

# De civiele kamer en de prejudiciële procedure: kritisch doch loyaal aan het Hof van Justitie

Jasper Krommendijk \*

## 1 Inleiding

Het is alom bekend dat het EU-recht een steeds grotere rol speelt in het Nederlandse civiele recht.<sup>1</sup> Zeker het IE-recht is in toenemende mate geëuropeiseerd en hetzelfde geldt bijvoorbeeld voor het internationaal privaatrecht (IPR), het consumentenrecht en, van oudsher, het mededingingsrecht.<sup>2</sup> Deze verandering betekent dat de Hoge Raad steeds meer optreedt als Europese rechter. Chantal Mak constateerde eerder al dat de Hoge Raad zich bewust is van deze rol en niet terugdeinst om prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ) te stellen.<sup>3</sup> Er is echter weinig bekend over de manier waarop de Hoge Raad, en meer in het bijzonder de civiele kamer, invulling geeft aan deze rol. Onduidelijk is welke overwegingen een rol spelen bij de beslissing van de kamer om al dan niet te verwijzen. Zo constateerde huidig raadshere Polak in 2009 dat het lastig is om te achterhalen wat het 'beleid' van de Hoge Raad is ten aanzien van verwijzen naar het HvJ, vooral ook omdat de Hoge Raad niet altijd in uitspraken aangeeft waarom wel of niet wordt verwezen.<sup>4</sup> Evenmin is er een duidelijk beeld van de manier waarop de antwoorden van het HvJ vervolgens worden gebruikt door de kamer. Het juridisch kader is duidelijk: de Hoge Raad is als hoogste rechter verplicht op grond van art. 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) om vragen over de uitleg (en geldigheid) van het EU-recht voor te leggen aan het HvJ wanneer de beantwoording daar-

van noodzakelijk is voor het beslissen van het geschil. In twee gevallen hoeft er echter niet te worden verwezen ingevolge het arrest *Cilfit*, namelijk wanneer de vraag reeds beantwoord is (*acte éclairée*) of wanneer het volkomen duidelijk is hoe het EU-recht moet worden uitgelegd (*acte clair*).<sup>5</sup> Wat betreft de inbedding is het zowaar nog duidelijker; de antwoorden van het HvJ zijn juridisch bindend voor de verwijzende rechter.<sup>6</sup> Uit eerder onderzoek blijkt echter dat de praktijk vaak weerbarstiger is dan deze juridische werkelijkheid. Zo worden de *Cilfit*-uitzonderingen door sommige rechters, bijvoorbeeld de hoogste Nederlandse bestuursrechters, 'met gezond verstand' toegepast.<sup>7</sup> Ook zijn er gevallen waarbij rechters de Luxemburgse antwoorden naast zich neer hebben gelegd.<sup>8</sup> De vraag is hoe de civiele kamer zich verhoudt tot deze EU-rechtelijke verplichtingen. De verwijzingspraktijk wordt in de toekomst wellicht nog complexer als de Hoge Raad vragen *mag* stellen aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) wanneer Protocol 16 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) in werking is getreden.<sup>9</sup>

In dit artikel zal worden ingegaan op deze kwestie en meer in het bijzonder op de volgende twee vragen. Ten eerste, wat zijn de overwegingen van de civiele kamer om al dan niet prejudiciële vragen aan het HvJ te stellen? Ten tweede, hoe worden de antwoorden van het HvJ door de civiele kamer 'ontvangen' en ingebed? Om deze vragen te beantwoorden zijn alle twaalf door de civiele kamer verwezen zaken in de periode 1 januari

\* Dr. J. Krommendijk, LL.M. is universitair hoofddocent internationaal en Europees Recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

Deze publicatie maakt deel uit van het onderzoeksproject 'It takes two to tango. The preliminary reference dance between the Court of Justice of the European Union and national courts' (2017-2021) dat door het NWO gefinancierd is op basis van een Venibeurs. Mijn dank gaat uit naar twee geïnterviewden voor hun commentaar op een eerdere versie.

1. Dit moet echter ook niet worden overdreven. Vranken stelt op basis van een kort onderzoekje dat de rol van Europees recht in de brede zin, ook het EVRM, niet groter is geworden. In 20 procent van de uitspraken wordt er naar verwezen. J.B.M. Vranken, 'De bijdrage van de civiele casatiadvocatuur aan de rechterlijke rechtsvorming', *TCR* 2015, p. 148-151, p. 149.
2. Jaarverslag Hoge Raad 2015, p. 12.
3. C. Mak, 'De Hoge Raad als Europese civiele rechter', *AA* 2015, p. 716-722, p. 722.
4. M.V. Polak, 'Spreken is zilver, zwijgen is goud?', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Het zwijgen van de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2009, p. 89-114, p. 108.

5. HvJ EG 6 oktober 1982, ECLI:EU:C:1982:335 (*Cilfit*), respectievelijk punt 14 en 16.
6. HvJ EU 16 juni 2015, C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400 (*Gauweiler*), punt 16.
7. J. Krommendijk, 'De hoogste Nederlandse bestuursrechters en het Hof van Justitie: geboren danspartners? Het hoe en waarom van verwijzen', *NTB* 2017, p. 305-315.
8. Zie bijv. HvJ EU 22 juni 2011, C-399/09, ECLI:EU:C:2011:415 (*Landtová*); zie hierover J. Krommendijk & M. Loth, *Europese rechters in gesprek; verhalende annotaties*, Den Haag: Boom juridisch 2018.
9. G. de Groot, 'Beginselen van procesrecht en de hoogste rechter: mag, moet en gaat de Hoge Raad ooit in dialoog met het EHRM?', *TCR* 2016, p. 8-11.

2013 tot en met 31 december 2016 bestudeerd (zie tabel 1).<sup>10</sup> Van deze zaken is de gehele keten bekeken: de verwijzingsbeslissing van de Hoge Raad, inclusief de conclusie van een advocaat-generaal (A-G) en uitspraken van lagere rechters, de uitspraak van het HvJ met eventueel de conclusie van een A-G en de einduitspraak van de Hoge Raad. Tegelijkertijd zijn voor dezelfde periode alle uitspraken van de civiele kamer doorzocht om alle beslissingen om *niet* te verwijzen eruit te halen.<sup>11</sup> Voor de eerste vraag over de motieven om te verwijzen is bij bestudering van de Hoge Raad-uitspraken met name gelet op de verantwoording van de beslissing om te verwijzen. Deze juridische bestudering van uitspraken is echter niet afdoende om een goed beeld te krijgen van de achterliggende overwegingen.<sup>12</sup> Om dergelijke overwegingen te achterhalen zijn acht interviews gehouden met (oud-)raadsheren van de civiele kamer (vijf) en (oud-)A-G's (drie). Om de anonimiteit van de geïnterviewden te garanderen wordt de identiteit niet onthuld.<sup>13</sup> Voor de tweede vraag over de inbedding geldt wederom dat een juridische analyse van de einduitspraak van de Hoge Raad niet volstaat om te achterhalen hoe er bij de civiele kamer wordt aangekeken tegen de antwoorden uit Luxemburg. Ook daarvoor waren interviews essentieel. Mede ter voorbereiding van de interviews is ook gekeken naar secundaire literatuur, met name in de vorm van annotaties en besprekingen van de verschillende uitspraken in de vakliteratuur, zeker ook omdat de auteur zelf geen civilist is. In dit artikel zal de praktijk van de civiele kamer worden vergeleken met de hoogste Nederlandse bestuursrechters en de belastingkamer, omdat op deze manier verscheidene interessante en opvallende aspecten naar voren komen.<sup>14</sup>

## 2 Redenen om te verwijzen

### 2.1 Algemeen

Wat betreft de eerste vraag aangaande de overwegingen om prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ wordt allereerst ingegaan op de meer algemene houding van de civiele kamer ten

opzichte van het gebruik van de prejudiciële procedure (par. 2.2). Vervolgens zal worden gekeken naar specifieke overwegingen in concrete zaken waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen hoofdzakelijk juridische overwegingen en strategische rechtspolitieke overwegingen (par. 2.3.1 en 2.3.2). Daarna wordt aandacht besteed aan de rol van de A-G bij de Hoge Raad en de positie van partijen en hun mogelijke verzoeken tot verwijzing naar Luxemburg (par. 2.3.3 en 2.3.4). Als laatste komt de bijzondere context van het kort geding aan bod, waarin meer ruimte is voor meer beleidsmatige overwegingen dan bodemzaken (par. 2.3.5).

### 2.2 De algemene houding ten opzichte van verwijzen: natuurlijke loyaliteit

Er zijn drie opmerkelijke verschillen tussen de civiele kamer en de hoogste bestuursrechters in de manier waarop er tegen de prejudiciële procedure en de verwijzingsplicht aan wordt gekeken. Wat, ten eerste, opvalt aan de uitkomsten uit de interviews in vergelijking met de hoogste bestuursrechters is dat veel geïnterviewden uit zichzelf benadrukten dat er voor de Hoge Raad een taak is weggelegd om een bijdrage te leveren aan de ontwikkeling van het EU-recht.<sup>15</sup> Zo stelde een geïnterviewde: 'Je zit hier niet alleen voor jezelf, maar ook voor de rest van Europa.'<sup>16</sup> Hij/zij stelde eveneens dat er een breedgedragen idee is binnen de civiele kamer dat het belangrijk is dat het EU-recht tot volle wasdom komt. Hij/zij noemde daarbij ook dat de prejudiciële vertraging van gemiddeld anderhalf jaar de 'prijs is die je moet betalen' voor het deel uitmaken van het systeem.<sup>17</sup> Een andere geïnterviewde wees op het 'verantwoordelijkheidsgevoel' en de taak van de Hoge Raad 'als radje in het Europese wiel' om samen met het HvJ de volle werking van het EU-recht te realiseren.<sup>18</sup> Weer een andere geïnterviewde noemde dat de uniforme toepassing van het EU-recht belangrijk is en dat divergenties binnen de EU 'een van de meest ernstige zondes' zijn.<sup>19</sup> Deze nadruk op rechtsvorming reflecteert ook de bredere tendens van een groeiende aandacht bij de Hoge Raad voor rechtsvorming.<sup>20</sup>

Een tweede opvallend aspect is de plichtsgetrouwe benadering bij de civiele kamer. Meerdere rechters namen tijdens interviews, soms verscheidene keren, de woorden 'loyaliteit', 'gewetensvol', 'trouw aan Cilfit' en 'uiterst serieus' in de

10. Deze afbakening maakt het mogelijk om ook de inbedding van de antwoorden van het HvJ te bestuderen, gezien de periode die tussen verwijzing en beantwoording en tussen beantwoording en inbedding in zit, bij elkaar zeker twee jaar. Deze afbakening neemt niet weg dat in dit artikel ook oudere of meer recente relevante ontwikkelingen aan bod komen.
11. Daarvoor is op rechtspraak.nl gezocht op 'prejudiciële vragen', '267 VWEU' en 'Cilfit' voor de periode 1 januari 2013 t/m 31 december 2016. Dit heeft 30 (relevante) uitspraken opgeleverd.
12. Oud-raadsheer Bakels verwees ook al eens naar 'achterliggende (beleids)overwegingen' bij de Hoge Raad. F. Bakels, 'Totstandkoming en uitleg van uitspraken van de Hoge Raad', *AA* 2015, p. 927-938, p. 937.
13. Een getal tussen 0 en 100 is willekeurig toebedeeld aan de geïnterviewden om op die manier wel inzichtelijk te kunnen maken in voetnoten op basis waarvan bepaalde uitspraken worden gedaan.
14. In totaal zijn er zestien rechters en gerechtelijk medewerkers bij de drie hoogste bestuursrechters geïnterviewd: ABRvS (6), CRvB (5) en CBb (5); Krommendijk 2017; J. Krommendijk, 'Luxemburg heeft gesproken; wat nu? De antwoorden van het HvJ door de ogen van de hoogste Nederlandse bestuursrechters', *NTB* 2018, p. 57-62 (hierna: 2018a); J. Krommendijk, 'De belastingkamer en prejudiciële verwijzingen naar het Hof van Justitie: de meest loyale rechter van de EU?', *MBB* 2018/21 (hierna: 2018b).

15. Interview 27, 41, 48, 59, 87; vgl. Verkade onder *NJ* 2015/291, randnr. 7.2.
16. Interview 27, 41.
17. Interview 27.
18. Interview 59.
19. Interview 41.
20. Dit blijkt ook uit de jaarverslagen van de Hoge Raad zelf. J.B.M. Vranken, 'Consequenties van een versterking van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad: talrijk, divers en soms vergaand', *NJB* 2009/806; vgl. Bakels 2015, p. 929.

Tabel 1 Overzicht van de twaalf verwijzingen van de civiele kamer (2013-2016)

Zaaknummer	Zaak	Onderwerp
C-205/13	Hauck	Merkenrichtlijn
C-242/13	Commerz	Art. 107 VWEU (staatssteun)
C-419/13	Art & Allposters International	Auteursrechtlijn
C-681/13	Diageo Brands	EEX-verordening
C-30/14	Ryanair	Richtlijn rechtsbescherming databanken
C-47/14	Holterman Ferho	EEX-verordening
C-460/14	Massar	Richtlijn rechtsbijstandverzekering
C-12/15	Universal Music International	EEX-verordening
C-160/15	GS Media	Auteursrechtlijn
C-171/15	Connexion Taxi Services	Aanbestedingsrichtlijn
C-610/15	Stichting Brein	Auteursrechtlijn/Handhavingsrichtlijn
C-644/16	Synthon	Handhavingsrichtlijn

mond.<sup>21</sup> Bijna alle geïnterviewden wezen op de plicht voor de Hoge Raad om bij twijfel vragen te stellen.<sup>22</sup> In plaats van de 'natuurlijke terughoudendheid' ten aanzien van het stellen van prejudiciële vragen, zoals dat bijvoorbeeld voor de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: ABRvS) geldt, sprak een geïnterviewde over de 'natuurlijke loyaliteit' van de Hoge Raad.<sup>23</sup> Een ander stelde vast dat er 'geen vragenschroom' is.<sup>24</sup> De drie geïnterviewde A-G's achtten de manier waarop de Hoge Raad met zijn verwijzingsplicht omgaat 'integer' en stelden vast dat de Hoge Raad 'helemaal niet terughoudend is' en bij twijfel verwijst.

Daarmee samenhangend kan, ten derde, worden gewezen op de strikte toepassing van de *Cilfit*-uitzonderingsgronden door de civiele kamer. Met de stelling dat het arrest *Cilfit* pragmatisch zou (kunnen) worden toegepast, zoals dat door meerdere geïnterviewden bij de hoogste bestuursrechters is betoogd, waren geïnterviewden het evenmin eens.<sup>25</sup> Zo stelde een geïnterviewde: 'Je moet niet te snel denken dat wij met vijf verstandige mensen kunnen beslissen.'<sup>26</sup> Over de ogenschijnlijk onnodige verwijzing in de rechtsbijstandszaak *Massar* (waarover later meer) werd door diezelfde geïnterviewde opgemerkt: 'Je wilt ook niet dat een EU-recht deskundige zegt dat

het aan het HvJ moest worden gelaten.'<sup>27</sup> De trouwere naleving van het arrest *Cilfit* blijkt eveneens uit het feit dat er voor de civiele kamer in de bestudeerde periode veel minder zaken waren waarin in annotaties kritiek is geuit op het niet verwijzen. Slechts twee kwesties kwamen bovendien tijdens de analyse en interviews. Een eerste kwestie betreft de volledige proceskostenveroordeling op grond van art. 1019h Rv en art. 14 Handhavingsrichtlijn.<sup>28</sup> Vrendenbarg concludeert in haar proefschrift over dit onderwerp dat de Hoge Raad in meerdere zaken vragen had kunnen stellen, maar dat 'om onduidelijke redenen niet heeft gedaan'.<sup>29</sup> Al in 2008 adviseerde A-G Verkade bijvoorbeeld in de *Endstra*-zaak over het auteursrecht op transcripten van achterbankgesprekken vragen te stellen over deze kwestie.<sup>30</sup> Vervolgens is dit advies nog meerdere malen herhaald.<sup>31</sup> Pas in *ACI Adam* is over het toepassingsbereik van de Handhavingsrichtlijn een vraag gesteld, naast vragen over de Auteursrechtlijn.<sup>32</sup> Een tweede kwestie is de Texelse zaak over een exclusief afnamebeding voor motorbrandstoffen.<sup>33</sup> In deze uitspraak is geheel niet ingegaan op de kwestie van verwijzen, waarop in annotaties kritiek is gekomen.<sup>34</sup> In tegenstelling tot de jurisprudentie van het HvJ stelt de Hoge Raad dat voor zogenaamde doelbeper-

21. Interview 27, 41, 75, 87.

22. Interview 41, 48, 59, 75, 87.

23. Interview 59; zie voor de term 'natuurlijke terughoudendheid' H. Sevenster & C. Wissels, 'Laveren tussen *Ferreira* en *Van Dijk*', in: M. Bosma e.a. (red.), *Graag nog even bespreken. Liber amicorum Henk Lubberdink*, Den Haag: Raad van State 2016, p. 83-93, p. 90; Krommendijk 2017, p. 307.

24. Interview 41.

25. Interview 41, 48; *Cilfit* wordt toegepast met 'common sense' of 'gezond verstand', waarbij de vraag is of een verwijzing 'worth the burden' is. Sevenster & Wissels 2016, p. 91; Krommendijk 2017, p. 309.

26. Overigens wordt het stellen van een vraag kamerbreed besproken, dus met alle elf aanwezige raadsheren. Interview 27.

27. Interview 27.

28. Zie hierover uitgebreider C.J.S. Vrendenbarg, *Proceskostenveroordeling en toegang tot de rechter in IE-zaken. Regelingen over proceskosten getoetst aan het EU-recht* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 222-223.

29. Vrendenbarg 2018, p. 350; vgl. interview 48.

30. HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2153.

31. Zie bijv. Langemeijer in ECLI:NL:PHR:2012:BW0393 (*Knooble/Staat en NNI*), par. 5.10.

32. HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5879 (*ACI Adam*).

33. HR 25 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3745.

34. Hengevelt en Veenbrink in *SEW* 2014/3.

kingen of strekkingsbedingen ook de merkbaarheid moet worden nagegaan. Deze benadering, die de Hoge Raad pas in 2017 heeft losgelaten, was vooral twijfelachtig in het licht van het *Expedia*-arrest, dat op zichzelf genomen ook niet blijkt gaf van enorme duidelijkheid, aangezien het op drie verschillende manieren kan worden geïnterpreteerd.<sup>35</sup> De Hoge Raad had over deze kwestie vragen kunnen stellen, zoals ook werd erkend door een geïnterviewde.<sup>36</sup>

Een verklaring voor de verschillen tussen de Hoge Raad en de hoogste bestuursrechters is wellicht dat het speelveld voor de civiele kamer overzichtelijker is. De civiele kamer beslist relatief weinig zaken en in maar een beperkt aantal zaken speelt het EU-recht een (belangrijke) rol. Sommige geïnterviewden zien een groot verschil in de lastige positie van de ABRvS, die per week wel vijf vragen aan Luxemburg zou kunnen stellen.<sup>37</sup> Zij meenden dat van de gemiddeld 500 zaken per jaar er naar schatting 10 procent een EU-rechtelijke dimensie heeft. In nog veel minder zaken komt de kwestie van het al dan niet stellen van vragen aan de orde omdat er in veel gevallen geen onduidelijkheden zijn over de uitleg van EU-recht.<sup>38</sup> Zelfs in het IPR is het stellen van prejudiciële vragen een 'uitzonderlijk fenomeen'.<sup>39</sup>

### 2.3 Specifieke overwegingen die een rol spelen bij de beslissing al dan niet te verwijzen

#### 2.3.1 Een primair juridische afweging...

Uit het onderzoek naar de verwijzingspraktijk van de hoogste bestuursrechters kwam naar voren dat vaak andere praktische en pragmatische overwegingen een rol spelen, die bijvoorbeeld betrekking hebben op de mogelijke gevolgen van verwijzen en het belang van de kwestie.<sup>40</sup> De civiele kamer hanteert vooral een juridische benadering, waarbij met name wordt gekeken of voldaan is aan de *Cilfit*-voorwaarden. Praktische en pragmatische overwegingen spelen daarbij veel minder een rol.

Zo werden tijdens interviews de prejudiciële vertraging en de duur van de prejudiciële procedure niet genoemd als een reden om niet te verwijzen, ook niet bij navraag.<sup>41</sup> Slechts in een kort geding wordt deze vertraging soms meegewogen (hierover later meer).<sup>42</sup> Sommige geïnterviewden vinden de duur van de procedure ook meevallen.<sup>43</sup> Een geïnterviewde verwees zelfs naar een raadsheer die eens grappend zou hebben gezegd dat het voordeel van verwijzen juist is dat de 'bal twee jaar in de tribune ligt' en dat hij/zij weer even van die zaak af is, en dat het kan zijn dat de tijd de zaak heeft opgelost.<sup>44</sup>

Bij de hoogste bestuursrechters hangt de beslissing om al dan niet te verwijzen met name af van een weging van het belang. Hoe beperkter het belang van de rechtsvraag, hoe eerder de rechter zelf probeert om tot een uitleg van het EU-recht te komen. Dit gebeurt ook als de kwestie té belangrijk is en daarmee de gevolgen van een eventuele verwijzing te groot zijn, bijvoorbeeld als er honderd(en) zaken moeten worden aangehouden.<sup>45</sup> Deze weging van het belang lijkt veel minder een rol te spelen voor de civiele kamer. Bij navraag kwam nog wel naar voren dat in zaken met grotere politieke of financiële consequenties soms eerder verwezen wordt uit voorzichtigheid (zie par. 2.3.2).

Een ander verschil met de hoogste bestuursrechters is dat niet noodzakelijkerwijs eerst gekeken wordt of de zaak op andere (nationale) gronden kan worden afgedaan. Een raadsheer stelde dat eerst wordt gekeken of de kwestie een vraag van uitleg van EU-recht behelst en, mocht dat zo zijn, er een uitgebreid onderzoek volgt naar de vraag of het *clair* of *éclairé* is. Pas daarna wordt gekeken of de vraag ook op een andere manier kan worden afgedaan.<sup>46</sup> De hoogste bestuursrechters lijken het laatste juist eerder als uitgangspunt te nemen en proberen zaken zo veel mogelijk op andere (nationale) gronden te beslissen, om zo verwijzing te voorkomen.<sup>47</sup> Ook het argument dat verwijzing naar het HvJ een verstoring van het nationale proces oplevert, of de voorkeur om een zaak zelf op te lossen werd bij de Hoge Raad niet genoemd.

De geïnterviewden bij de civiele kamer stonden ook neutraler ten opzichte van de exercitie van verwijzen. Zij noemden bijvoorbeeld niet dat zij plezier halen uit het schrijven van een verwijzingsuitspraak noch dat zij het (te) veel werk vinden. Een geïnterviewde stelde simpelweg dat het een 'onderdeel van het werk' is.<sup>48</sup> Bij de hoogste bestuursrechters leek er meer een tegenstelling te zijn. Enerzijds waren er rechters die verwijzing als verstoring van het nationale proces zien, met name die uit het rechtshandelen, en anderzijds waren er rechters, met name die een achtergrond hebben in het EU-recht, die juist aangaven plezier te hebben in het schrijven van een goede verwijzing.<sup>49</sup> Dit neemt niet weg dat er ook binnen de civiele kamer verschillen zijn qua achtergrond en ervaring met het stellen van prejudiciële vragen.<sup>50</sup> Diegenen die dieper in het EU-recht zitten, zien eerder vragen en zullen eerder verwijzen, ook omdat zij willen bijdragen aan de ontwikkeling van het EU-recht.<sup>51</sup> Een geïnterviewde erkende dat raadsheren met een achtergrond als rechter of advocaat meer kijken naar het onderliggend geschil, terwijl raadsheren met (vooral) een academische achtergrond 'interessante puzzels' zien.<sup>52</sup> De expertise van een raadsheer kan maken dat een vraagpunt (sneller) wordt gesignaleerd en opgeworpen. Zeker als er een besef bij de andere raadsheren is dat het punt geopperd wordt door iemand die

35. HvJ EU 13 december 2012, C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795 (*Expedia*); zie Hengevelt en Veenbrink in *SEW* 2014/3, p. 93-94.

36. Interview 48.

37. Interview 27, 59; Krommendijk 2017, p. 308.

38. Interview 23, 27, 75; Vranken 2015.

39. Polak 2009, p. 103.

40. Krommendijk 2017, p. 310.

41. Interview 27, 41, 48.

42. Interview 87.

43. Interview 41.

44. Ook een ander (23) verwees naar de grap dat het juist de ingewikkelde zaken zijn die verwezen worden. Interview 23, 48.

45. Krommendijk 2017, p. 311.

46. Interview 59.

47. Sevenster & Wissels 2016, p. 90; Krommendijk 2017, p. 308.

48. Interview 59.

49. Krommendijk 2017, p. 308.

50. Interview 79.

51. Interview 27, 48.

52. Interview 27.

een expert is op dat gebied, dan zal de rest niet snel zeggen dat verwijzing niet nodig is.<sup>53</sup> Dit gebeurde bijvoorbeeld in de zaak *Holterman Ferho*, over de samenloop van bestuurdersaansprakelijkheid op grond van het arbeidsrecht en het vennootschapsrecht, waar de Hoge Raad in tegenstelling tot de conclusie van de A-G het nodig vond om te verwijzen.<sup>54</sup> Tegelijkertijd werd benadrukt dat de zetel bepaalde 'hobby's' of interesses van individuele raadsheren 'compenseert' en voorkomt dat deze te veel doorklinken in uitspraken en overwegingen.<sup>55</sup> Dit laatste lijkt zeker aannemelijk als het gaat om een zetel met vijf raadsheren, waar in alle twaalf verwezen zaken sprake van was.

Een complicatie bij een beslissing om te verwijzen van de civiele kamer is dat de Hoge Raad sommige IE-rechtelijke kwesties zowel aan het Benelux-Gerechtshof (BenGH) als aan het HvJ kan stellen. In de zaak *Dior/Evora* is de Hoge Raad gelijktijdig naar het HvJ en naar het BenGH gegaan met vragen over respectievelijk de uitlegging van de Eerste Richtlijn 89/104/EEG en de Eenvormige Beneluxwet op de merken. Het BenGH wachtte vervolgens de beantwoording door het HvJ af.<sup>56</sup> In de zaak *Montis*, een zaak uit 2013 over de auteursrechten op de fauteuil Charly en de stoel Chaplin, is er eveneens gesproken over gelijktijdige verwijzing door de zaak te splitsen, zoals in de zaak *Dior/Evora*. Uiteindelijk is daarvan afgezien omdat de Hoge Raad 'bevreesd was de zaak uit elkaar te halen'.<sup>57</sup> De zaak ging voornamelijk over de *Benelux* Tekeningen en Modellen Wet (*BTMW*) en het was niet op voorhand duidelijk dat het EU-recht relevant was, wat ook bleek uit het uiteindelijke antwoord van het HvJ op de door het BenGH doorgespeelde vragen.<sup>58</sup> Het idee was om het aan het BenGH over te laten om 'in het reine te komen met EU-recht'.<sup>59</sup> De gedachte was dat dit de 'efficiëntste weg' was, omdat als de vragen meteen aan het HvJ zouden zijn gesteld, de zaak waarschijnlijk daarna alsnog naar het BenGH had moeten.<sup>60</sup> Meer algemeen observeerde een geïnterviewde dat het vanuit coördinatieoogpunt soms beter is als het BenGH als tussenstation wordt gebruikt, omdat dit een beter overzicht heeft van de zaken uit de drie betrokken landen.<sup>61</sup>

### 2.3.2 ... en nauwelijks strategische rechtspolitieke overwegingen

In de literatuur wordt veelvuldig betoogd dat strategische rechtspolitieke overwegingen een (belangrijke) rol spelen bij

de beslissing om (niet) te verwijzen. Zo zouden rechters naar het HvJ verwijzen om steun vanuit Luxemburg te krijgen richting wetgever of bestuur.<sup>62</sup> Meer nog dan de hoogste bestuursrechters benadrukten de geïnterviewden dat de Hoge Raad louter verwijst om juridisch inhoudelijke redenen en dat strategische rechtspolitieke overwegingen geen rol spelen.<sup>63</sup> Een geïnterviewde stelde dat er 'geen verborgen agenda's' of 'eigen belangen' zijn.<sup>64</sup> Een ander stelde: 'rechters zijn geen politici; strategieën zie je niet', ook omdat de rechterlijke macht daar te serieus voor is.<sup>65</sup> Het hiervoor genoemde steun verkrijgen vanuit Luxemburg werd nadrukkelijk afgewezen.<sup>66</sup> De Hoge Raad heeft geen steun nodig en 'durft' zelf een uitspraak voor zijn rekening te nemen, en probeert dan te overtuigen op basis van de gevolgde redenering.<sup>67</sup> Sommige geïnterviewden gaven aan dat bij lagere rechters rechtspolitieke overwegingen eerder spelen.<sup>68</sup>

Bij doorvragen erkenden sommige geïnterviewden echter dat in bepaalde zaken rechtspolitieke overwegingen mogelijk op de achtergrond een (kleine) rol speelden. Enige terughoudendheid om hier al te veel waarde aan te hechten is op zijn plaats, omdat de geïnterviewden hier niet zelf mee kwamen en het ook kan gaan om rationalisaties achteraf.<sup>69</sup> Zo lijkt het dat grote financiële consequenties 'een zetje' kunnen vormen om te verwijzen. Volgens een geïnterviewde is dit niet vanuit het idee van het krijgen van steun vanuit Luxemburg voor een bepaald oordeel, maar veeleer ter legitimering van uitspraken.<sup>70</sup> De zaak die het meest in dit plaatje past, is die van *Massar*, waar het ging om de vraag of een rechtsbijstandverzekering zich ook uitstrekt tot bestuursrechtelijke geschillen bij het UWV, waarvoor geen verplichte procesvertegenwoordiging geldt. In de verwijzingsuitspraak van de Hoge Raad werden de grote financiële consequenties expliciet genoemd.<sup>71</sup> De reden dat tijdens interviews is doorgevraagd over deze zaak is dat deze op het eerste gezicht juridisch vrij duidelijk lijkt, wat ook blijkt uit het feit dat de zaak bij het HvJ door een kamer van drie rechters is afgedaan zonder conclusie van een A-G.<sup>72</sup> Dit laatste gebeurt ingevolge art. 20 van het Statuut van het HvJ als er 'geen nieuwe rechtsvraag aan de orde is'. Een geïnterviewde gaf toe dat deze lezing zo gek nog niet is. Hij/zij stelde dat de kamer het antwoord op de vraag, namelijk of de procedure bij het UWV een administratieve procedure is, eigenlijk wel wist.<sup>73</sup> Volgens deze geïnterviewde werd het HvJ min of meer gevraagd om te 'tekenen bij het

53. Interview 27.

54. HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:164 (*Holterman Ferho*); interview 27.

55. Interview 87; vgl. J. Polak, 'De menselijke factor bij de rechtsontwikkeling door rechters', *NJB* 2016/298.

56. Interview 27; HvJ EG 4 november 1997, C-337/95, ECLI:EU:C:1997:517 (*Dior/Evora*); BenGH 16 december 1998, zaak A 95/4 (*Dior/Evora*).

57. HR 13 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1881 (*Montis*); interview 27.

58. HvJ EU 20 oktober 2016, C-169/15, ECLI:EU:C:2016:790 (*Montis*); BenGH 27 maart 2015, zaak A 13/2 (*Montis*).

59. Interview 27.

60. Interview 87.

61. Interview 41.

62. Zie voornamelijk K.J. Alter, *Establishing the supremacy of European law. The making of an international rule of law in Europe*, Oxford: Oxford University Press 2001. Zie hierover uitgebreider Krommendijk & Loth 2018.

63. Interview 41, 59, 75.

64. Respectievelijk interview 41, 59.

65. Interview 75.

66. Interview 41, 59, 75.

67. Interview 23, 87.

68. Interview 59, 87.

69. Vgl. Bakels, die stelde dat men niet te veel achter Hoge Raad-uitspraken moet zoeken. Bakels 2015, p. 937.

70. Interview 87.

71. HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2901 (*Massar*), r.o. 3.7.4.

72. HvJ EU 7 april 2016, C-460/14, ECLI:EU:C:2016:216 (*Massar*).

73. Interview 27.



kruisje' onder het mom 'u zult wel gek zijn als u het anders ziet'. Gedurende interviews werd eveneens erkend dat vanwege de grote financiële belangen het misschien beter was dat het HvJ over deze kwestie beslist en de consequenties voor zijn rekening neemt.<sup>74</sup> Een geïnterviewde had het in deze context over een 'alibi' of 'de bal leggen waar die thuishoort'; 'als de EU dat wil, dan moet de EU dat zeggen, dan hebben wij dat niet bedacht'.<sup>75</sup> Een andere geïnterviewde wierp deze lezing verre van zich en stelde dat in deze kwestie van uitleg van EU-recht, waarvoor de primaire verantwoordelijkheid bij het HvJ ligt, er twijfel was omdat niet geheel zeker was of het HvJ daar al iets over had gezegd.<sup>76</sup> Nog een ander benadrukte eveneens dat dit een 'sterk omstreden vraag' was in Nederland, waar je 'in redelijkheid verschillend over kan denken'.<sup>77</sup> Toch stelde ook deze geïnterviewde dat de grote financiële consequenties maken dat je een beslissing niet gemakkelijk 'wegtik', zeker als zonder verwijzing naar het HvJ later blijkt dat de Hoge Raad de verkeerde keuze had gemaakt en dat consequenties heeft voor duizenden zaken. Prejudiciële vragen waren dus verstandig om 'een potentiële tijdbom van tevoren onschadelijk te maken'.<sup>78</sup> Ook een ander stelde zich de vraag: 'Durven wij een beslissing te nemen waardoor de poliskosten hoog oplopen?', zeker ook omdat de kwestie door partijen hoog werd opgespeeld.<sup>79</sup> Deze zaak illustreert dat grote financiële of politieke consequenties een extra zetje kunnen geven bij de beslissing om te verwijzen, maar zeker niet op zichzelf de aanleiding vormen of doorslaggevend zijn. Een geïnterviewde had het over 'zekerheid' verkrijgen in plaats van steun, hoewel hij/zij erkende dat de scheidslijn tussen beide dun is.<sup>80</sup>

Tijdens interviews kwamen nog twee zaken voorbij waarin dergelijke grote consequenties mogelijk een rol speelden bij de verwijzingsbeslissing. Een geïnterviewde wees eigenstandig op de door de Hoge Raad verwezen zaak *Antroposana*. Deze zaak ging over de registratie van antroposofische geneesmiddelen die niet homeopathisch zijn bereid. A-G Keus raadde aan om niet te verwijzen, mede omdat het ging om een kort geding. Hij stelde op basis van de rechtspraak van het HvJ dat het duidelijk was dat deze geneesmiddelen onderworpen zijn aan de vergunningsvereisten, zoals het HvJ later ook bevestigde.<sup>81</sup> Volgens een geïnterviewde speelden de mogelijke financiële consequenties wellicht een rol om deze zaak toch te verwijzen, ondanks de conclusie van de A-G, aangezien veel bedrijven zouden worden getroffen door de uitspraak van de Hoge Raad.<sup>82</sup> Een andere geïnterviewde noemde, na doorvragen over de zaak *Massar*, de zaak *ACI Adam* als een ander voor-

beeld van een zaak waarin een 'ingrijpende beslissing' moest worden genomen. De mogelijk grote gevolgen en het feit dat de Nederlandse politiek vond dat de thuishoofheffing ook voor illegale kopieën gold, versterkten de neiging om vragen te stellen.<sup>83</sup>

Een andere variant van een bijkomende 'rechtspolitieke' overweging is het agenderen van een bepaalde kwestie. Sommige geïnterviewden stelden, na doorvragen, dat *Diageo Brands* een 'politieke ondertoon' had aangezien het hier eigenlijk ging om andere lidstaten de maat te nemen.<sup>84</sup> In deze zaak vroeg de Hoge Raad zich af of hij gehouden was om een Bulgaars vonnis te erkennen op grond van het beginsel van wederzijds vertrouwen als er aanleiding is te veronderstellen dat dit vonnis onjuist is, of zelfs op onzuivere wijze tot stand is gekomen. Zo stelde een geïnterviewde dat door deze zaak te verwijzen aandacht in Luxemburg werd gevraagd voor de onafhankelijkheid van de rechtspraak in sommige lidstaten, en deze verwijzing wellicht zou bijdragen aan de rechtsstatelijkheid en op die manier zelfs aan vrede en veiligheid in Europa.<sup>85</sup> Een andere geïnterviewde stelde na doorvragen dat de kwestie van al dan niet verwijzen in de zaak *Holterman Ferbo* 'misschien' opkwam vanuit een 'rechtspolitieke gut feeling' dat werknemersbescherming zou moeten prevaleren.<sup>86</sup>

### 2.3.3 De rol van de A-G

Het is alom bekend dat het parket essentieel is voor de rechtsvormende taak van de Hoge Raad.<sup>87</sup> Een oud-raadsheer stelde zelfs dat de conclusie van de A-G meer invloed heeft op de Hoge Raad-uitspraak dan de raadsheren die niet concipiënt in een zaak zijn.<sup>88</sup> Deze grote invloed geldt ook voor de verwijzingspraktijk. Een conclusie van een A-G aan de Hoge Raad om prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ is aanleiding voor de Hoge Raad om nauwkeurig over dit punt na te denken.<sup>89</sup> Geïnterviewden erkenden dat de conclusie van de A-G een belangrijke rol speelt en ook vrij vaak wordt gevolgd, omdat het idee is dat er lang over is nagedacht door de A-G en zijn/haar team.<sup>90</sup> Het advies van de A-G om te verwijzen zou zelfs belangrijker zijn dan een verzoek van partijen daartoe.<sup>91</sup>

Van de twaalf verwijzingen van de civiele kamer had de A-G in negen gevallen ook geadviseerd om vragen aan het HvJ

74. Een geïnterviewde (27) antwoordde op de vraag of de Hoge Raad het HvJ de kolen uit het vuur liet halen, dat dit 'misschien een beetje' gold. Interview 27, 75.

75. Interview 87.

76. Interview 59.

77. Interview 41.

78. Interview 41.

79. Interview 27.

80. Interview 23.

81. HR 27 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU5271; ECLI:NL:PHR:2006:AU5271, par. 5; HvJ EG 20 september 2007, C-84/06, ECLI:EU:C:2007:535 (*Antroposana*).

82. Interview 48.

83. HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5879; HvJ EU 10 april 2014, C-435/12, ECLI:EU:C:2014:254 (*ACI Adam*); interview 87.

84. HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2062 (*Diageo Brands*); interview 27.

85. Interview 59.

86. HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:164 (*Holterman Ferbo*); interview 27.

87. J.B.M. Vranken, 'Taken van de Hoge Raad en zijn parket in 2025', in: A.M. Mol e.a. (red.), *De Hoge Raad in 2025: contouren van de toekomst van de cassatierechtspraak*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 29-46, p. 45.

88. Bakels 2015, p. 929-930.

89. Vgl. Polak 2009, p. 107.

90. Interview 27, 87.

91. Interview 41, 87. Dit komt ook indirect tot uiting in het feit dat de raadsheren die op een zaak zitten ('de zetel') de beschikking over alle stukken hebben, terwijl de overige raadsheren slechts de conclusie hebben. Bakels 2015, p. 928.

te stellen. In de zaken *Connexxion Taxi Services* en *Synthon* raadden A-G Keus en A-G Van Peurseem aan om niet te verwijzen, omdat het ging om een kort geding.<sup>92</sup> In de zaak *Holterman Ferho*, over de samenloop van bestuurdersaansprakelijkheid op grond van het arbeidsrecht en het vennootschapsrecht, gaf A-G Vlas aan dat er sprake was van een *acte éclairé*, wat uiteindelijk niet zo bleek te zijn gezien de uitspraak van het HvJ.<sup>93</sup> Het is ook interessant om te kijken naar de frequentie waarmee de Hoge Raad het A-G-advies om te verwijzen *niet* opvolgt. In de periode 2013-2016 is dit maar vier keer gebeurd. De hiervoor besproken zaak *Montis* werd wel verwezen, maar naar het BenGH in plaats van het HvJ.<sup>94</sup> In de andere drie zaken was de beslissing om niet te verwijzen logisch. Bij de *Makro*-zaak ging het over mogelijke vervolgvragen naar aanleiding van eerder gestelde vragen in die zaak. Vervolgvragen komen überhaupt (bijna) nooit voor (zie par. 4).<sup>95</sup> In de zaak *Apple* stelde A-G Verkade subsidiair vragen voor aan het HvJ voor het geval dat het voorwaardelijk incidenteel beroep van Samsung aan de orde zou komen. Zowel A-G als Hoge Raad was evenwel van oordeel dat dit niet aan de orde kwam, omdat het principaal beroep van Apple moest worden verworpen.<sup>96</sup> In een vierde zaak wees A-G Keus zijdelings op de noodzaak van verwijzen in een bijzinnetje ('in het geval art. 56 VWEU in dit geding beslissend zou blijken, [zou] een prejudiciële vraag dienaangaande (...) zijn aangewezen').<sup>97</sup> De Hoge Raad ging hieraan voorbij, aangezien hij casseerde op grond van een onvoldoende motivering door het gerechtshof van 'een essentiële stelling' ten aanzien van art. 56 VWEU.<sup>98</sup> Daarnaast zijn er nog 27 zaken gevonden waarin in de A-G-conclusie de optie van verwijzen is bediscussieerd, maar waarin de Hoge Raad niet ingaat op de redenen om niet te verwijzen. Het lijkt aannemelijk dat in dergelijke gevallen de Hoge Raad het eens is met de analyse van de A-G dat prejudiciële vragen niet noodzakelijk zijn.<sup>99</sup>

Uit deze bespreking blijkt dat de Hoge Raad voorzichtiger is dan de A-G. Dat werd ook beaamd door sommige A-G's én raadsheren.<sup>100</sup> Een geïnterviewde A-G was van mening dat het arrest *Cilfit* 'met gezond verstand' kan worden toegepast, aangezien het arrest *Cilfit* een strenge regel is die is geformuleerd

toen het HvJ nog niet de *Francovich*-staatsaansprakelijk had aangenomen. A-G Van Peurseem refereert daarnaast in meerdere conclusies aan de soepelere maatstaf van het 'Köbler-risico'.<sup>101</sup> Een illustratie van de meer gedurfde benadering van A-G's is de wat oudere zaak *Residex*. In deze zaak stelde A-G Keus:

'Alhoewel rechtspraak en literatuur naar mijn mening voldoende zijn ontwikkeld om de vraag naar de strekking van art. 108 lid 3 VWEU (art. 88 lid 3 EG) zonder prejudiciële verwijzing te kunnen beantwoorden (en ik op grond van die rechtspraak en literatuur tot vernietiging zal concluderen), zal de Hoge Raad, mede gelet op de door het HvJ EU strikt geformuleerde verplichting tot prejudiciële verwijzing, mogelijk het stellen van prejudiciële vragen overwegen.'<sup>102</sup>

Dat is precies wat de Hoge Raad deed.<sup>103</sup> Ook stelde A-G Keus in de zaak *Connexxion Taxi Services*, in de ogen van een geïnterviewde, 'met heel veel overtuiging' dat er geen vragen hoefden te worden gesteld en dat de uitsluiting van de Combinatie van de aanbestede opdracht vanwege een ernstige beroepsfout *wel* aan het evenredigheidsbeginsel kan (én zelfs moet) worden getoetst.<sup>104</sup> Uit de uiteindelijke antwoorden van het HvJ bleek echter het tegendeel.<sup>105</sup> Dezelfde voorzichtigheid bij de kamer is te zien bij de zaak *Holterman Ferho*, waar de A-G adviseerde geen vragen te stellen.<sup>106</sup> Mede in het licht van deze drie zaken stelden sommigen dat je als raadsheer 'scherp moet opletten' en niet te snel op grond van het Nederlandse recht moet denken dat 'we het wel weten', ook omdat de A-G's het niet altijd bij het juiste eind hebben wat betreft de uitleg van het EU-recht.<sup>107</sup> Als een A-G concludeert dat sprake is van *acte clair* kan dat de Hoge Raad wel sterken om, wanneer er over 'één buitennissigheidje' nog twijfel is, zelf de knoop door te hakken op basis van de vaste rechtspraak van het HvJ.<sup>108</sup> Ook kan het zijn dat de A-G minder (of andere) vragen voorstelt dan de Hoge Raad uiteindelijk stelt.<sup>109</sup> Als er toch al wordt verwezen, dan lijkt de Hoge Raad liever te veel dan te weinig vragen te stellen.<sup>110</sup> Zo werd in de zaak *Rosbeek* nog een extra vraag gesteld.<sup>111</sup>

92. A-G Keus maakt aan het einde van zijn advies een zeer korte slotopmerking, dat een verwijzing 'niet verplicht en mijns inziens evenmin opportuun' is. ECLI:NL:PHR:2014:2001 (*Connexxion Taxi Services*), par. 5; ECLI:NL:PHR:2016:866 (*Synthon*), par. 4.29.

93. ECLI:NL:PHR:2013:1265 (*Holterman Ferho*), par. 2.9.

94. A-G Langemeijer stelde verwijzing naar het BenGH 'al dan niet gelijktijdig' met verwijzing naar het HvJ voor. ECLI:NL:PHR:2013:1864 (*Montis Design*), par. 5.20-5.23.

95. A-G Verkade in ECLI:NL:PHR:2013:114, par. 4.15; HvJ EG 15 oktober 2009, C-324/08, ECLI:EU:C:2009:633 (*Makro*).

96. ECLI:NL:PHR:2013:BZ1983 (*Apple*), par. 6.5.

97. ECLI:NL:PHR:2013:BX9761, par. 2.6.

98. HR 1 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX9761 (*Stichting Volkshuisvesting Arnhem*), r.o. 3.4; zie over de vragen die deze zeer korte afdoening van de Hoge Raad oproepen, H.J. van Harten & S.R.W. van Hees, 'Twisten tussen woningcorporatie en huurder: garandeert het Unierecht een recht op schotelantennes?', *NtER* 2014, p. 17-24.

99. Uit art. 81 Wet RO-zaken blijkt vaak dat de Hoge Raad het eens is met de conclusie van de A-G. 'Interview: Coen Drion geeft tips voor Hoge Raad-watchers', *Mr. Online* 2015, afl. 5, p. 20-23, p. 22.

100. Interview 48, 75.

101. Zie bijv. A-G Van Peurseem in ECLI:NL:PHR:2014:2342 (*My Little Pony*). Bij *Köbler* ging het om staatsaansprakelijkheid in 'het uitzonderlijke geval waarin de rechter het toepasselijke recht kennelijk heeft geschonden'. HvJ EG 30 september 2003, ECLI:EU:C:2003:513 (*Köbler*), punten 53 en 123-124.

102. ECLI:NL:PHR:2010:BL4082 (*Residex*), par. 3.

103. HR 28 mei 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL4082; HvJ EU 8 december 2011, C-275/10, ECLI:EU:C:2011:814 (*Residex*).

104. A-G Keus in ECLI:NL:PHR:2014:2001, par. 2.11.

105. HvJ EU 14 december 2016, C-171/15, ECLI:EU:C:2016:948 (*Connexxion*); interview 75.

106. ECLI:NL:PHR:2013:1265 (*Holterman Ferho*); interview 27.

107. Interview 27, 75, 87.

108. Interview 23, 27.

109. Zie bijv. HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:88 (*Ryanair*).

110. Polak 2009, p. 105.

111. HR 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2269 (*Rosbeek*); interview 27.

Ondanks de grotere voorzichtigheid bij de kamer zitten de kamer en het parket in het merendeel van de zaken op één lijn. Dat stemt overeen met wat Polak concludeerde op basis van een onderzoek naar alle IPR-uitspraken van de Hoge Raad in 2000-2009. Uit deze analyse kwam naar voren dat de Hoge Raad de conclusie van de A-G ter harte nam door in 41 zaken geen prejudiciële vragen te stellen, maar de klachten meteen zelf te behandelen (30 zaken) of te verwerpen op grond van art. 81 Wet RO (11 zaken). In slechts drie zaken volgde hij de conclusie van de A-G niet en stelde hij *geen* vragen. Daarnaast verwees de Hoge Raad tien zaken naar het HvJ overeenkomstig de conclusie van de A-G.<sup>112</sup> De relatief grote parallellie tussen kamer en parket blijkt ook uit een vergelijking met de belastingkamer, waar de divergentie veel groter is. Van de 36 door de belastingkamer verwezen zaken is er slechts in een kwart van de zaken (9) door de A-G geadviseerd om te verwijzen. In meer dan de helft van de zaken (20) lag er niet zo'n advies, omdat de A-G niet inging op deze optie of omdat hij/zij deze optie expliciet afwees. In nog eens zeven zaken was er geen conclusie genomen. Daarnaast is er nog zeven keer door een A-G geadviseerd om te verwijzen zonder dat de Hoge Raad daar gevolg aan gaf. Gevraagd naar verklaringen voor het verschil kwam er echter wel een plausibele reden naar voren. Bij civiel wordt namelijk in alle zaken een conclusie genomen.<sup>113</sup> Bij belasting bepaalt de A-G of een conclusie wordt genomen en zal dit vaker gebeuren in juridisch nieuwe en/of moeilijke zaken waar logischerwijze eerder verschillend over gedacht kan worden.<sup>114</sup>

### 2.3.4 De rol van partijen

Ontegengesteld hebben partijen een grote invloed op de rechter bij de beslissing om te verwijzen. Het zijn de partijen die de omvang van het geschil bepalen en de civiele rechter is traditiegetrouw lijdelijk. De middelen moeten een kwestie van uitleg van EU-recht aan de orde stellen en aangeven dat uitleg daarvan noodzakelijk is voor de oplossing van het geschil.<sup>115</sup> Zo noemde een geïnterviewde dat een reden dat de Hoge Raad de kwestie van proceskostenveroordeling in het IE-recht niet heeft verwezen wellicht te maken had met het feit dat de middelen onvoldoende dit punt ter discussie stelden.<sup>116</sup>

De vraag is in hoeverre partijen de Hoge Raad ook echt op het spoor van prejudiciële vragen zetten door daartoe een verzoek te doen. Geïnterviewden noemden, vaak pas bij navraag, dat een verzoek door (een van) de partijen om te verwijzen een van de vele factoren is die aanleiding kunnen geven om vragen te stellen.<sup>117</sup> De indruk bij de geïnterviewden is dat er niet vaak een verzoek wordt gedaan.<sup>118</sup> Vaker zwijgen partijen omdat ze willen dat de Hoge Raad snel een knoop doorhakt, of omdat advocaten huiverig zijn vanwege de benodigde tijd

en het benodigde geld bij verwijzing naar Luxemburg.<sup>119</sup> Naast de kleine hoeveelheid verzoeken valt op dat geïnterviewden relatief positief zijn over de kwaliteit van verzoeken. Zij gaven aan dat partijen niet heel gemakkelijk roepen dat er verwezen moet worden. Het is slechts een enkele keer dat een stelling wordt geponereerd die kant noch wal raakt.<sup>120</sup> De lagere frequentie en betere kwaliteit van verzoeken verschillen met de praktijk bij de hoogste bestuursrechters, waar juist veel vaker matig onderbouwde verzoeken lijken te worden gedaan.<sup>121</sup> Een mogelijke verklaring van het verschil tussen de civiele kamer en de hoogste bestuursrechters is dat bij de civiele kamer een cassatieadvocaat verplicht is, die aan specifieke eisen van vakbekwaamheid moet voldoen om in cassatie werkzaam te zijn.<sup>122</sup>

Uit interviews komt naar voren dat een verzoek geen grote rol speelt in de beslissing om al dan niet te verwijzen. De Hoge Raad neemt kennis van een verzoek, maar maakt uiteindelijk een eigen afweging en heeft (en ervaart) geen enkele verplichting gehoor aan verzoeken te geven.<sup>123</sup> Als partijen geen prejudiciële vragen willen, dan gaat de Hoge Raad daar niet noodzakelijkerwijs in mee, hoewel het wel een 'ontsnappingsmogelijkheid' biedt om de zaak op zo'n manier af te doen dat niet hoeft te worden verwezen.<sup>124</sup> Vaak hebben raadsheren een bepaald vraagpunt ook al zelf bedacht, zeker als het gaat over een punt dat al in de hele procedure een rol speelde.<sup>125</sup> Een verzoek wordt door sommigen zelfs als een zwakgebod gezien, aangezien het vaak gedaan wordt als er voor die partij een ongunstige uitspraak ligt.<sup>126</sup> Een verzoek wordt daarnaast volgens een geïnterviewde serieuzer genomen als partijen grote (markt)spelers zijn.<sup>127</sup> Dit laatste geldt ook als een kwestie hoog wordt opgespeeld door partijen, zoals in de zaak *Massar*.<sup>128</sup> 'Een sterke indicator' ten gunste van verwijzing is ook als beide partijen voorstellen om prejudiciële vragen te stellen, maar dit komt niet vaak voor omdat verwijzing meestal niet in het belang is van een van de partijen.<sup>129</sup> Als partijen op hoge kosten worden gejaagd als gevolg van verwijzing, zeker de partij die waarschijnlijk in het gelijk wordt gesteld, is het nog meer van belang dat het een beslissend punt is 'waardoor de zaak kantelt'.<sup>130</sup> Als het verzoek pas door partijen in een Borgersbrief wordt gedaan, wordt daar minder waarde aan gehecht.<sup>131</sup>

119. Interview 48, 79.

120. Interview 27, 48.

121. Krommendijk 2017, p. 314.

122. Interview 27, 48; Bakels 2015, p. 929.

123. Interview 41.

124. Interview 87.

125. Een geïnterviewde (41) gaf aan dat er eerder wordt verwezen als gevolg van de conclusie van de A-G dan een verzoek van partijen. Interview 41, 48.

126. Interview 87.

127. Bijv. in HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2834 (*Synthon*); interview 27.

128. HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2901 (*Massar*); interview 27.

129. Interview 27, 48, 87.

130. Interview 27.

131. Interview 87; vgl. EHRM 24 april 2018, zaak 55385/14 (*Baydar*), ECHR 2018/142, m.nt. Claassen en Krommendijk.

112. Polak 2015, p. 98-102.

113. Interview 23.

114. Interview 87.

115. Interview 41.

116. Interview 45.

117. Interview 41, 59.

118. Interview 23, 41, 48, 59, 87.



Het beeld dat verzoeken maar een beperkte rol spelen, wordt bevestigd door de analyse van uitspraken, hoewel het lastig is om precies na te gaan in welke (niet-)verwezen zaken een verzoek is gedaan, omdat dit heel vaak niet wordt gemeld.<sup>132</sup> In twee gevallen verwijst de Hoge Raad expliciet naar een verzoek van een der partijen, hoewel hij dat in één geval vrij omfloerst doet.<sup>133</sup> In een derde geval blijkt uit de conclusie van de A-G dat er is aangedrongen op vragen.<sup>134</sup> Wellicht is in meer zaken een verzoek gedaan, nu de Hoge Raad in beginsel niet verwijst naar een standpunt van partijen als hij het daarmee eens is.<sup>135</sup> In de dertig Hoge Raad-uitspraken uit de periode 2013-2016 waarin expliciet is besloten om niet te verwijzen, wordt in geen enkele uitspraak melding gemaakt van een verzoek. In negen gevallen komt wel uit de conclusie van de A-G naar voren dat er zo'n verzoek lag.<sup>136</sup>

De civiele kamer is recent ook begonnen met het voorleggen van de vragen aan partijen, althans in één zaak (*Synthon*).<sup>137</sup> In de meest recente verwijzing in de zaak *Rosbeek* is dat echter niet gebeurd, simpelweg omdat dit 'over het hoofd is gezien' en 'er doorheen is geglipt'.<sup>138</sup>

### 2.3.5 Kort geding

Voor de Hoge Raad geldt dat hij op grond van de vaste rechtspraak van het HvJ niet verplicht is om te verwijzen in een kort geding.<sup>139</sup> Omdat er geen verplichting is, is er (meer) ruimte voor beleidsmatige overwegingen en moet 'er iets bijzonders aan de hand' zijn, wil de Hoge Raad verwijzen, aldus twee geïnterviewden.<sup>140</sup> In beginsel verdraagt het spoedeisende karakter van een kort geding zich namelijk niet met het stellen van vragen, hoewel er vaak ook weinig spoed meer is in zaken die de Hoge Raad bereiken.<sup>141</sup> Het afwegingskader voor verwijzen in kort geding komt meer overeen met de eerder besproken pragmatische benadering van de hoogste bestuursrechters.

In een kort geding kijkt de Hoge Raad vooral naar de wens van partijen en zal er bijvoorbeeld sneller worden verwezen als het om een proefprocedure gaat.<sup>142</sup> Zo was een bijkomende reden om te verwijzen in het kort geding in de zaak *Synthon* dat partijen zelf hadden aangedrongen op vragen.<sup>143</sup> Als het kort geding daadwerkelijk spoedeisend is, zal sneller worden afgezien van verwijzing.<sup>144</sup> Ook het gewicht en de relevantie

van de vraag spelen een (grotere) rol. Er zal sneller worden verwezen als het een volkomen onontgonnen terrein is.<sup>145</sup> Zo verwijst de Hoge Raad eerder in een kort geding als weinig zaken de Hoge Raad in bodemprocedure bereiken, zoals bijvoorbeeld in aanbestedingszaken. In zo'n geval is het idee bij de civiele kamer dat 'we de kans moeten grijpen'.<sup>146</sup> Het is mede daarom dat in de zaak *Connexxion Taxi Services* is verwezen, 'anders komen dit soort zaken nooit bij het HvJ terecht'.<sup>147</sup> Wanneer het praktische belang gering is, is dat juist een reden om minder snel te verwijzen. Twee geïnterviewden wezen op de zaak *Becton* als voorbeeld daarvan.<sup>148</sup> In deze zaak oordeelde de Hoge Raad dat werkzaamheden verband houdend met een zuiver processuele kwestie (over de vraag of de overschrijding van een appeltermijn tot niet-ontvankelijkheid dient te leiden) onder de werkingssfeer van art. 14 Handhavingsrichtlijn en art. 1019h Rv vallen. Mede omdat er sprake was van een beperkt belang was het idee dat de kamer sneller zelf een knoop kan doorhakken onder het mom van '1 + 1 = 2'.<sup>149</sup> Overigens speelde in de zaak *Becton* ook nog de verwachting dat een antwoord op eventuele vragen weinig meer zou toevoegen aan de rechtspraak van het HvJ, of dat het HvJ simpelweg zou zeggen dat de beoordeling aan de nationale rechter is. Deze verwachting versterkte het idee dat de raadsheren in de Hoge Raad 'niet als een stel angsthazen hoeven te gaan zitten wachten' op het HvJ.<sup>150</sup>

De Hoge Raad lijkt zich daarnaast in een kort geding meer vrijheid te gunnen om slechts zaken te verwijzen die zich daartoe goed lenen. Een mogelijk voorbeeld hiervan is *Ricob*. In deze zaak over de aanbesteding van printers, waarbij het bod van de als eerste geëindigde inschrijver naderhand ongeldig bleek te zijn, is geen vraag gesteld, hoewel de A-G wel mogelijkheden daartoe zag vanwege de twijfel over de uitleg van EU-recht.<sup>151</sup> In de literatuur is daar later ook kritiek op gekomen.<sup>152</sup> De A-G adviseerde om niet te verwijzen, omdat – naast het feit dat sprake was van een kort geding – ook in cassatie niet is ingegaan op de 'rangordeparadox' en de cassatiemiddelen ook beperkt van opzet waren.<sup>153</sup> Een ander voorbeeld is in de zaak *My Little Pony* over de slaafse nabootsing van deze Hasbro-pony door Simba. In deze zaak waren er eveneens de nodige twijfels over de uitleg van EU-recht.<sup>154</sup> De Hoge Raad liet in het midden of er daadwerkelijk sprake was

132. Interview 87.

133. HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:757 (*Connexxion Taxi Services*); HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0265 (*Art & Allposters*).

134. A-G Van Peursem in ECLI:NL:PHR:2016:866 (*Synthon*), par. 4.29.

135. Interview 87.

136. Soms is het onduidelijk of er een verzoek is gedaan. Zie bijv. A-G Verkade in ECLI:NL:PHR:2013:BZ4098, par. 1.3.

137. Interview 27, 87.

138. Interview 27.

139. HvJ EG 27 oktober 1982, zaken 35 en 36/82, ECLI:EU:C:1982:368 (*Morson/Jhanjan*), punten 8 en 9; dit wordt ook vaak als (bijkomende) reden aangevoerd door A-G's. Zie bijv. A-G Van Peursem in ECLI:NL:PHR:2016:866 (*Synthon*).

140. Interview 45, 59.

141. Interview 27, 48, 59, 87.

142. Interview 75, 87.

143. Interview 27.

144. Interview 75, 87.

145. Interview 41, 59, 75, 87.

146. Interview 27, 48, 59, 87.

147. HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:757 (*Connexxion Taxi Services*); interview 27, 59; vgl. Verkade onder *NJ* 2015/291.

148. Interview 75.

149. Tijdens interviews werd niet dieper ingegaan op dit belang. Het lijkt dat bedoeld werd op het feit dat 'het materiële geschil (...) op geen enkele wijze van invloed [is] op de beoordeling' van de processuele kwestie. HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:721 (*Becton/Braun*), r.o. 3.3.7; interview 27.

150. Interview 27; vgl. de hoogste bestuursrechters in Krommendijk 2018a, p. 65.

151. HR 9 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1078 (*Ricob*).

152. Mutsaerts onder *JAAN* 2014/125.

153. A-G Keus in ECLI:NL:PHR:2014:31 (*Ricob*), par. 3.40; vgl. Jansen onder *NJ* 2016/342.

154. Voor kritiek, zie Verkade onder *NJ* 2015/291; Geerts onder *IER* 2015/57.

van een *acte clair* of *éclairé*, en gaf als reden om niet te verwijzen dat het ging om een kort geding. Dit oordeel was in lijn met de conclusie van A-G Van Peursesem, die vond dat ‘deze zaak zich slecht leent voor een principieel rondje verwijzen’ na de overweging dat vragen op zich gesteld kunnen worden.<sup>155</sup>

### 3 HvJ-uitspraken en inbedding

#### 3.1 Algemeen

Ten aanzien van de tweede vraag, over de inbedding, zal in de navolgende bespreking naar voren komen dat er een brede tevredenheid bij de civiele kamer is over HvJ-uitspraken (par. 3.2). Desalniettemin zijn er verscheidene zaken waarvoor dat minder geldt, omdat antwoorden onduidelijk zouden zijn of het HvJ zou zijn uitgegaan van (soms) foutieve feitelijke uitgangspunten (par. 3.3 en 3.4). Op sommige terreinen, zoals het IE-recht, wordt de rechtspraak van het HvJ als inconsistent ervaren (par. 3.5). Deze problemen doen echter niet eraan af dat de civiele kamer de antwoorden inbedt, wat als loyaal kan worden gekwalificeerd (par. 4).

#### 3.2 Algemene tevredenheid ...

Bijna alle geïnterviewden benadrukten dat de Hoge Raad over het algemeen goed uit de voeten kan met de antwoorden van het HvJ.<sup>156</sup> Tegelijkertijd komt naar voren dat dit niet geldt voor alle antwoorden. Bijna iedere geïnterviewde kon wel een of soms meerdere ‘uitschieters’ noemen.<sup>157</sup> Een geïnterviewde had het idee dat ‘in termen van vakmanschap het scherp redigeren minder hoog in aanzien staat’ bij het HvJ dan de Hoge Raad.<sup>158</sup>

De meeste geïnterviewden waren in staat om hun ontevredenheid in perspectief te plaatsen. Zo benoemde een geïnterviewde dat er ook kritiek op uitspraken van de Hoge Raad zelf komt.<sup>159</sup> Twee anderen wezen op de moeilijke context waarin het HvJ opereert, met verschillende rechtsstelsels en taalproblemen.<sup>160</sup> Een geïnterviewde uitte ‘bewondering’ voor het HvJ, omdat het een ‘ramp’ is met zoveel rechtsstelsels en collega’s uit andere lidstaten.<sup>161</sup> Zijn/haar (in)directe ervaring met het BenGH is dat het daar al lastig is met slechts drie buurlanden en twee talen.<sup>162</sup> Sommige geïnterviewden trokken het boetekleed ook zelf aan en gaven aan dat er ook wat kan worden afgedongen op de kwaliteit van de inkleding en formulering van vragen door de Hoge Raad. Het is daardoor niet raar dat deze vragen niet altijd goed worden begrepen in

Luxemburg, of dat er onvoldoende rekening gehouden wordt met het nationaal privaatrechtelijk systeem.<sup>163</sup>

Verscheidene geïnterviewden benadrukten dat de ontevredenheid met bepaalde HvJ-uitspraken niet zozeer voorkomt uit een andere keuze van het HvJ dan de (inhoudelijke) voorkeur van de Hoge Raad, aangezien de Hoge Raad neutraal is en geen ‘eigen belang’ heeft.<sup>164</sup> Dit ligt misschien net iets anders in de zaak *Diageo Brands*, die tot de meeste ontevredenheid leidde. Bijna alle geïnterviewden herinnerden zich deze zaak maar al te goed. Zelfs de geïnterviewde die zich niet over specifieke zaken wilde uitlaten, had het over een ‘opzienbarend geval’.<sup>165</sup> Een ander stelde dat hij/zij ‘grote moeite’ had met de HvJ-uitspraak, die hij/zij als ‘heel ernstig’ omschreef.<sup>166</sup> Weer een ander stelde dat deze zaak hem/haar en zijn/haar collega’s hoog zit, omdat de Hoge Raad uitging van een bepaalde stelling waar het HvJ ‘doorheen gaat’, waardoor ‘kortsluiting van twee systemen’ ontstaat.<sup>167</sup> Achteraf was er daarom bij sommigen een verzuchting van ‘hadden we de vraag maar niet gesteld’.<sup>168</sup> In deze zaak vroeg de Hoge Raad zich af of het gehouden was om een Bulgaars vonnis te erkennen op grond van het beginsel van wederzijds vertrouwen als er aanleiding is te veronderstellen dat dit onjuist is, of zelfs op onzuivere wijze tot stand is gekomen. De Hoge Raad stelde nadrukkelijk in zijn verwijzingsuitspraak en in de eerste verwezen vraag vast dat de beslissing van de Bulgaarse Hoge Raad en die van de rechtbank te Sofia die daarop berust ‘evident in strijd met het Unierecht’ waren.<sup>169</sup> De Hoge Raad zette zwaar in in zijn verwijzingsuitspraak, omdat er echt de overtuiging was, zoals geïnterviewden dat later ook benadrukten, dat het evident was dat er een schending had plaatsgevonden in Bulgarije.<sup>170</sup> De Hoge Raad onderbouwde dit onder meer met verwijzing naar een brief van de Europese Commissie, waarin de Commissie stelt dat de Bulgaarse rechters niet de interpretatieve beslissing van de Bulgaarse Hoge Raad mogen volgen. In zijn uitspraak verabsoluteerde het HvJ echter het beginsel van wederzijds vertrouwen en stelde het vast dat de Bulgaarse Hoge Raad niet bewust het Unierecht heeft geschonden.<sup>171</sup> Wat de meeste geïnterviewden vooral tegen de borst stuitte, is dat het HvJ meeging in het ‘politiek gemanipuleer’ door de Commissie en de A-G.<sup>172</sup> De Commissie had, in

155. HR 17 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1063 (*My Little Pony*), r.o. 3.5.3 en 3.8.4; A-G Van Peursesem in ECLI:NL:PHR:2014:2342.

156. Interview 27, 41, 45, 87.

157. Een geïnterviewde (41) kon en wilde geen voorbeelden daarvan geven, maar hij/zij gaf nog wel aan dat de uitspraken soms enige uitleg en creativiteit van de kant van de Hoge Raad vergen. Interview 27, 41, 45, 48, 87.

158. Interview 41.

159. Interview 59.

160. Interview 41, 87.

161. Interview 87.

162. Interview 87.

163. Interview 23, 59, 75, 79; M. Loth, *De Hoge Raad in dialoog. Over rechtsvorming in een gelaagde rechtsorde* (oratie Tilburg), 2014, [https://pure.uvt.nl/portal/files/10370770/De\\_Hoge\\_Raad\\_in\\_dialoog.pdf](https://pure.uvt.nl/portal/files/10370770/De_Hoge_Raad_in_dialoog.pdf), p. 21; C.H. Sieburgh, ‘Legitimiteit confrontatie Europees recht en burgerlijk recht van nationale origine’, in: *Controverses rondom legaliteit en legitimatie (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2011-1)*, Deventer: Kluwer 2011, p. 187-242.

164. Interview 41, 59, 87.

165. Voor een uitgebreidere bespreking van deze zaak, zie Krommendijk & Loth 2018, p. 77-81; interview 41.

166. Interview 87.

167. Interview 27.

168. Interview 27.

169. HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2062 (*Diageo Brands*), r.o. 5.2.2 en 5.3.2.

170. Krommendijk & Loth 2018, p. 81; interview 27, 87.

171. HvJ EU 16 juli 2015, C-681/13, ECLI:EU:C:2015:471 (*Diageo Brands*).

172. Interview 59, 87.

de ogen van geïnterviewden, ‘een politieke deal’ bereikt met Bulgarije en op de zitting de eerdere vaststelling dat Bulgarije het EU-recht zou hebben geschonden ingetrokken.<sup>173</sup> Het HvJ ging aldus niet in op de onderliggende zorgen van de Hoge Raad.<sup>174</sup> Uiteindelijk viel de einduitspraak van het Gerechtshof, na het HvJ-arrest en de uitspraak van de Hoge Raad, die de zaak naar het Hof Amsterdam had terugverwezen, financieel mee voor benadeelde, die eigenlijk geheel in zijn recht stond.<sup>175</sup>

### 3.3 ... maar soms geen of onduidelijke antwoorden

Een eerste type antwoord waarover enig ongenoegen naar voren kwam, waren de zaken waarin het HvJ geen (duidelijk) antwoord gaf.<sup>176</sup> Verscheidene geïnterviewden gingen nog in op de algemene praktijk bij het HvJ van het herformuleren van vragen. Dit vonden zij op zichzelf niet problematisch, hoewel dat anders is wanneer het HvJ er vragen bij haalt die niet zijn bedoeld, of er geen antwoord op de gestelde vraag komt.<sup>177</sup> Dit laatste komt bijna niet voor. Een geïnterviewde wees op een oude zaak over de registratie van de klanken van Für Elise als merk. Hij/zij stelde daarover dat in plaats van dat het HvJ antwoord gaf, het inging op een andere kwestie. Het HvJ stelde namelijk expliciet dat de vraag over bepaalde voorstellingswijzen ‘irrelevant’ is.<sup>178</sup> Een andere genoemde zaak is *Zuid-Chemie*. Hierin verklaarde het HvJ een van de twee vragen van de Hoge Raad – of ook vermogensschade kan worden gevorderd – als ‘zuiver hypothetisch’, aangezien de door Zuid-Chemie geleden schade fysiek van aard was.<sup>179</sup> In een latere zaak (*Universal Music*) stelde de Hoge Raad deze vraag nogmaals. In zijn verwijzingsuitspraak noemde de Hoge Raad het onbeantwoord laten door het HvJ expliciet, als een subtiele steek onder water.<sup>180</sup> Overigens was volgens een geïnterviewde het antwoord in de zaak *Universal Music* ‘heel globaal’ en de ‘winst niet zo groot’. Desalniettemin kon de Hoge Raad er in de individuele casus mee uit de voeten.<sup>181</sup>

Dit laatste duidt op een ander probleem, namelijk dat het onduidelijk is wat het antwoord van het HvJ precies is, bijvoorbeeld omdat het beperkt gemotiveerd is. Zelfs de geïnterviewde die geen concrete voorbeelden van ‘missers’ wenste te

geven, gaf aan dat dit problematisch is.<sup>182</sup> Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de Hoge Raad heel concreet een ‘ja of nee’-vraag stelt, maar een antwoord met ‘enerzijds, anderzijds’-gezichtspunten terugkrijgt.<sup>183</sup> Een voorbeeld van deze laatste situatie is de zaak *Commerz* over de vraag of het eigenmachtig en onwettig optreden van de enig bestuurder van het Havenbedrijf Rotterdam kon worden toegerekend aan de gemeente. In zijn verwijzingsuitspraak besprak de Hoge Raad twee opties: geen toerekening omdat de gemeente in dit concrete geval niet reëel en feitelijk betrokken was, of toerekening op basis van algemene betrokkenheid van de gemeente bij het Havenbedrijf.<sup>184</sup> Het HvJ liet de kwestie open en sloot geen van de twee door de Hoge Raad gesuggereerde richtingen uit.<sup>185</sup> Het benadrukte dat het aan de nationale rechter is om de toerekenbaarheid te beoordelen ‘rekening houdend met het samenstel van relevante aanwijzingen’, die de Hoge Raad ook al in zijn verwijzingsuitspraak had aangedragen.<sup>186</sup>

In sommige gevallen komt het niet geheel aansluitend antwoord van het HvJ ook voort uit de verwijzingsuitspraak van de Hoge Raad. Een eerste voorbeeld is de zaak *Préservatrice Foncière Tiard (PFT)*. In deze zaak ging het HvJ alleen in op een aspect (de aansprakelijkstelling door de Staat van een verzekeringsmaatschappij als borg), terwijl het ook van belang was dat het HvJ inging op het andere gevraagde aspect (de aansprakelijkstelling als hoofdelijk medeschuldenaar). Deels had dit te maken met het feit dat de Hoge Raad de vraag nauwkeuriger had kunnen formuleren, omdat het laatste aspect in de verwijzingsuitspraak niet ‘goed uit de verf’ kwam.<sup>187</sup> De Hoge Raad had namelijk onvoldoende in zijn prejudiciële vragen gepreciseerd dat PFT zich niet alleen als borg, maar ook als hoofdelijk medeschuldenaar had verbonden. Hierdoor kwamen de antwoorden van het HvJ niet helemaal met de daadwerkelijke situatie overeen. Het niet geheel aansluitend antwoord stond echter niet in de weg aan het oplossen van het geschil. Het was niet nodig nadere prejudiciële vragen te stellen met de juiste informatie.<sup>188</sup> Een tweede zaak is *Residex*. In deze zaak vroeg de Hoge Raad zich af of hij bevoegd of zelfs verplicht is om een garantie verstrekt aan een kredietgever nietig te verklaren wanneer deze een onrechtmatige steunmaatregel oplevert.<sup>189</sup> Volgens een geïnterviewde stelde de Hoge Raad een algemene vraag en kreeg hij een heel

173. Op grond hiervan stelde de A-G bij het HvJ dat niet kan worden uitgesloten dat de beslissing van de Bulgaarse Hoge Raad verkeerd is toegepast door de rechtbank te Sofia. A-G Szpunar in HvJ EU 16 juli 2015, C-681/13, ECLI:EU:C:2015:137, punt 32; interview 27.

174. Interview 79; M. Loth, ‘Who has the last word? On judicial lawmaking in European private law’, *European Review of Private Law* 2017, p. 45-70.

175. Hof Amsterdam 17 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4217 (*Diageo Brands*); interview 27, 59, 87.

176. Interview 48.

177. Interview 41, 48, 87.

178. Volgens het HvJ had Shield Mark geen inschrijvingsaanvraag in de vorm van een sonogram, een geluidsdrager, een digitale vastlegging of een combinatie daarvan. HvJ EG 27 november 2003, C-283/01, ECLI:EU:C:2003:641 (*Shield Mark BV*), punt 54; interview 87.

179. HvJ EG 16 juli 2009, C-189/08, ECLI:EU:C:2009:475 (*Zuid-Chemie BV*), punt 35.

180. HR 9 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:36 (*Universal Music*), r.o. 4.4; interview 27.

181. Interview 27; vgl. Arons onder *JOR* 2016/276, randnr. 9; Stein onder *JBPR* 2017/3, randnr. 17.

182. Interview 41; A-G Van Peursem wijst er in navolging van commentaren op dat het HvJ in *Ryanair* geen goede argumenten had voor de beperkte contracteervrijheid van databanken die wel auteursrechtelijk beschermd zijn. ECLI:NL:PHR:2015:2347, par. 2.8.

183. Een geïnterviewde (48) had de indruk dat arresten steeds langer worden en vol zitten met mitsen en maren, en weet dit aan de rechtspolitiek bij het HvJ. Interview 41, 48, 87.

184. HR 26 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6102 (*Commerz*).

185. Interview 48; vgl. A-G Keus ECLI:NL:PHR:2016:34 (*Commerz*), par. 2.3-2.5.

186. HvJ EU 23 oktober 2014, C-242/13, ECLI:EU:C:2014:2224 (*Commerz*).

187. HvJ EG 15 mei 2003, C-266/01, ECLI:EU:C:2003:282 (*Préservatrice Foncière Tiard*); Polak 2009, p. 110-111.

188. HR 17 februari 2006, *NJ* 2008/622 (*Préservatrice Foncière Tiard*), r.o. 2.1; Polak 2009, p. 111-112.

189. HR 28 mei 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL4082; HvJ EU 8 december 2011, C-275/10, ECLI:EU:C:2011:814 (*Residex*).

algemeen antwoord, waarmee het ‘geen meter was opgeschoten’. De Hoge Raad moet echter ‘de hand in eigen boezem’ steken, aangezien hij de vraag beter had moeten inkleden.<sup>190</sup> Sieburgh schreef hierover dat het algemene antwoord in de zaak *Residex* samenhangt met het feit dat de Hoge Raad geen toelichting gaf op de antwoordmodaliteiten in het nationale burgerlijke recht.<sup>191</sup> Beide voorbeelden illustreren dat een goede aankleding en discursieve motivering van belang zijn, vooral ook omdat er weinig gespecialiseerde civielrechtelijke kennis bij het HvJ is.<sup>192</sup> Daarnaast is bij Nederlandse verwijzingen niet noodzakelijkerwijs een Nederlandse rechter betrokken, zodat er niet van uit kan worden gegaan dat de Nederlandse finesses altijd even goed onder ogen worden gezien door het HvJ.<sup>193</sup>

### 3.4 ... of (foutieve) feitelijke oordelen

Een tweede type antwoord waar sommige geïnterviewden problemen mee hadden, zijn feitelijke oordelen of uitspraken over kwesties waarover in Den Haag nog geen debat is gevoerd.<sup>194</sup> Twee geïnterviewden dichtten dit toe aan het ‘gemanipuleer’ van de (interveniërende) partijen in Luxemburg.<sup>195</sup> Zeker voor een cassatierechter als de Hoge Raad is het lastig als het HvJ aan de haal gaat met vaststaande feiten. Tegelijkertijd plaatste een geïnterviewde de kanttekening dat het ook lastig voor een rechter is om een rechterlijk oordeel te vellen zonder naar de feiten te kijken.<sup>196</sup> Hij/zij achtte het ook begrijpelijk dat het HvJ gaande de procedure uit het oog verliest welke feiten nu precies zijn vastgesteld, wat soms nationaal ook wel eens gebeurt bij de Hoge Raad.<sup>197</sup> Een befaamd en wat ouder voorbeeld waar het HvJ was uitgegaan van andere feiten dan de Hoge Raad, mede op basis van opmerkingen van de Nederlandse regering en de Europese Commissie, is de zaak *Ten Kate Holding Musselkanaal* over de aansprakelijkheid van de Staat voor schade wegens de schending van het verbod om eiwit uit varkensvet te produceren en te verkopen.<sup>198</sup> De Hoge Raad benoemde dit probleem ook onomwonden in de einduitspraak: ‘Het Hof van Justitie is bij de behandeling van de derde vraag van de Hoge Raad ten dele uitgegaan van andere feiten dan waarvan de Hoge Raad op grond van het arrest van het hof was uitgegaan.’<sup>199</sup> Een geïnterviewde stelde dat dit arrest als ‘een totale verrassing’ kwam en hij/zij ‘flabbergast’

was.<sup>200</sup> De Hoge Raad liet de door het HvJ als vaststaand aangemerkte feiten buiten beschouwing.<sup>201</sup>

Een geïnterviewde wees ook op het arrest *Ladbroke* over de aanbidding van kansspelen via internet.<sup>202</sup> In de verwijzingsuitspraak had de Hoge Raad nadrukkelijk vastgesteld dat in cassatie vaststaat dat ‘de activiteiten met betrekking tot weddenschappen op samenhangende en stelselmatige wijzen beperkt’ zijn in het licht van de Gambelli-toets.<sup>203</sup> Het HvJ ging echter in zijn uitspraak in op de vraag of dat wel echt zo is.<sup>204</sup> Het HvJ concludeerde vervolgens dat daar niet zomaar van kan worden uitgegaan en dat de verwijzende rechter na moet ‘gaan of op grond van de ontwikkeling van de markt voor kansspelen in Nederland kan worden vastgesteld dat de autoriteiten van deze lidstaat de expansie van kansspelen daadwerkelijk controleren, zowel wat de hoeveelheid reclameuitingen door de houders van een exclusieve vergunning betreft als de introductie door die houders van nieuwe spelen, en, bijgevolg, dat de door de nationale regeling nagestreefde doelstellingen gelijktijdig op gepaste wijze worden bereikt’.<sup>205</sup> Zo’n opdracht leverde ‘een geweldige worsteling’ op voor de Hoge Raad als cassatierechter, die vervolgens allerlei omstandigheden onder de loep moest nemen.<sup>206</sup> De Hoge Raad deed dit in zijn einduitspraak ook redelijk kort, waarbij hij stelt: ‘Dat oordeel is sterk verweven met waarderingen van feitelijke aard en derhalve slechts in beperkte mate vatbaar voor toetsing in cassatie.’<sup>207</sup>

Tijdens interviews is nog ingegaan op de vraag of het HvJ soms té directief in zijn antwoorden is en een te specifiek op de nationale feiten toegepast antwoord geeft, zodat er nog maar weinig ruimte is voor een eigen afweging door de nationale rechter.<sup>208</sup> Geïnterviewden gaven, net als de hoogste bestuursrechters, aan dit niet problematisch te vinden, zolang het HvJ uitgaat van de juiste feiten.<sup>209</sup> Geïnterviewden hadden bijvoorbeeld geen probleem met het arrest *GS Media*, waarin het HvJ de uitleg van het begrip ‘mededeling aan het publiek’ zelf toepaste op het nationale feitencomplex en min of meer concludeerde dat GeenStijl een mededeling aan het publiek had gedaan met het doorlinken naar de uitgelekte naaktfoto’s van Britt Decker op een Australische website.<sup>210</sup>

190. Interview 75.

191. Sieburgh 2011, p. 239.

192. Loth 2017.

193. Loth 2014, p. 22.

194. Interview 41, 48, 59.

195. Interview 27, 87.

196. Interview 59.

197. Interview 59.

198. HR 5 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0294; HR 22 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ3083; HvJ EG 20 oktober 2005, C-511/03, ECLI:EU:C:2005:625 (*Ten Kate Holding Musselkanaal*).

199. HR 22 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ3083 (*Staat/Ten Kate Holding Musselkanaal*), r.o. 2.2.1.

200. Interview 41, 45, 48; vgl. A-G Verkade onder ECLI:NL:PHR:2006:AZ3083, par. 3.11 e.v.; vgl. Verhoeven en Ortlep onder *AB* 2007/116; Mok onder *NJ* 2007/161.

201. HR 22 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ3083 (*Staat/Ten Kate Holding Musselkanaal*), r.o. 2.2.2.

202. Interview 48.

203. HR 13 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC8970 (*Ladbroke*), r.o. 4.16.

204. HvJ EU 3 juni 2010, C-258/08, ECLI:EU:C:2010:308 (*Ladbroke*), punten 21-38.

205. *Ibidem*, punt 37.

206. Erkend werd dat de redenering van het HvJ vanuit diens perspectief voorstelbaar is. A-G Keus wijst hier ook op. ECLI:NL:PHR:2012:BT6689, par. 3.2-3.3.

207. HR 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6689 (*Ladbroke*), r.o. 2.9.4.

208. G. Davies, ‘Abstractness and concreteness in the preliminary reference procedure: Implications for the division of powers and effective market regulation’, in: N.N. Shuibne (red.), *Regulating the internal market*, Cheltenham: Edward Elgar 2006, p. 210-244, p. 232.

209. Interview 59, 87; Krommendijk 2018a, p. 62-63.

210. HvJ EU 8 september 2016, C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 (*GS Media*), punt 54; vgl. Krommendijk onder *EHRC* 2016/222, randnr. 9; interview 27, 45, 87.



### 3.5 ... en op sommige terreinen een inconsistente rechtspraak

Een derde probleem dat naar voren kwam, heeft te maken met de consistentie van de rechtspraak van het HvJ. Een geïnterviewde wees erop dat de rechtspraak van het HvJ niet altijd 'voorspelbaar' is, mede ook vanwege mogelijke onderliggende rechtspolitieke beweegredenen bij het HvJ.<sup>211</sup> De constante in de rechtspraak van het HvJ is dat het HvJ voor 'maximumopties' gaat, waarbij het kiest voor het – soms op vergaande wijze – doorzetten van EU-principes waar ook minder vergaande opties mogelijk zijn.<sup>212</sup> Een andere geïnterviewde wees eveneens op dit probleem en stelde dat het HvJ onvoldoende aandacht heeft voor het doen van uitspraken als een onderdeel van een bouwwerk. De Hoge Raad is veel meer bezig met hoe zijn uitspraken in het systeem passen.<sup>213</sup>

Deze kritiek werd geuit ten aanzien van twee terreinen. Ten eerste, de auteursrechtelijke rechtspraak rondom het hiervoor genoemde begrip 'mededeling aan publiek'. Twee geïnterviewden wezen erop dat er 'geen touw meer vast te knopen' is aan de jurisprudentie van het HvJ. De inconsistentie hangt samen met het feit dat het HvJ lijkt te 'schrikken' van bepaalde uitspraken en dan 'op het rempedaal gaat staan', om daarna weer opnieuw te versnellen. Als gevolg daarvan is het lastig om met die rechtspraak verder te komen.<sup>214</sup> Ten tweede werd gewezen op het merkenrecht. Een geïnterviewde verwees instemmend naar deskundigen die de HvJ-jurisprudentie 'een zootje' zouden vinden, onder meer omdat het HvJ is afgeweken van de Merkenrichtlijn en is gekomen met een nieuw inbreukcriterium van de 'wezenlijke functie' van een merk.<sup>215</sup>

De weinig coherente jurisprudentie op IE-terrein werd in de literatuur en tijdens interviews verklaard op basis van een gebrek aan specialistische expertise bij het HvJ op dit terrein.<sup>216</sup> Een geïnterviewde wees er bijvoorbeeld op dat het HvJ 'vol' zit met rechters met een mededingingsachtergrond.<sup>217</sup> Een ander stelde eveneens dat er 'af en toe een verzuchting' is dat er bij het HvJ veel (economisch) bestuursrechtjuristen zitten die niet voldoende ingevoerd zijn in het burgerlijk recht.<sup>218</sup>

## 4 Een loyale inbedding door de Hoge Raad

Ondanks enkele problematische arresten komt uit de analyse naar voren dat de civiele kamer HvJ-uitspraken nauwkeurig opvolgt. Deze loyale houding komt het beste naar voren in de einduitspraak van de Hoge Raad in de zaak *Diageo Brands*. De Hoge Raad stelde 'dat het de nationale rechter niet vrijstaat om te treden in de juistheid van de oordelen van het HvJ en

zijn eigen oordelen te stellen in plaats van die van dat hof'.<sup>219</sup> Ook tijdens interviews werd benadrukt dat de Hoge Raad ook wat betreft de inbedding een loyale rechter is die de antwoorden getrouw in de zaak verwerkt.<sup>220</sup> Zo stelde een geïnterviewde dat wat het HvJ beslist per definitie recht is.<sup>221</sup> Een andere geïnterviewde sprak over de benadering van de Hoge Raad in de volgende termen: 'Hoofd in de schoot en buigen'.<sup>222</sup> De Hoge Raad heeft het in *Diageo Brands*, of andere zaken, nooit gedurfd om in de einduitspraak te stellen dat het HvJ de Hoge Raad in wezen niet begrepen heeft en dan een andere richting in te slaan.<sup>223</sup> De optie van vervolgvragen stellen om bijvoorbeeld enig ongenoegen met de gekregen antwoorden te laten blijken, is evenmin voorgekomen en wordt bewust vermeden.<sup>224</sup>

Wat betreft de afdoening van de zaak geldt voor de Hoge Raad als cassatierechter dat hij probeert binnen de marges van de uitspraak van het HvJ zelf uitspraak te doen om een 'rondje bij de feitenrechter' te voorkomen, ondanks dat partijen vaak nog aandringen op terugverwijzing.<sup>225</sup> Toch heeft de Hoge Raad slechts drie van de twaalf verwezen zaken zelf kunnen afdoen.<sup>226</sup> Vijf<sup>227</sup> zijn terugverwezen naar een hof, twee<sup>228</sup> zijn geschikt tussen partijen en één zaak (*Synthon*) is ingetrokken bij het HvJ. In de zaak *Massar* heeft de Hoge Raad de HvJ-uitspraak doorgespeeld naar de lagere rechter die prejudiciële vragen aan de Hoge Raad had gesteld, zonder zelf nog iets toe te voegen.<sup>229</sup>

## 5 Conclusie

In dit artikel is gekeken naar de vraag wat de overwegingen bij de civiele kamer zijn om al dan niet te verwijzen naar het HvJ en op welke manier de antwoorden van het HvJ worden ingebed. Wat allereerst opvalt aan de praktijk bij de civiele kamer is de loyaliteit ten aanzien van beide aspecten. De civiele kamer hanteert, anders dan de hoogste bestuursrechters, de *Cilfit*-uitzonderingen op strikte wijze, en is daarbij nog voorzichtiger dan het parket. Een belangrijke reden daarvoor is dat de civiele kamer ook op EU-rechtelijk terrein zijn rechtsvormende taak uiterst serieus neemt en wil bijdragen aan de ontwikkeling van het EU-recht. Nog meer dan de hoogste bestuursrechters stelt de civiele kamer voornamelijk juridische redenen om te verwijzen centraal, waarbij niet of nauwelijks plaats is voor praktische en pragmatische overwegingen, die bijvoorbeeld betrekking hebben op de mogelijke gevolgen van

211. Interview 41.

212. Interview 41; vgl. de vaststelling dat het HvJ 'vaak activistisch op zoek [gaat] naar meer EU-rechtseenheid'. Verkade onder *NJ* 2015/291.

213. Interview 87.

214. Interview 45, 87; vgl. A-G Van Peursem in ECLI:NL:PHR:2015:729 (*Stichting Brein*).

215. Interview 87, 27; vgl. A-G Verkade in ECLI:NL:PHR:2010:BK4739, par. 3.5.7.

216. Vgl. Gielen onder *NJ* 2015/349 bij *Hauck*, randnr. 7; Spoor onder *NJ* 2016/205 bij *Art & Allposters*, randnr. 21.

217. Interview 87.

218. Interview 27.

219. HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1431 (*Diageo Brands*), r.o. 4.2.1; ECLI:NL:PHR:2016:608, par. 2.6.

220. Interview 27, 41.

221. Interview 41; vgl. Loth 2014, p. 21.

222. Interview 27.

223. Interview 27.

224. Dit geldt bijv. ook voor de reeds genoemde *Makro*-zaak. Interview 27, 45; vgl. A-G Hammerstein in ECLI:NL:PHR:2014:1736, par. 2.5.

225. Interview 27.

226. ECLI:NL:HR:2017:133 (*Holterman Ferbo*); ECLI:NL:HR:2017:2358 (*Universal Music*); ECLI:NL:HR:2018:1096 (*Connexion*).

227. ECLI:NL:HR:2016:994 (*Commerz*); ECLI:NL:HR:2015:3394 (*Hauck*); ECLI:NL:HR:2016:390 (*Ryanair*); ECLI:NL:HR:2018:1046 (*Stichting Brein*); ECLI:NL:HR:2016:1431 (*Diageo Brands*).

228. *Art & Allposters* en *GS Media*.

229. HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2017 (*Massar*).

verwijzen en het belang van de kwestie. Dergelijke overwegingen spelen alleen een rol in een kort geding, waarvoor de verwijzingsplicht niet geldt. De strategische rechtspolitieke overweging om steun vanuit Luxemburg te krijgen richting de wetgever speelt in nog mindere mate dan bij de hoogste bestuursrechters. Wel blijkt dat een uitspraak met grote financiële consequenties een zetje kan geven in de richting van verwijzen, zoals dat in de zaak *Massar* het geval was. De in dit artikel besproken verschillen tussen de civiele kamer en de hoogste bestuursrechters zijn ook tijdens interviews voorgesteld. Verklaringen voor dit verschil werden toegerekend aan het feit dat bestuursrechters meer gericht zijn op de wetgever en beleid en politieker denken.<sup>230</sup> De Hoge Raad is daarnaast ook een cassatierechter met een belangrijke rechtsvormende rol, terwijl dat laatste minder geldt voor de hoogste bestuursrechters, omdat zij een volwaardige instantie zijn die over feiten kan oordelen.<sup>231</sup> Daarom, en omdat de feiten al vaststaan, is men bij de Hoge Raad louter gericht op het recht.<sup>232</sup>

Wat betreft de inbedding valt wederom op dat er sprake is van een grote loyaliteit, ondanks dat geïnterviewden aangaven dat zij niet met alle antwoorden van het HvJ even tevreden waren. De ontevredenheid met sommige uitspraken, vooral op IE-terrein, ontnemt de Hoge Raad echter niet het enthousiasme om te blijven verwijzen. Een geïnterviewde wees op de verleiding om niet te verwijzen omdat de Hoge Raad geen trek zou hebben in een bepaald antwoord, maar stelde daarvan dat dat geen overweging is die men er binnen de Hoge Raad op na houdt.<sup>233</sup> Deze verleiding is er bijvoorbeeld bij merkenrecht ('een rommeltje') of 'mededeling aan het publiek', waar het idee is dat het er met een verwijzing nog lastiger op wordt.<sup>234</sup> Ook na het arrest *Diageo Brands* was er een verzuchting 'komen er nog zinvolle antwoorden' uit Luxemburg?<sup>235</sup> Vanwege de grote loyaliteit en het belang van de rechtsvorming probeert de Hoge Raad zich los te maken van zo'n 'eerste borreltafel-gevoel' en probeert hij het 'chagrijn te negeren'.<sup>236</sup> Immer loyaal!

230. Interview 41, 59.

231. Interview 48.

232. Interview 27, 59.

233. Interview 48, 87.

234. Interview 27, 87.

235. Interview 27.

236. Interview 27.