan. Overigens is in de civiele prejudiciële procedure procesvertegenwoordiging door een cassatieadvocaat verplicht, ook voor de *amici*. Daarin zit dus al een zekere zeeffunctie die een stortvloed aan (onbruikbare) reacties van *amici* beperkt. In het belastingrecht kan de Hoge Raad bij een algemene uitnodiging eisen stellen aan de personen

⁹⁹ Van der Wiel e.a. 2019, nr. 436.

¹⁰⁰ Zo blijkt uit de conclusie van de A-G van 9 februari 2018, ECLI:NL:PHR:2018:158 (Staat der Nederlanden uitgenodigd).

¹⁰¹ De Groot 2016.

¹⁰² De resultaten van dit experiment zijn neergelegd in De Poorter, Van Heusden & De Lange 2018.

¹⁰³ Zie voetnoot 4.

¹⁰⁴ Het wetsvoorstel voorziet in een nieuw artikel 8:12b Awb, dat luidt:

"1. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven kunnen in zaken die bij hun college in behandeling zijn bij een meervoudige of grote kamer, anderen dan partijen in de gelegenheid stellen binnen een door het college te bepalen termijn schriftelijke opmerkingen te maken.

2. De aankondiging hiervan geschiedt op een door het college te bepalen wijze.

3. Van het voornemen om toepassing te geven aan het eerste lid doet het college mededeling aan partijen. Het college kan partijen in de gelegenheid stellen om hun wensen omtrent dat voornemen binnen een door hem te bepalen termijn schriftelijk aan hem kenbaar te maken.

4. Partijen kunnen binnen vier weken na de dag van verzending aan hen van de schriftelijke opmerkingen schriftelijk hun zienswijze met betrekking tot die opmerkingen naar voren brengen. Het college kan deze termijn verlengen.

5. Het college kan degenen die schriftelijke opmerkingen hebben gemaakt, uitnodigen ter zitting te verschijnen teneinde over hun opmerkingen te worden gehoord.

6. Indien het college toepassing geeft aan het vijfde lid, wordt daarvan aan partijen mededeling gedaan in de uitnodiging, bedoeld in artikel 8:56."

¹⁰⁵ De Poorter, Van Heusden & De Lange 2018, p. 16.

en organisaties die opmerkingen kunnen indienen en aan de vorm, inhoud en omvang van die opmerkingen.¹⁰⁶ Ook dat biedt een filter.

Na invoering van de *amicus curiae* in het bestuursrecht zullen de ervaringen moeten worden afgewacht. Ik acht het goed voorstelbaar dat het instrument in een bestuursrechtelijke prejudiciële procedure, als die eenmaal wordt ingevoerd, anders wordt aangewend dan in de gewone (hoger)beroeps-/cassatieprocedure. In ieder geval zullen de hoogste bestuursrechters bij de afweging om de *amicus curiae* in te zetten (en wat daarbij het uitnodigingsbeleid moet zijn) in een prejudiciële procedure moeten betrekken dat er mogelijk al veel zaken bij bestuursorganen of rechtbanken (aangehouden) op de plank liggen die een voortvarende beantwoording verlangen. Een algemene uitnodiging ligt dan minder voor de hand. In een prejudiciële procedure waarbij beantwoording van een rechtsvraag vooral van belang is voor een veelheid aan *potentiële* (dus toekomstige) zaken¹⁰⁷ zijn de mogelijkheden ruimer. Ook acht ik denkbaar, en wat mij betreft wenselijk, dat in de bestuursrechtelijke prejudiciële procedure met het oog op de voortvarende beantwoording een filter zoals in de fiscale regeling zou worden opgenomen.

Met het vragen van een conclusie aan de advocaat-generaal hebben de Afdeling, CRvB en CBb meer ervaring opgedaan dan met de *amicus curiae*. De conclusie van de advocaat-generaal is tot op de heden vooral aangegrepen door de colleges om te worden voorgelicht over belangrijke bestuursrechtelijke leerstukken, zoals de overschrijding van de redelijke termijn¹⁰⁸, het belanghebbendenbegrip¹⁰⁹, de exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften¹¹⁰ en het vertrouwensbeginsel¹¹¹. De conclusies tot nu toe hebben altijd een behoorlijke omvang gehad. De termijn voor het geven van een conclusie is zes weken (na de zitting). Daaraan gaan echter niet alleen maanden aan inhoudelijke voorbereiding aan vooraf, maar ook een uitvoerig selectieproces. Meestal is de gang van zaken zo dat eerst een inventarisatie is gemaakt van de onderwerpen die voor het vragen van een conclusie prioriteit hebben. Inspiratie voor de onderwerpen wordt gevonden in de eigen jurisprudentie van de colleges, jurisprudentie van de rechtbanken en commentaren in de wetenschap. Daarna wordt binnen de zaken die aan het college (in hoger beroep) worden voorgelegd, gezocht naar een geschikte zaak. Het selectieproces vergt een diepgaande bestudering van dossiers. Een zaak wordt bijvoorbeeld geschikt bevonden als de belangrijkste rechtsvragen binnen het leerstuk ook daadwerkelijk in die zaak rijzen en beantwoording nodig is om de zaak af te doen. Geen conclusie wordt gevraagd louter met het oog op hypothetische vragen. Ook het belang van partijen kan worden meegenomen in de afweging om al dan niet een conclusie te vragen. Een enkele keer is het voorgekomen dat een zaak pas na de zitting geschikt werd bevonden, en daarna om een conclusie werd gevraagd, hetgeen illustreert dat het selectieproces niet altijd vlekkeloos verloopt. Als een zaak eenmaal geschikt is bevonden, dient te worden nagedacht over de vragen die aan de advocaat-generaal worden gesteld en de formulering daarvan. De vragen die aan de

¹⁰⁶ Art. 5.1.8.2 Procesreglement HR.

¹⁰⁷ Denk aan een rechtsvraag over de uitleg van begrippen in nieuwe wetgeving, zoals straks de Omgevingswet.

¹⁰⁸ Conclusie A-G Widdershoven 23 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1586.

¹⁰⁹ Conclusie A-G Widdershoven 7 november 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:3474.

¹¹⁰ Conclusie A-G Widdershoven 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557.

¹¹¹ Conclusie A-G Wattel 20 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:896.

advocaat-generaal worden voorgelegd gaan vergezeld van een feitenrelaas in de zaak. Al met al heeft het vragen van een conclusie in de (hoger)beroepsprocedure veel voeten in de aarde.

De ervaringen met de bestuursrechtelijke conclusie tot nu toe doen vermoeden dat het vragen van een conclusie in een prejudiciële procedure de doorlooptijd van die procedure mogelijk behoorlijk zal verlengen. Die vrees heb ik echter niet. Volgens mij zal het vragen van een conclusie in een prejudiciële procedure namelijk veel efficiënter plaatsvinden dan in de gewone (hoger)beroepsprocedure bij de colleges. In een prejudiciële procedure heeft immers bij de lagere rechter al de belangrijkste selectie plaatsgevonden. De tussenuitspraak waarbij de vragen worden gesteld bevat al een uiteenzetting van het onderwerp van het geschil, de door de rechter vastgestelde feiten en de standpunten van partijen.¹¹² De vragen zijn ook al geformuleerd en ook is duidelijk waarvoor de beantwoording van belang is en dat geen sprake is van hypothetische kwesties. Bij binnenkomst van de prejudiciële vragen is dus veel sneller inzichtelijk of sprake is van rechtsvraag waarvoor het vragen van een conclusie wenselijk is. Kortom, vertragende factoren bij het vragen van een conclusie in de (hoger)beroepsprocedure (onderwerpselectie, dossierbestudering, zaakselectie, formuleren vragen) doen zich in de prejudiciële procedure bij de hoogste bestuursrechter niet voor. De prejudiciële procedure is daarom beter toegerust op het vragen van een bestuursrechtelijke conclusie. Een prejudiciële vraag zal vermoedelijk ook niet strekken tot belichting van een compleet leerstuk. Ik verwacht in de prejudiciële procedure dan ook geen lijvige conclusies zoals we tot nu toe hebben gezien, maar juist veel bondigere conclusies (meer vergelijkbaar met de conclusies in het civiele recht). Anders dan bij de *amicus curiae* hoeft de conclusie in een prejudiciële procedure niet per definitie tot werklastverzwaring te leiden en zijn de doorlooptijden ook in zoverre niet in gevaar. De voorzet voor de beantwoording van de prejudiciële vragen in de conclusie kan de prejudiciële rechter immers juist veel werk uit handen nemen. Dat neemt niet weg dat het vragen van een conclusie in een prejudiciële procedure alsnog de doorlooptijd van die procedure enigszins kan verlengen (partijen moeten ook enige termijn krijgen op om de conclusie te reageren), maar ik schat die verlenging beperkt in. De prejudiciële procedure en de bestuursrechtelijke conclusie completeren elkaar dus uitstekend.

4.6 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk heb ik geprobeerd antwoord te geven op de vraag of de prejudiciële procedure ook in het bestuursrecht in een behoefte kan voorzien. Die behoefte is er wat mij betreft zeker. Met de prejudiciële procedure kunnen ook in het bestuursrecht de rechtsvorming, de rechtszekerheid en de rechtseenheid worden bevorderd. Niet alleen omdat belangrijke rechtsvragen spoediger door de hoogste bestuursrechter kunnen worden beantwoord, maar ook omdat de prejudiciële procedure beter is toegerust om rechtsvragen te beantwoorden waarbij een zaakoverstijgend belang gediend is. Er kan sprake zijn van een zaakoverstijgend belang bij beantwoording van een rechtsvraag wanneer die rechtsvraag zich in potentie in veel feitelijk vergelijkbare zaken voordoet. Daarnaast kan het zaakoverstijgende belang ook zijn dat in één zaak over een besluit waarbij grote, algemene belangen zijn gediend, zo snel mogelijk uitsluitsel wordt gegeven over kwesties die de rechtmatigheid van dat besluit in de kern raken en daarmee

¹¹² Dat is althans een vereiste in het civiele en belastingrecht en de Tijdelijke wet Groningen.

mogelijk uitvoering van het besluit onmogelijk maken. Omdat in het bestuursrecht in bijna alle gevallen slechts in maximaal twee rechterlijke instanties kan worden geprocedeerd, is de tijdswinst die met het stellen van een prejudiciële vraag hangende de procedure bij de rechtbank, kan worden behaald in potentie niet zo groot als in het civiele recht, waar in drie instanties kan worden geprocedeerd. Toch is de inzet van het instrument ook in het bestuursrecht nuttig, omdat de prejudiciële procedure meer dan de hogerberoepsprocedure is toegerust op het optimaal vervullen van de rechtsvormende taak van de bestuursrechter, waarmee ook de rechtszekerheid en rechtseenheid worden bevorderd. Om de meerwaarde van de prejudiciële procedure verder te vergroten zou het wenselijk zijn als het stellen van prejudiciële vragen ook in de bestuurlijke fase mogelijk zou worden gemaakt. Dat zou zo kunnen worden vormgegeven dat hangende de bezwaarfase belanghebbenden of het bestuursorgaan de voorzieningenrechter kunnen verzoeken een prejudiciële vraag te stellen aan de hoogste bestuursrechter. Dat komt de kwaliteit en de legitimiteit van de besluitvorming ten goede. Omdat bestuursorgaan met het antwoord op de rechtsvraag veel vergelijkbare bezwaren die op dat moment liggen, kan afdoen, kunnen procedures worden voorkomen. Ik heb verder voorgesteld tot invoering van een prejudiciële grote kamer. Daarin zouden niet alleen leden van de bestuursrechtelijke colleges moeten kunnen deelnemen, maar ook leden van de civiele kamer van de Hoge Raad, met name wanneer het gaat om rechtsvragen op het terrein van het schadevergoedingsrecht. In de Tijdelijke Wet Groningen is dit helaas (nog) niet geregeld. Tot slot heb ik gezien in hoeverre andere rechtsvormende instrumenten, de *amicus curiae* en de bestuursrechtelijke conclusie, in de prejudiciële procedure zouden kunnen worden toegepast. Met het oog op een voortvarende behandeling moet met de inzet van de *amicus curiae* terughoudend worden omgegaan. De conclusie van de advocaat-generaal is echter bij uitstek een instrument dat optimaal kan worden ingezet in de prejudiciële procedure. Verdragende factoren bij het vragen van een conclusie in de (hoger)beroepsprocedure (onderwerpselectie, dossierbestudering, zaakselectie, formuleren vragen) doen zich in de prejudiciële procedure niet voor. De prejudiciële procedure is daarom beter toegerust op het vragen van een bestuursrechtelijke conclusie. Om die reden versterken deze instrumenten elkaar.

5 Afronding

De prejudiciële procedure is een instrument ter bevordering van de rechtsvorming, en daarmee de rechtseenheid en rechtszekerheid. Het instrument is bedoeld ter beantwoording van rechtsvragen met een zaaksoverstijgend belang en biedt een alternatief op de route waarbij tot aan de hoogste rechter moet worden doorgeprocedeerd om zulke rechtsvragen beantwoord te krijgen. In welke mate de voordelen van het instrument zich voordoen is afhankelijk van het stadium waarin de prejudiciële vragen worden gesteld, de voortvarendheid waarmee de vragen worden beantwoord, en de toegankelijkheid van de gebruikelijke route naar de hoogste rechter. De prejudiciële procedure in het civiele recht is een groot succes gebleken. Niet alleen vanwege de aard en eenvoud van de regeling zelf, maar ook door de wijze waarop de feitenrechtters en de Hoge Raad toepassing hebben gegeven aan in het instrument. Ook in het bestuursrecht bestaat behoefte aan dit instrument. Belangrijke rechtsvragen kunnen spoediger door de hoogste bestuursrechter worden beantwoord en bovendien is de prejudiciële procedure beter toegerust om rechtsvragen met een zaaksoverstijgend belang te beantwoorden. Om de prejudiciële

procedure te optimaliseren zou de regeling wat mij betreft moeten worden aangevuld met de mogelijkheid om prejudiciële vragen te stellen in de bestuurlijke fase via de voorzieningenrechter en de mogelijkheid om prejudiciële vragen te beantwoorden in een prejudiciële grote kamer.

De invoering van een prejudiciële procedure in het bestuursrecht zou een nieuwe taak in het leven roepen voor de hoogste bestuursrechters. Na de intrekking¹¹³ van het wetsvoorstel Organisatie hoogste bestuursrechtspraak vroegen de Hoge Raad, Afdeling, CRvB en CBb in maart 2017 de politiek nog om een periode waarin geen institutionele veranderingen zouden worden voorgesteld voor de hoogste bestuursrechtspraak. Gevraagd werd om de betrokken colleges 'rust te gunnen om waar nodig zichzelf te hervinden en verder te gaan met de inhoudelijke samenwerking om langs die weg de rechtseenheid in het bestuursrecht te bewaken en te bevorderen'.¹¹⁴ Invoering van de prejudiciële procedure is natuurlijk geen (institutionele) verandering van dezelfde orde als waartoe het wetsvoorstel strekte, maar een verandering is het evengoed, die bovendien leidt tot uitbreiding van het takenpakket en wellicht ook de nodige organisatorische veranderingen. Hopelijk zijn de hoogste bestuursrechters daar na een rustperiode van bijna drie jaar enthousiast voor te krijgen.

¹¹³ *Kamerstukken II*, 2016-2017, 34 389, nr. 23; *Kamerstukken II*, 2016-2017, 34 389, nr. 24.

¹¹⁴ De gezamenlijke reactie is te raadplegen op: <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Paginas/Bestuursrechtspraak-in-hoogste-instantie.aspx>.

6 Literatuurlijst

Barkhuysen & Schuurmans 2013

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

Boekema 2015

I.M. Boekema, *De stap naar hoger beroep: Een onderzoek naar appelgedrag van burgers in bestuursrechtelijke zaken*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2015.

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 e.a., *De Hoge Raad in 2025. Contouren van de toekomstige cassatierechtspraak*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011.

Giesen e.a. 2016

I. Giesen e.a., *De Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad. Een tussentijdse evaluatie mede in het licht van de mogelijke invoering in het strafrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016.

Giesen & Ortlep 2017

I. Giesen & R. Ortlep, 'De prejudiciële vraagprocedure in het bestuursrecht: Een mogelijk succesverhaal?', *Trema* 2017, afl. 4.

De Groot 2016

G. de Groot, 'Ruimte voor rechtsontwikkeling in civiele procedures bij de Hoge Raad', *NTBR* 2016/45.

Hammerstein e.a. 2008

A. Hammerstein e.a., *Versterking van de cassatierechtspraak*, Den Haag: 2008

Van Kampen en Giesen 2013

S.S. van Kampen & I. Giesen, 'Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, valkuilen voor de Hoge Raad', *TCR* 2013/1.

Niessen 2016

R.E.C.M. Niessen, 'Prejudiciële vragen aan de Belastingkamer van de Hoge Raad', *NTR* 2016/36.

De Poorter 2013

J.C.A. de Poorter, *Het overbruggen van de kloof tussen recht en samenleving* (oratie Tilburg), Tilburg: Tilburg University 2013.

De Poorter 2018

J.C.A. de Poorter, 'Rechtsvorming door de bestuursrechter en hoe het bovenindividuele perspectief in de rechterlijke procedure te verankeren', *AA* 2018/11.

De Poorter, Van Heusden & De Lange 2018

J.C.A. de Poorter, L.A. van Heusden & C.J. de Lange, *De amicus curiae geëvalueerd. Over de eerste indrukken van de inzet van het instrument van de amicus curiae in procedures voor de Afdeling bestuursrechtspraak*, Den Haag: Raad van State 2018.

Schuurmans 2013

Y.E. Schuurmans, 'Massale procedures in het bestuursrecht', *NJB* 2013/1251.

Streefkerk 2015

C.A. Streefkerk, 'De prejudiciële procedure bij de Hoge Raad', *Trema* 2015, afl. 8.

Tjittes & Meijer 2009

R.P.J.L. Tjittes en R. Meijer, 'Franse en Europese lessen voor een prejudiciële procedure bij de Hoge Raad', *RM Themis* 2009/4.

Vandamme 2019

T. Vandamme, 'Het EU-Handvest van de grondenrechten en het EVRM ná Protocol 16: conflict of co-existentie?', *SEW* 2019/10.

Van der Wiel e.a. 2019

B. van der Wiel e.a., *Cassatie*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.