

## **Opmerkingen van de Stichting Afwikkeling Massaschade (SAM) i.o. naar aanleiding van het voorontwerp prejudiciële vragen**

1) De rechter kan prejudiciële vragen stellen: ambtshalve of op verzoek van partijen (artikel 392 lid 1 Rv.). De memorie van toelichting geeft aan dat voor een zinvolle vraagstelling vereist is dat de procedure zover gevorderd is dat de voor beantwoording relevante feiten voldoende afgebakend zijn (pagina 9). Dit betekent niet - zo vervolgt de toelichting - dat alle voor de vraagstelling relevante feiten ook door de rechter zijn vastgesteld (pagina 10). Aldus bestaat het risico dat de uitspraak van de Hoge Raad, als prejudiciële beslissing, weliswaar relatief snel beschikbaar komt, maar uiteindelijk irrelevant blijkt omdat de feiten anders liggen dan aangenomen. De memorie van toelichting onderkent dit risico (pagina 10). Dit risico speelt temeer ingeval van 'gemengde beslissingen'. De memorie van toelichting stelt dat 'aan de Hoge Raad (kan) worden overgelaten' in hoeverre in een concreet geval ook vragen die tot een gemengde beslissing zouden leiden, zich voor beantwoording in een prejudiciële procedure lenen (pagina 11).

Wij menen dat, juist waar het gemengde beslissingen betreft, wenselijk is voor een goede rechtsbedeling dat niet te snel naar het middel van prejudiciële vraagstelling wordt gegrepen. Te vaak blijkt een bepaalde problematiek feitelijk pas in een latere instantie - of soms zelfs pas in latere procedures - goed tot wasdom te komen (vgl. jurisprudentie inzake asbest of aandelenlease). Die wasdom is veelal afhankelijk van één der partijen (vaak de eiser) en de middelen, bijstand en inzichten die zo'n partij (kan) inzet(ten). Bovendien kan een irrelevante prejudiciële vraagstelling obstructief zijn zowel voor de individuele zaak zelf (vertraging, kosten etc.), als de (mogelijk ontorechte) reflexwerking die hiervan kan uitgaan naar potentieel andere gevallen. Erop vertrouwen dat dit door 'anderen dan partijen' kan worden opgevangen, doordat zij gebruik maken van de mogelijkheid opmerkingen te maken in de prejudiciële procedure, is niet terecht (art. 393 lid 2 Rv.; vgl. ook memorie van toelichting, pagina 8). Dit pleit ervoor bij gemengde beslissingen als hoofdregel aan te nemen dat geen gebruik kan worden gemaakt van het middel van prejudiciële vraagstelling. Zien wij het goed, dan ligt die gedachte nu ook al in de memorie van toelichting besloten, daar waar de toelichting de gemengde beslissing duidelijk onderscheidt van zuivere rechtsvragen, spreekt van de beperkte precedentwerking van gemengde beslissingen en toepassing van prejudiciële vragen bij gemengde beslissingen (slechts) zinvol lijkt te vinden in geval van 'harde subnormen' resp. 'bijzondere omstandigheden' waarbij de rechtseenheid in het geding is (pagina 11). Wij menen dat die hoofdgedachte ('ingeval van gemengde beslissingen dient terughoudend toe worden omgegaan met het middel van prejudiciële vraagstelling') duidelijk in de memorie van toelichting zou moeten worden neergelegd, in plaats van te volstaan met een impliciete verwijzing hiernaar, zoals hiervoor aangegeven, en met de opmerking dat dit 'aan de Hoge Raad (kan) worden overgelaten'.

2) Schriftelijke opmerkingen worden door een advocaat bij de Hoge Raad getekend en ter griffie van de Hoge Raad ingediend (art. 393 lid 3 Rv.). Volgens de memorie van toelichting dient dit de procedure en daarmee ook het belang van partijen (pagina 17).

We zien geen goede reden waarom niet ook andere advocaten, die geen 'advocaat bij de Hoge Raad' zijn, zouden worden toegelaten tot het maken van schriftelijke opmerkingen in het kader van een prejudiciële vraagstelling. Het debat inzake prejudiciële vragen is veelal beperkt tot (zuivere) rechtsvragen. Als zodanig verschilt dit debat niet van het debat in feitelijke instanties. Bovendien ligt ook geen (al dan niet) te casseren uitspraak voor. Van

'cassatierechtspraak' met de daaraan inherente bijzonderheden van motiveringsgebreken etc. is geen sprake. Ten slotte zijn de advocaten in feitelijke instanties vanzelfsprekend nauw betrokken bij zowel de rechtsvraag als het opstellen van de vraagstelling en hiermee dus bekend, zodat onduidelijk is wat de meerwaarde is van het dan alsnog inschakelen van een 'advocaat bij de Hoge Raad'. Het risico bestaat - integendeel - dat dit tot onnodige, dubbele kosten leidt.

3) Ingevolge art. 1015 lid 1 Rv kunnen "tijdens de behandeling van het [WCAM-] verzoek lopende procedures betreffende vorderingen ter zake waarvan de overeenkomst in een vergoeding voorziet" geschorst worden, overeenkomstig artikel 225 lid 2 Rv, op verzoek van een partij bij de WCAM-overeenkomst van wie in de procedure schadevergoeding wordt gevorderd.

Het verdient ons inziens aanbeveling ook in het kader van deze Wet prejudiciële vragen nog eens duidelijk te maken dat van de mogelijkheid prejudiciële vragen te stellen geen gebruik kan worden gemaakt gedurende deze schorsingstermijn c.q. de opt-out periode en dat ook de procedure tot beantwoording van prejudiciële vragen wordt geschorst.

4) Prejudiciële vragen kunnen gesteld worden met betrekking tot vorderingsrechten 'die gegrond zijn op dezelfde of soortgelijke feiten en uit dezelfde of soortgelijke samenhangende oorzaken voortkomen' (art. 392 lid 1 Rv.). Volgens de memorie van toelichting gaat het dan om (i) collectieve acties en (ii) individuele procedures waarin een rechtsvraag speelt die ook rechtstreeks van belang is voor identieke zaken, 'die gegrond zijn op dezelfde of soortgelijke feiten en uit dezelfde of soortgelijke samenhangende oorzaken voortkomen' (pagina 8).

Wij menen dat met deze omschrijving niet duidelijk is in hoeverre 'latente massavorderingen' onder dit wetsvoorstel vallen. Met 'latente massavorderingen' bedoelen we dan: vragen van wetsuitleg, die - naar hun aard - niet alleen het individuele geval raken, maar ook evenveel andere gevallen waarin die vraag speelt en waarvan ook inderdaad aannemelijk is dat die gevallen bestaan. Te denken valt bijvoorbeeld aan de opzeggingsbevoegdheid van de verzekeringnemer in het verzekeringsrecht (vgl. het debat zoals blijkt uit: Hof Arnhem 31 maart 2009 (Smits/RVS), zaaknummer: 200.002.340; Rb Den Haag, 8 april 2009 (Brouwer/NN), zaaknummer: 797479/08-25486). Kan in al deze gevallen een beroep worden gedaan op de Wet prejudiciële vragen? Of: welke begrenzing beoogt de toelichting met de woorden 'dezelfde of soortgelijke feiten' resp. 'uit dezelfde of soortgelijke samenhangende oorzaken' te stellen? Enkele voorbeelden kunnen dit misschien verduidelijken.

5) De rechter kan prejudiciële vragen ambtshalve of op verzoek van partijen stellen (artikel 392 lid 1 Rv.). Volgens de memorie van toelichting (pagina 14) ligt niet in de rede dat een rechter hiervan gebruik zal maken indien beide partijen tegen zijn.

Wij menen dat die gedachte in de wet zelf als regel moet worden neergelegd. Als principe is onzes inziens onjuist dat een rechter in het belang van niet-procespartijen/derden aan procespartijen prejudiciële vragen kan opleggen daar waar de procespartijen daar zelf geen behoefte aan hebben, bijvoorbeeld omdat de nog bestaande onzekerheid hen juist de gelegenheid geeft middels onderhandelingen tot een resultaat te komen (vgl. memorie van toelichting, pagina 6). Die derden moeten dan zelf maar een procedure starten. Het in de wet verankeren ligt temeer in de rede nu tegen de beslissing van de rechter prejudiciële vragen te

stellen geen hogere voorziening open staat.

6) De Hoge Raad geeft zijn prejudiciële beslissing op basis van de beslissing van de verwijzende rechter (artikel 392 lid 3 Rv.). Daarbij is de Hoge Raad gebonden aan de feiten zoals deze in die beslissing zijn vastgesteld (artikel 393 lid 7 Rv.).

Vraag is of de Hoge Raad ook gebonden is aan de precieze vraagstelling en/of de Hoge Raad de vraagstelling zelf kan herformuleren, zoals bijv. het EU Hof van Justitie regelmatig doet. Wij menen dat ook de Hoge Raad die vrijheid moet hebben. Dit bespoedigt een zinvolle prejudiciële beslissing. Anders bestaat het risico dat de Hoge Raad het prejudiciële verzoek afwijst, waarna tot een gewijzigde prejudiciële vraagstelling moet worden overgegaan. Als de Hoge Raad die vrijheid inderdaad heeft, dan verdient aanbeveling dit expliciet in wet of toelichting te vermelden. Bovendien heeft dit mogelijk processuele consequenties (opnieuw gelegenheid geven tot maken van opmerkingen resp. concluderen OM?).

7) Alvorens de prejudiciële vraag te stellen, stelt de rechter partijen in de gelegenheid zich daarover uit te laten (artikel 392 lid 2 Rv.). Volgens de memorie van toelichting gaat het hierbij over zowel de voorgenomen beslissing om een vraag te stellen als de formulering van die vraag (pagina 15). Daarbij spelen zowel de vastgestelde als de door een partij gestelde, maar door de andere partij betwiste feiten een rol (pagina 9).

Wij maken hierbij twee opmerkingen.

Allereerst is mogelijk dat rechters bepaalde feiten 'veronderstellen'. Met name voor de reflexwerking van de prejudiciële beslissing is ons inziens van belang dat de toelichting partijen (inclusief de rechter) expliciet op die mogelijkheid wijst. Bijvoorbeeld door een gelede vraagstelling, waarin van verschillende, veronderstelde feitelijke scenario's wordt uitgegaan, kan desgewenst maximale reflexwerking worden bereikt. Zo'n gelede vraagstelling behoeft ons inziens niet afhankelijk te zijn van de eventuele inbreng van 'anderen dan partijen' (artikel 393 lid 2 Rv.).

Ten tweede rijst de vraag welke processuele gevolgen zijn verbonden in de individuele procedure zelf aan het feit dat partijen zich in het kader van een mogelijke prejudiciële vraag mogen uitlaten over de vraag welke feiten zijn vastgesteld en welke feiten nog niet als vaststaand moeten worden aangemerkt. Meer in het bijzonder: voor zover bepaalde feiten op basis van het processuele debat tot dan toe door partijen als vaststaand worden aangemerkt omdat ze onvoldoende zijn gemotiveerd, veranderen die feiten dan door deze 'partijvaststelling' van kleur in de zin dat ze nu als vaststaand hebben te gelden, omdat zij ondubbelzinnig zijn erkend? Het verschil is dat in dat geval van die feiten in appel niet meer kan worden teruggekomen. Dit lijkt onwenselijk, niet de bedoeling en een vermoedelijk een onbedoeld bijeffect van het feit dat partijen bij het zich mogen uitlaten over de concept vraagstelling in feite op de stoel van de rechter gaan zitten. Mitsdien verdient aanbeveling expliciet te maken (in wet of toelichting) dat voor zover partijen zich over feiten uitlaten dit enkele feit geen ondubbelzinnige erkenning van die feiten met zich meebrengt, voor zover die ondubbelzinnige erkenning niet uit de voorgaande processtukken volgt.

15 september 2009