



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Spreken is zilver, verwijzen is goud?

Polak, M.V.

Citation

Polak, M. V. (2009). Spreken is zilver, verwijzen is goud? *Bw-Krant Jaarboek, 25*, 89-114.
Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36945>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36945>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

7 | Spreken is zilver, verwijzen is goud?

M.V. Polak ■

1 DE DRIESPRONG ‘SPREKEN-ZWIJGEN-VERWIJZEN’

Bij de afdoening van civiele cassatieprocedures bewandelt de Hoge Raad in veel gevallen een weg die op een tweesprong uitkomt. Vanaf deze tweesprong leidt de ene weg naar een inhoudelijke motivering van het oordeel van de Hoge Raad dat de cassatieklachten wel of niet slagen, terwijl de andere weg uitmondt in een verwerping van deze klachten zonder inhoudelijke motivering – de beruchte afdoening op de voet van artikel 81 RO. In een klein, maar interessant deel van de zaken belandt de Hoge Raad niet op een tweesprong, maar op een driesprong: naast de vertrouwde mogelijkheden van ‘spreken’ dan wel ‘zwijgen’ dient zich de mogelijkheid aan de zaak ten behoeve van de beantwoording van prejudiciële vragen te verwijzen naar het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen of het Benelux-Gerechtshof. Verwijzen betekent dat de Hoge Raad een beetje spreekt – ten behoeve van de formulering van de prejudiciële vragen en verder voorzover nodig om het supranationaal college in staat te stellen de vragen te beantwoorden – maar voor het overige vooralsnog zwijgt. Eerst nadat de prejudiciële vragen zijn beantwoord, herneemt de Hoge Raad het woord, om de cassatieprocedure af te doen.

In deze bijdrage probeer ik de driesprong ‘spreken-zwijgen-verwijzen’ in kaart te brengen. Ik wil allereerst onderzoeken wat de Hoge Raad beweegt bij zijn keuze tussen de mogelijkheid om een zaak direct zelf af te doen – via spreken dan wel zwijgen – en de mogelijkheid om prejudiciële vragen te stellen – dus de zaak te verwijzen naar een supranationaal college – alvorens de cassatieklachten te behandelen. Welk beleid voert de Hoge Raad op dit vlak? En welke andere interessante lessen leert een analyse van de ‘driespronggevallen’, met name over het belang van goede prejudiciële vragen en over de afdoening van de cassatieprocedure nadat het supranationaal college de prejudiciële vragen heeft beantwoord?

Om deze ambitieuze vraagstelling binnen het bestek van deze bijdrage te kunnen beantwoorden, perk ik mijn onderzoeksterrein drastisch in.

■ M.V. Polak is hoogleraar internationaal privaatrecht en privaatrechtelijke rechtsvergelijking aan de Universiteit Leiden en verbonden aan het E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek aldaar; advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek te Amsterdam; en lid van de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht.

In de eerste plaats beperk ik mij tot driespronggevallen in cassatieprocedures die betrekking hebben op het internationaal privaatrecht (hierna 'IPR'). Zoals ik hierna uit de doeken zal doen, leidt deze beperking ertoe dat ik mij concentreer op zaken waarin regels van Europees IPR een rol spelen en de Hoge Raad wordt geconfronteerd met de vraag of het wenselijk is prejudiciële vragen over de interpretatie van deze regels voor te leggen aan het Hof van Justitie. Andere rechtsgebieden die zich lenen voor prejudiciële vraagstelling aan het Hof, blijven buiten beeld, evenals de samenwerking tussen de Hoge Raad en het Benelux-Gerechtshof.

In de tweede plaats onderzoek ik slechts de rechtspraak van de Hoge Raad vanaf 1 januari 2000. Niet toevallig betreft dit een periode waarin de communautaire regelgever zich intensief met het IPR is gaan bemoeien en diverse IPR-instrumenten tot stand heeft gebracht. Een deel van de hierna te bespreken zaken heeft dan ook betrekking op de interpretatie van deze nieuwe instrumenten.

Ik begin met een beknopte inventarisatie van de Europese IPR-instrumenten (zie paragraaf 2) en met een bespreking van de grondslag voor prejudiciële vraagstelling ten aanzien van Europese en niet-Europese IPR-instrumenten (zie paragraaf 3). Vervolgens geef ik een schematisch overzicht van de zaken waarin de Hoge Raad al dan niet prejudiciële vragen heeft gesteld (zie paragraaf 4). Met behulp van dit gesystematiseerd zakenbestand tracht ik de driespronggevallen nader te onderzoeken op een vijftal interessante punten (zie paragraaf 5). Ik sluit af met een waardering van de huidige gang van zaken (zie paragraaf 6).

2 DE EUROPESE IPR-INSTRUMENTEN

Gedurende de eerste veertig jaar van haar bestaan heeft de Europese Gemeenschap zich op tamelijk bescheiden, maar zeer succesvolle wijze ingelaten met de opstelling van IPR-regels. Deze bescheiden ambitie strookte met de beperkte grondslag voor communautaire bemoeienis met het IPR, te vinden in artikel 293 (= art. 220 oud) EG-verdrag, dat de EG-lidstaten opriep om:

'met elkaar in onderhandeling [te treden] ter verzekering, voor hun onderdanen, van [onder meer¹] de vereenvoudiging van de formaliteiten waaraan de wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen en scheidsrechterlijke uitspraken onderworpen zijn'.

1 Artikel 293 (= art. 220 oud) EG-verdrag vormde eveneens de grondslag voor het Verdrag betreffende de onderlinge erkenning van vennootschappen en rechtspersonen, Brussel, 29 februari 1968, *Trb.* 1968, 113. Dit niet in werking getreden verdrag blijft verder buiten beschouwing.

Op basis van deze bepaling is in 1968 het EEX-verdrag² tot stand gekomen, dat zowel bepalingen inzake rechterlijke bevoegdheid als voorschriften met betrekking tot de erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen bevat.

Hoewel artikel 293 EG-verdrag niet rept van de eenmaking van IPR-regels die het op een grensoverschrijdende rechtsverhouding toepasselijke recht aanwijzen, hebben de EG-lidstaten zich niettemin op dit terrein begeven, hetgeen resulteerde in het in 1980 gesloten Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (hierna 'EVO').³

Een derde IPR-verdrag dat mede op initiatief van de Europese Gemeenschap tot stand is gebracht, is het in 1988 tussen de EG-lidstaten enerzijds en de lidstaten van de Europese Vrijhandelsassociatie (hierna 'EVA') anderzijds gesloten EVEX-verdrag,⁴ dat nagenoeg een kopie vormt van het EEX-verdrag. De EVEX-versie van 1988 zal op termijn worden vervangen door de gewijzigde EVEX-versie die in 2007 is gesloten tussen de Europese Gemeenschap, inclusief Denemarken, enerzijds en de EVA-lidstaten anderzijds.⁵

Het beeld van een bescheiden optredende communautaire IPR-regelgever is drastisch gewijzigd als gevolg van de inwerkingtreding op 1 mei 1999 van de nieuwe artikelen 61 aanhef en onder c, en 65 EG-verdrag, die de communautaire instellingen regelgevende bevoegdheid toekennen 'op het gebied van de samenwerking in burgerlijke zaken met grensoverschrijdende gevolgen' – met andere woorden: voor nagenoeg het gehele IPR – 'voorzover nodig voor de goede werking van de interne markt'. Op basis van deze nieuwe grondslag zijn gedurende de afgelopen tien jaar liefst zestien communautaire IPR-instrumenten tot stand gekomen:

- 1 Insolventieverordening;⁶
- 2 (a) Verordening Brussel II met betrekking tot huwelijkszaken en ouderlijke verantwoordelijkheid;⁷ inmiddels vervangen door

2 Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, Brussel, 27 september 1968, *Pb EG* 1972, L 299/32, *Trb.* 1969, 101. Zie, voor de geconsolideerde versie van het EEX-verdrag, *Pb EG* 1998, C 27/1.

3 Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, Rome, 19 juni 1980, *Pb EG* 1980, L 266/1, *Trb.* 1980, 156. Zie, voor de geconsolideerde versie van het EVO, *Pb EG* 2005, C 334/1.

4 Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, Lugano, 16 september 1988, *Pb EG* 1988, L 319/9, *Trb.* 1989, 58.

5 Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, Lugano, 30 oktober 2007, *Pb EG* 2007, L 339/3.

6 Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, *Pb EG* 2000, L 160/1.

7 Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid voor gemeenschappelijke kinderen, *Pb EG* 2000, L 160/19.

- (b) Verordening Brussel II-bis met betrekking tot huwelijkszaken en ouderlijke verantwoordelijkheid;⁸
- 3 (a) Betekeningsverordening 2000;⁹ inmiddels vervangen door
- (b) Betekeningsverordening 2007;¹⁰
- 4 EEX-verordening;¹¹
- 5 Bewijsverordening;¹²
- 6 Richtlijn inzake rechtsbijstand bij grensoverschrijdende geschillen;¹³
- 7 Verordening inzake Europese executoriale titel (hierna 'EET-verordening');¹⁴
- 8 Richtlijn inzake schadeloosstelling van slachtoffers van misdrijven;¹⁵
- 9 Verordening inzake Europese betalingsbevelprocedure (hierna 'EBB-verordening');¹⁶
- 10 Verordening inzake Europese procedure voor geringe vorderingen;¹⁷
- 11 Verordening Rome II met betrekking tot niet-contractuele verbintenissen;¹⁸

-
- 8 Verordening (EG) nr. 2201/2003 van de Raad van 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1347/2000, *Pb EG* 2003, L 338/1.
 - 9 Verordening (EG) nr. 1348/2000 van de Raad van 29 mei 2000 inzake de betekening en de kennisgeving in de lidstaten van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke of in handelszaken, *Pb EG* 2000, L 160/37.
 - 10 Verordening (EG) nr. 1393/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 inzake de betekening en de kennisgeving in de lidstaten van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke of in handelszaken ('de betekening en de kennisgeving van stukken'), en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1348/2000 van de Raad, *Pb EG* 2007, L 324/79.
 - 11 Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *Pb EG* 2001, L 12/1.
 - 12 Verordening (EG) nr. 1206/2001 van de Raad van 28 mei 2001 betreffende de samenwerking tussen de gerechten van de lidstaten op het gebied van bewijsverkrijging in burgerlijke en handelszaken, *Pb EG* 2001, L 174/1.
 - 13 Richtlijn 2002/8/EG van de Raad van 27 januari 2003 tot verbetering van de toegang tot de rechter bij grensoverschrijdende geschillen, door middel van gemeenschappelijke minimumvoorschriften betreffende rechtsbijstand bij die geschillen, *Pb EG* 2003, L 26/41.
 - 14 Verordening (EG) nr. 805/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 tot invoering van een Europese executoriale titel voor niet-betwiste schuldvorderingen, *Pb EG* 2004, L 143/15.
 - 15 Richtlijn 2004/80/EG van de Raad van 29 april 2004 betreffende de schadeloosstelling van slachtoffers van misdrijven, *Pb EG* 2004, L 261/15. Deze richtlijn vindt haar grondslag in artikel 308 EG-verdrag en niet in de artikelen 61 aanhef en onder c, en 65 EG-verdrag.
 - 16 Verordening (EG) nr. 1896/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 tot invoering van een Europese betalingsbevelprocedure, *Pb EG* 2006, L 399/1.
 - 17 Verordening (EG) nr. 861/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 tot vaststelling van een Europese procedure voor geringe vorderingen, *Pb EG* 2007, L 199/1.
 - 18 Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen ('Rome II'), *Pb EG* 2007, L 199/40.

- 12 Richtlijn inzake bemiddeling/mediation;¹⁹
- 13 Verordening Rome I met betrekking tot contractuele verbintenissen;²⁰
- 14 Alimentatieverordening.²¹

De hiervoor genoemde pre- en post-1999 IPR-instrumenten vragen om interpretatie en toepassing in concrete gevallen. Interpretatie en toepassing van regels van IPR zijn uiteraard toevertrouwd aan de nationale rechter. Ten behoeve van de uitleg van veel – maar niet alle! – Europese IPR-instrumenten komt daar echter nog het Hof van Justitie bij. In de volgende paragraaf sta ik stil bij de bevoegdheid van het Hof om IPR-instrumenten uit te leggen.

3 DE GRONDSLAG VOOR PREJUDICIËLE VRAAGSTELLING MET BETREKKING TOT IPR-INSTRUMENTEN

3.1 Inleiding

Dat de Nederlandse rechter ten behoeve van de interpretatie van bepaalde IPR-instrumenten prejudiciële vragen mag dan wel moet voorleggen aan het Hof van Justitie, is niet vanzelfsprekend. De interpretatiebevoegdheid van het Hof ten aanzien van de hiervoor in paragraaf 2 genoemde Europese IPR-instrumenten wijkt immers af van die ten aanzien van het ‘gewone’ communautaire recht, waarop de ‘gewone’ prejudiciële procedure van artikel 234 (= art. 177 oud) EG-verdrag van toepassing is. Ik licht dit toe in paragraaf 3.2. Vervolgens ga ik in paragraaf 3.3 kort in op de mogelijkheid het Hof in te schakelen voor de interpretatie van niet-Europese IPR-instrumenten. Ten slotte bespreek ik in paragraaf 3.4 de uitzonderingen op het verplichte karakter van de prejudiciële procedure.

3.2 Prejudiciële vraagstelling met betrekking tot Europese IPR-instrumenten

De hiervoor in paragraaf 2 genoemde Europese IPR-instrumenten kennen uiteenlopende grondslagen voor de interpretatiebevoegdheid van het Hof van Justitie.

19 Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken, *Pb EG* 2008, L 136/3.

20 Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), *Pb EG* 2008, L 177/6.

21 Verordening (EG) nr. 4/2009 van de Raad van 18 december 2008 betreffende de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen, en de samenwerking op het gebied van onderhoudsverplichtingen, *Pb EG* 2009, L 7/1.

Voor het EEX-verdrag van 1968 vindt de interpretatiebevoegdheid van het Hof haar grondslag in een Protocol van 1971.²² Dit in 1975 in werking getreden Protocol beperkt de mogelijkheid om prejudiciële vragen over de uitlegging van het EEX-verdrag te stellen, tot bepaalde 'hogere' rechtscolleges: in Nederland de Hoge Raad, de appelrechters en de rechtbank die kennis neemt van het verzet tegen het verlot tot tenuitvoerlegging (art. 2). Voor de Hoge Raad geldt een 'vraagstellingsverplichting' (art. 3 lid 1), voor de andere instanties een 'vraagstellingsbevoegdheid' (art. 3 lid 2). De mogelijkheid van prejudiciële vraagstelling door de procureur-generaal bij de Hoge Raad 'in het belang van een uniforme interpretatie' (art. 4) is een dode letter gebleven.

Het EVO van 1980 kent twee Protocollen waarin aan het Hof bevoegdheid tot uitleg is toegekend.²³ Hoewel de Protocollen al in 1988 tot stand zijn gekomen, heeft het tot 1 augustus 2004 geduurd alvorens zij in werking traden. Op grond van deze Protocollen is sprake van een 'vraagstellingsbevoegdheid', die – voor Nederland – is opengesteld voor de Hoge Raad²⁴ en andere rechterlijke instanties 'wanneer zij in beroep uitspraak doen' (art. 2). Daarnaast kan de procureur-generaal bij de Hoge Raad zich onder bepaalde omstandigheden tot het Hof wenden (art. 3).

Het EVEX-verdrag van 1988 ontbeert een supranationaal college dat over de eenvormige interpretatie waakt. Prejudiciële vraagstelling aan het Hof over bepalingen van het EVEX-verdrag is niet aan de orde.²⁵ Wel benadrukken het aan het EVEX-verdrag toegevoegde Protocol 2 en twee bijbehorende Verklaringen de wenselijkheid van eenvormige interpretatie van het EVEX-verdrag, waartoe wordt opgeroepen (i) dat de rechters van de EG- en EVA-lidstaten bij de toepassing en de uitlegging van het EVEX-verdrag 'naar behoren' rekening houden met elkaars rechtspraak over dit verdrag, (ii) dat het Hof bij de uitlegging van het EEX-verdrag 'naar behoren' rekening houdt met de rechtspraak

22 Protocol betreffende de uitlegging door het Hof van Justitie van het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, Luxemburg, 3 juni 1971, *Pb EG* 1975, L 204/28, *Trb.* 1971, 140. Zie, voor de geconsolideerde versie van het Protocol, *Pb EG* 1998, C 27/28.

23 Eerste Protocol betreffende de uitlegging door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, voor ondertekening opengesteld te Rome op 19 juni 1980, Brussel, 19 december 1988, *Pb EG* 1989, L 48/1, *Trb.* 1989, 49; Tweede Protocol waarbij aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen bepaalde bevoegdheden worden toegekend inzake de uitlegging van het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, ter ondertekening opengesteld te Rome op 19 juni 1980, Brussel, 19 december 1988, *Pb EG* 1989, L 48/17, *Trb.* 1989, 50. Zie, voor de geconsolideerde versie van de Protocollen, *Pb EG* 2005, C 334/20 en 26.

24 HvJ EG 6 oktober 2009 (C-133/08, *ICF/Balkenende c.s.*) (nog niet gepubliceerd), r.o. 21.

25 HvJ EG 7 februari 2006 (*Advies 1/03*), *Jur.* 2006, p. I-1145, r.o. 19.

over het EVEX-verdrag,²⁶ en (iii) dat de rechters van de EVA-lidstaten bij de uitlegging van het EVEX-verdrag 'naar behoren' rekening houden met de rechtspraak over het EEX-verdrag van het Hof en van de rechters van de EG-lidstaten. Volgens de Hoge Raad is het wenselijk dat de rechters van de EG-lidstaten bij de uitlegging van het EVEX-verdrag 'dienovereenkomstig zullen handelen', dat wil zeggen: naar behoren rekening houden met de rechtspraak over het EEX-verdrag van het Hof en van de rechters van de EG-lidstaten.²⁷

De EVEX-versie van 2007 is voorzien van een Protocol betreffende de eenheid in de uitlegging daarvan, dat bepaalt dat het EVEX-verdrag nieuwe stijl

'deel wordt van het Gemeenschapsrecht en dat het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen bijgevolg bevoegd is om uitspraak te doen over de uitlegging van dit verdrag met betrekking tot de toepassing ervan door de gerechten van de lidstaten van de Europese Gemeenschap'.

De communautaire IPR-instrumenten die na 1 mei 1999 tot stand zijn gekomen, berusten op de artikelen 61 aanhef en onder c, en 65 EG-verdrag. Dit brengt mee dat de rol van het Hof bij de interpretatie van deze post-1999 instrumenten wordt ingeperkt door artikel 68 EG-verdrag. Laatstgenoemde bepaling stelt de prejudiciële procedure van artikel 234 EG-verdrag slechts open voor de beantwoording van vragen die afkomstig zijn van de 'nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep'.²⁸ Voor Nederland betekent dit dat – behoudens hier niet nader te bespreken uitzonderingen – slechts de Hoge Raad prejudiciële vragen over de post-1999 communautaire IPR-instrumenten kan stellen. Op grond van artikel 68 EG-verdrag geldt voor de Hoge Raad wel weer een 'vraagstellingsverplichting'.

3.3 Prejudiciële vraagstelling met betrekking tot andere IPR-instrumenten

Ook andere dan de hiervoor in paragraaf 2 genoemde Europese IPR-instrumenten kunnen onder omstandigheden voorwerp zijn van prejudiciële vraagstelling aan het Hof van Justitie.

26 HvJ EG 2 april 2009 (C-394/07, *Gambazzi/DaimlerChrysler c.s.*), *RvdW* 2009, 827, r.o. 36: de verplichting om bij de uitlegging van het EEX-verdrag naar behoren rekening te houden met de rechtspraak over het EVEX-verdrag strekt zich niet alleen uit tot het Hof van Justitie, maar ook tot de nationale rechter.

27 HR 21 juni 2002 (*Spray Network/Telenor Venture c.s.*), *NJ* 2002, 563 (PV), *AA* 2003, p. 118 (MVP), r.o. 3.3. In deze zaak behartigde ik in cassatie de belangen van *Spray Network*.

28 Zie, over deze inperking door artikel 68 EG-verdrag, HvJ EG 25 juni 2009 (C-14/08, *Roda Golf & Beach Resort*), *RvdW* 2009, 1078, r.o. 24-42.

Op grond van vaste rechtspraak acht het Hof zich bevoegd om uitleg te geven aan bepalingen van een nationale regeling, indien deze zich voor haar oplossingen in niet door het communautaire recht bestreken gevallen conformeert aan de in het gemeenschapsrecht gekozen oplossingen.²⁹ Niet voldoende is dat het nationale recht is gemodelleerd naar het gemeenschapsrecht en de bewoordingen daarvan gedeeltelijk overneemt.³⁰ Een en ander betekent dat de Hoge Raad het Hof prejudiciële vragen kan stellen over de interpretatie van de Verordening Brussel II-bis met betrekking tot huwelijkszaken, ook indien dit instrument in een concreet geval niet rechtstreeks toepasselijk is, maar op grond van de verwijzing daarnaar in artikel 4 lid 1 Rv van overeenkomstige toepassing is. Prejudiciële vraagstelling is ook denkbaar, indien de wet bepaalt – zoals in het voorgestelde artikel 10:159 BW³¹ geschiedt – dat de conflictregels van de Verordening Rome II van overeenkomstige toepassing zijn op verbintenissen ‘die buiten de werkingssfeer van de verordening “Rome II” en de terzake geldende verdragen vallen en die als onrechtmatige daad kunnen worden aangemerkt’. En wellicht is het Hof zelfs bereid zich te buigen over de uitleg van de artikelen 6 aanhef en onder a, 6a en 6 aanhef en onder e Rv, nu de wetgever de tekst daarvan vrijwel letterlijk heeft overgenomen van artikel 5 aanhef en onder 1 respectievelijk onder 3 EEX-verordening.³² Prejudiciële vraagstelling over een dergelijke ‘gemeenschapsrechtconforme’, maar in wezen nationaal-Nederlandse IPR-bepaling heeft zich overigens nog niet voorgedaan.

Er bestaat op dit moment nog geen duidelijkheid over de bevoegdheid van het Hof tot interpretatie van bepalingen van niet-Europese verdragen. Eind 2008 heeft de Hoge Raad in *TNT/AXA*³³ het Hof expliciet de vraag voorgelegd of het zich bevoegd acht om zich te buigen over de uitleg van artikel 31 CMR,³⁴ in een geval waarin de regeling inzake erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen van dit verdrag samenliep met die van de EEX-verordening. Daarbij wees de Hoge Raad op het precedent van de *Hermès-*

29 HvJ EG 11 december 2007 (C-280/06, *Autorità Garante/ETI c.s.*), *Jur.* 2007, p. I-10893, *NJ* 2008, 161 (MRM), r.o. 21-22.

30 HvJ EG 14 december 2006 (C-217/05, *Confederación/CEPSA*), *Jur.* 2006, p. I-11987, *NJ* 2007, 444, r.o. 21, op dit punt onderscheid makend met HvJ EG 28 maart 1995 (C-346/93, *Kleinwort Benson/City of Glasgow District Council*), *Jur.* 1995, p. I-615.

31 Zie, voor het wetsvoorstel Vaststelling en invoering van Boek 10 (Internationaal privaatrecht) van het Burgerlijk Wetboek (Vaststellings- en Invoeringswet Boek 10 Burgerlijk Wetboek), *Kamerstukken II* 2009/10, 32 137, nr. 1-4.

32 Zie M.V. Polak, ‘Inspiration From Above: Making and Interpreting Dutch Law on Jurisdiction in Civil and Commercial Matters in Light of European Law’, in H. Snijders and S. Vogenauer (Eds.), *Content and Meaning of National Law in the Context of Transnational Law*, Munich: Sellier. European Law Publishers 2009, p. 124-127.

33 HR 28 november 2008 (*TNT/AXA*), *NJ* 2008, 623, r.o. 3.6.

34 Verdrag betreffende de overeenkomst tot internationaal vervoer van goederen over de weg (CMR), Genève, 19 mei 1956, *Trb.* 1957, 84.

uitspraak,³⁵ waarin het Hof zich bevoegd achtte artikel 50 TRIPS-verdrag³⁶ uit te leggen.

3.4 Uitzonderingen op het verplichte karakter van de prejudiciële procedure

Het bestaan van een grondslag voor interpretatiebevoegdheid van het Hof van Justitie is een noodzakelijke, maar niet een voldoende voorwaarde voor prejudiciële vraagstelling. De nationale rechter is niet onder alle omstandigheden gehouden gebruik te maken van de prejudiciële procedure, zelfs niet indien sprake is van een 'vraagstellingsverplichting', zoals hiervoor in paragraaf 3.2 enkele malen aan de orde kwam. In de *Cilfit*-uitspraak³⁷ heeft het Hof het verplichte karakter van de prejudiciële procedure in vier opzichten afgezwakt. In de eerste plaats beslist de nationale rechter zelfstandig en, zo nodig, ambtshalve over de wenselijkheid van prejudiciële vraagstelling, zonder daarbij te zijn gebonden aan de standpunten van de procespartijen (r.o. 9). Vervolgens kan de nationale rechter tot het oordeel komen dat een door een procespartij opgeworpen vraag van gemeenschapsrecht 'niet ter zake dienend is, dat wil zeggen wanneer het antwoord erop, hoe het ook luidt, geen invloed kan hebben op de oplossing van het geschil' (r.o. 10). Prejudiciële vraagstelling kan ook achterwege blijven indien de betrokken bepaling van Europees recht reeds door het Hof is uitgelegd: de zogenaamde *acte éclairé* (r.o. 13-15). Ten slotte kan – aldus het Hof – 'de juiste toepassing van het gemeenschapsrecht zo evident zijn, dat redelijkerwijze geen twijfel kan bestaan omtrent de wijze waarop de gestelde vraag moet worden opgelost': de zogenaamde *acte clair* (r.o. 16). Alvorens te concluderen dat sprake is van een *acte clair* dient de nationale rechter rekening te houden met 'de eigen kenmerken van het gemeenschapsrecht, de bijzondere moeilijkheden bij de uitlegging ervan en het gevaar van uiteenlopende rechtspraak binnen de Gemeenschap' (r.o. 21).

4 DE RECHTSPRAAK VAN DE HOGE RAAD

Tussen 1 januari 2000 en 1 oktober 2009 heeft de Hoge Raad zich gebogen over een groot aantal zaken waarin (i) regels van Europees IPR – in zekere mate – een rol speelden, en (ii) zich de vraag liet stellen – vaak louter in

35 HvJ EG 16 juni 1998 (C-53/96, *Hermès/FHT*), *Jur.* 1998, p. I-3603, *NJ* 1999, 240 (DWFV, HJS en EAA), r.o. 22-33.

36 Overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom (TRIPS), Marrakesh, 15 april 1994, *Pb EG* 1994, L 336/1, *Trb.* 1994, 235, en 1995, 130.

37 HvJ EG 6 oktober 1982 (283/81, *Cilfit c.s./Ministerie van Volksgezondheid c.s.*), *Jur.* 1982, p. 3415, *NJ* 1983, 55, *AA* 1983, p. 320 (HGS).

theorie – of het wenselijk is het Hof van Justitie in te schakelen. Op basis van een tamelijk grove selectiemethode³⁸ – dus zonder pretentie van volledigheid – kom ik uit op ruim vijftig zaken. Dit zakenbestand laat zich als volgt vierendelen.

Tabel I bestrijkt de tien cassatieprocedures waarin de Hoge Raad, conform de conclusie van het parket, prejudiciële vragen heeft voorgelegd aan het Hof. Daarbij zijn de tien zaken gegroepeerd aan de hand van het IPR-instrument dat in de prejudiciële vraagstelling centraal stond. Vervolgens worden van elke zaak weergegeven: (i) de namen van de procespartijen, (ii) het arrest of de beschikking van de Hoge Raad waarin de prejudiciële vraagstelling is verrat, (iii) de uitspraak van het Hof – voor zover op 1 oktober 2009 reeds gewezen – naar aanleiding van de prejudiciële vraagstelling, en (iv) het arrest of de beschikking van de Hoge Raad waarin de cassatieprocedure is afgedaan. Ten slotte tracht ik de transparantie te bevorderen door in de voetnoten aan te geven bij welke zaken ik als advocaat betrokken ben geweest.

Tabel I: Prejudiciële vraagstelling, conform conclusie parket

Zaak	Vraagstelling Hoge Raad	Beantwoording Hof van Justitie	Afdoening Hoge Raad
EEX-verdrag			
<i>Weber/UOS</i>	4 februari 2000 NJ 2005, 335 (ThMdB)	27 februari 2002 (C-37/00) <i>Jur.</i> 2002, p. I-2013 NJ 2005, 336 (ThMdB)	31 januari 2003 NJ 2005, 337 (ThMdB)
<i>Van der Plas/Guis</i>	2 maart 2001 NJ 2003, 240 (PV)	28 mei 2001 (C-105/01) [zaak doorgehaald] <i>Pb EG</i> 2001, C 289/21	-
<i>PFA/Staat</i>	18 mei 2001 NJ 2005, 64 (PV)	15 mei 2003 (C-266/01) <i>Jur.</i> 2003, p. I-4867 NJ 2005, 65 (PV) <i>AA</i> 2003, p. 676 (MVP)	17 februari 2006 NJ 2008, 622 (PV)
<i>Roche c.s./Primus c.s.</i>	19 december 2003 NJ 2008, 75 (PV)	13 juli 2006 (C-539/03) <i>Jur.</i> 2006, p. I-6535 NJ 2008, 76 (PV)	30 november 2007 NJ 2008, 77 (PV)

38 De digitale jaargangen 2000-2009 van de *Nederlandse Jurisprudentie* en de *Rechtspraak van de Week* zijn onderzocht aan de hand van een lijst van in het IPR gebruikelijke trefwoorden, zoals 'betekening', 'bevoegdheid', 'erkenning', 'tenuitvoerlegging' en 'toepasselijk recht'.

Zaak	Vraagstelling Hoge Raad	Beantwoording Hof van Justitie	Afdoening Hoge Raad
EEX-verordening			
<i>Zuid-Chemie/Philippo's</i> ³⁹	4 april 2008 NJ 2008, 202	16 juli 2009 (C-189/08) <i>RvdW</i> 2009, 1085	
<i>TNT/AXA</i>	28 november 2008 NJ 2008, 623	zaak C-533/08 [nog geen uitspraak] <i>Pb EG</i> 2009, C 44/32	
<i>KLG/Zeuner</i> ⁴⁰	28 november 2008 NJ 2008, 624	18 februari 2009 (C-534/08) [zaak doorgehaald] <i>Pb EG</i> 2009, C 220/31	–
EVO			
<i>ICF/Balkenende c.s.</i>	28 maart 2008 NJ 2008, 191	6 oktober 2009 (C-133/08) (nog niet gepubliceerd)	
Insolventieverordening			
<i>German Graphics/Van der Schee q.q.</i>	20 juni 2008 NJ 2008, 354	10 september 2009 (C-292/08) (nog niet gepubliceerd)	
Betekenisverordening 2000			
<i>Leffler/Berlin Chemie</i>	17 oktober 2003 NJ 2004, 267	8 november 2005 (C-443/03) <i>Jur.</i> 2005, p. I-9611 NJ 2009, 66 (PV) <i>AA</i> 2006, p. 57 (MVP)	23 februari 2007 NJ 2009, 67 (PV)

Tabel II bevat drie zaken waarin de Hoge Raad géén prejudiciële vragen heeft gesteld, hoewel de conclusie van het parket wél daartoe strekte. In deze gevallen heeft de Hoge Raad ervoor gekozen de cassatieprocedure direct zelf af te doen.

39 In deze zaak behartigde ik in cassatie en in de prejudiciële procedure de belangen van Philippo's.

40 In deze zaak behartigde ik in cassatie de belangen van Zeuner.

Tabel II: Geen prejudiciële vraagstelling, ondanks daartoe strekkende conclusie parket

Zaak	Uitspraak Hoge Raad
EEX-verdrag	
<i>Bus/Chemconserve c.s.</i>	21 september 2001, NJ 2002, 254 (ThMdB)
<i>Otten/Sparkasse Bonn</i>	7 mei 2004, NJ 2004, 362, AA 2004, p. 647 (MVP)
Betekendingsverordening 2000	
<i>Ontvanger/Stokoe</i> ⁴¹	8 april 2005, NJ 2005, 347 (PV)

De tabellen III en IV geven een overzicht van de zaken waarin de Hoge Raad, in lijn met de conclusie van het parket, geen aanleiding zag om gebruik te maken van een in beginsel bestaande mogelijkheid om prejudiciële vragen te stellen en – evenals in de zaken van tabel II – de cassatieklachten direct zelf in behandeling heeft genomen. Tabel III bevat de zaken waarin de Hoge Raad zijn oordeel over de gegrondheid of de ongegrondheid van de cassatieklachten inhoudelijk heeft gemotiveerd; tabel IV bevat de zaken waarin het cassatieberoep op de voet van artikel 81 RO is verworpen.

Tabel III: Geen prejudiciële vraagstelling, conform conclusie parket

Zaak	Uitspraak Hoge Raad
EEX-verdrag	
<i>Cogenius/ Schothorst</i>	9 februari 2001, NJ 2001, 290 (PV)
<i>Janssen/Villaggio di Sunclass Tignale</i> ⁴²	5 oktober 2001, NJ 2003, 266 (PV)
<i>W/A</i>	7 december 2001, NJ 2002, 539 (PV)
<i>Spectra/Ziegler</i>	3 mei 2002, NJ 2005, 39 (PV)
<i>Siplast/Delbouw</i>	20 september 2002, NJ 2005, 40 (PV)
<i>Strickling/Driessen</i>	11 juli 2003, NJ 2005, 311 (PV)
<i>Lambrecht/P&H</i>	24 oktober 2003, NJ 2004, 652 (ThMdB), AA 2004, p. 52 (MVP)
<i>Frans Maas c.s./Petermann I</i>	6 februari 2004, NJ 2005, 403 (PV)
<i>IDAT/G</i> ⁴³	12 maart 2004, NJ 2004, 284 (PV)
<i>Philips/Postech c.s.</i>	19 maart 2004, NJ 2007, 585 (PV)
<i>Masselink/DPS</i>	9 juli 2004, NJ 2004, 621

41 In deze zaak behartigde ik in cassatie de belangen van de Ontvanger.

42 In deze zaak behartigde ik in cassatie de belangen van Villaggio di Sunclass Tignale.

43 In deze zaak behartigde ik in cassatie de belangen van G.

Zaak	Uitspraak Hoge Raad
EEX-verordening	
<i>B&N c.s./Westereems</i> ⁴⁴	29 september 2006, NJ 2007, 393 (KFH)
<i>Makro c.s./Diesel</i> ⁴⁵	11 juli 2008, NJ 2008, 417
<i>Realchemie/Agrar</i>	7 november 2008, NJ 2008, 579
<i>PwC/Dax</i>	11 september 2009, NJ 2009, 419
EVO	
<i>DIO/IMS</i>	28 januari 2005, NJ 2006, 469 (ThMdB)
<i>Vergo/Grootscholten</i>	28 januari 2005, NJ 2006, 517 (ThMdB)
<i>James Town/Dynamo Trust</i>	29 april 2005, NJ 2006, 479 (ThMdB)
<i>Baros/Embrica</i>	17 oktober 2008, RvdW 2008, 955
Insolventieverordening	
<i>V/Fortis</i>	9 januari 2004, NJ 2006, 308 (PV)
Verordening Brussel II	
<i>D/R</i>	15 februari 2002, NJ 2003, 371 (PV)
Verordening Brussel II-bis	
<i>X/Raad voor de Kinderbescherming</i>	27 april 2007, NJ 2008, 546 (ThMdB)
<i>X/Y</i>	19 oktober 2007, NJ 2008, 51 (SFMW)
Betekeningsverordening 2000	
<i>Oerlemans/Kools c.s.</i>	17 januari 2003, NJ 2003, 113 (PV)
<i>Herdera/Verelle</i>	25 juni 2004, NJ 2004, 451
<i>Ontvanger/Westera</i>	28 januari 2005, NJ 2005, 132
<i>Calander c.s./ Buhmann c.s.</i>	22 december 2006, NJ 2007, 24
<i>Magnus/Octopus</i>	30 mei 2008, NJ 2009, 70 (PV)
<i>Snellink q.q./Safran</i>	30 mei 2008, RvdW 2008, 573
<i>X/Y</i>	10 juli 2009, NJ 2009, 359

44 In deze zaak behartigde ik in cassatie de belangen van Westereems.

45 In *Makro c.s./Diesel* heeft de Hoge Raad, conform de conclusie, prejudiciële vragen voorgelegd aan het Hof, maar deze betroffen niet het IPR; de Hoge Raad heeft de vragen met betrekking tot de EEX-verordening, conform de conclusie, zelf afgedaan. Zie, voor de uitspraak van het Hof, HvJ EG 15 oktober 2009 (C-324/08, *Makro c.s./Diesel*) (nog niet gepubliceerd).

Tabel IV: Geen prejudiciële vraagstelling, conform conclusie parket en verwerping van het cassatieberoep op de voet van artikel 81 RO

Zaak	Uitspraak Hoge Raad
EEX-verdrag	
<i>Aquvex/Likom</i>	10 november 2006, <i>RvdW</i> 2006, 1066
<i>Frans Maas c.s./Petermann II</i>	9 februari 2007, <i>RvdW</i> 2007, 190
EEX-verordening	
<i>X/Y</i>	3 maart 2006, <i>RvdW</i> 2006, 242
<i>X/Aerts q.q.</i>	9 maart 2007, <i>RvdW</i> 2007, 279
<i>X/Fundusz</i>	21 maart 2008, <i>RvdW</i> 2008, 342
<i>Pentamedia/New Skies</i>	16 mei 2008, <i>RvdW</i> 2008, 525
<i>X/Y</i>	27 juni 2008, <i>RvdW</i> 2008, 689
Verordening Brussel II	
<i>X/Y</i>	1 september 2006, <i>RvdW</i> 2006, 769
<i>X/Y</i>	16 maart 2007, <i>RvdW</i> 2007, 311
Verordening Brussel II-bis	
<i>X/Y</i>	7 december 2007, <i>RvdW</i> 2007, 1047
<i>X/Centrale Autoriteit</i>	8 mei 2009, <i>RvdW</i> 2009, 615

Hierna duid ik de zaken van de tabellen I-IV telkens aan met de partijnamen en laat ik verdere gegevens onvermeld.

5 DE DRIESPRONGGEVALLEN NADER ONDERZOCHT

5.1 Inleiding

De driespronggevallen van de tabellen I-IV laten zich op tal van manieren onderzoeken. Ik begin met een algemene analyse van de tabellen I-IV (zie paragraaf 5.2). Vervolgens ga ik kort in op het gebruik van artikel 81 RO in de zaken van tabel IV (zie paragraaf 5.3). Daarna tracht ik aan de hand van enkele interessante driespronggevallen van de tabellen I, II en III het verwijzingsbeleid van de Hoge Raad te reconstrueren (zie paragraaf 5.4). Ten slotte lenen de zaken van tabel I zich voor een bespreking van het belang van goede prejudiciële vragen (zie paragraaf 5.5) en van de problematiek van de afdoening van de cassatieprocedure op basis van de prejudiciële beslissing van het Hof van Justitie (zie paragraaf 5.6).

5.2 Algemene analyse van de tabellen I-IV

Bestudering van de vier tabellen in onderling verband leert in de eerste plaats dat op een totaal van ruim vijftig cassatieprocedures over een tijdsbestek van bijna tien jaar (de zaken van de tabellen I, II, III en IV), de Hoge Raad in tien gevallen prejudiciële vragen heeft gesteld (de zaken van tabel I), terwijl het parket in dertien gevallen prejudiciële vraagstelling had gesuggereerd (de zaken van de tabellen I en II). Met andere woorden: een verwijzing naar het Hof van Justitie is slechts in circa 25% van de zaken een reële optie. In de overige 75% van de zaken (de zaken van de tabellen III en IV) menen raad en parket eendrachtig dat er geen rol is weggelegd voor Luxemburg, van welke zaken vervolgens nog weer een kwart op de voet van artikel 81 RO wordt afgedaan (de zaken van tabel IV). Prejudiciële vraagstelling is dus een uitzonderlijk fenomeen, ook in zaken waarin Europees IPR een rol speelt.

De vier tabellen leren voorts dat vier IPR-instrumenten – het EEX-verdrag, de EEX-verordening, het EVO en de Betekeningsverordening – daarin frequent figureren, terwijl andere IPR-instrumenten in elke tabel schitteren door afwezigheid. Het eerste fenomeen doet vermoeden dat de bepalingen van de vier frequent toegepaste Europese IPR-regimes niet sterk van elkaar afwijken voor wat hun ‘*acte-clair*-gehalte’ betreft: kennelijk steken zij zo in elkaar dat zij – in min of meer gelijke mate – de Hoge Raad af en toe dwingen tot het stellen van prejudiciële vragen en zich voor het overige lenen voor toepassing zonder inschakeling van het Hof. Met andere woorden: geen van deze IPR-instrumenten springt eruit als een wonder van juridische eenvoud dan wel als het spreekwoordelijke juridische doolhof. Het tweede fenomeen kan voor een belangrijk deel worden verklaard door de betrekkelijk recente inwerkingtreding van veel IPR-instrumenten, waardoor daarop betrekking hebbende zaken de Hoge Raad nog niet (kunnen) hebben bereikt. Bovendien betreffen sommige regimes, zoals de Bewijsverordening, materies die slechts in weinig zaken een rol spelen.

Een opvallende uitbijter in de tabellen I, II en III is de Betekeningsverordening, die eenmaal – in *Leffler/Berlin Chemie* – tot prejudiciële vraagstelling heeft geleid, maar in acht procedures (de zaken van de tabellen II en III), door de Hoge Raad zelf is uitgelegd. Daarbij past dan echter de kanttekening dat *Herdera/Verelle* en *Calander c.s./Buhrmann c.s.* betrekking hadden op dezelfde vraag die de Hoge Raad in *Oerlemans/Kools c.s.* al op eigen houtje had beantwoord, te weten of de niet-inachtneming van de voorschriften van de Betekeningsverordening in de weg staat aan verstekverlening tegen de niet in de cassatieprocedure verschenen buitenlandse verweerder. Voorts kon de Hoge Raad in *Ontvanger/Westera* de kwestie van de toepasselijkheid van de Betekeningsverordening op een door de Ontvanger ingestelde cassatieprocedure laten rusten, wetende dat deze vraag kort nadien in *Ontvanger/Stokoe* alsnog aan de orde zou komen. En ten slotte betroffen *Magnus/Octopus* en *Snellink q.q./Safran* eveneens dezelfde vraag, te weten of de verschijning van de buitenland-

se verweerder in de rechtsmiddelpprocedure meebrengt dat geen sancties zijn verbonden aan de niet-inachtneming van de voorschriften van de Betekeningsverordening. Kortom: in de zaken met betrekking tot de Betekeningsverordening schuilen veel dubbelgangers.

Ten slotte valt op dat de Verordeningen Brussel II en II-bis louter in de tabellen III en IV voorkomen. Ook hier past echter een kanttekening. Zo werd in *D/R* (tabel III) en in *X/Y* van 7 december 2007 (tabel IV) geklaagd over schending van een van deze IPR-instrumenten, terwijl de niet-toepasselijkheid daarvan in het voorliggende geval evident was. Voor prejudiciële vraagstelling bestond dan uiteraard geen aanleiding. Dit fenomeen brengt mij bij de zaken van tabel IV, waarin de Hoge Raad het cassatieberoep verwierp op de voet van artikel 81 RO.

5.3 Het gebruik van artikel 81 RO

Veel juristen is het bestaan van artikel 81 RO een gruwel. Hoe kan een hoogste rechtscollege een partij die cassatieberoep heeft ingesteld, heenzenden zonder haar uit te leggen waarom het beroep ongegrond is? En als de beschikbaarheid van dit paardenmiddel al aanvaardbaar wordt geacht, menen velen dat de Hoge Raad het te vaak uit de kast haalt, door te zwijgen in zaken waarin zwijgen niet op zijn plaats is.

De cassatieprocedures van tabel IV bevestigen niet het beeld van een Hoge Raad die te vaak zwijgt. In sommige zaken waren de rechtsklachten evident ongegrond, bijvoorbeeld omdat een ten tonele gevoerde IPR-regel onmiskenbaar niet relevant was voor het voorliggende geschilpunt. Zo werd in *X/Aerts q.q.* in cassatie geklaagd over schending van artikel 5 aanhef en onder 3 EEX-verordening, terwijl de bevoegdheid van de Nederlandse rechter berustte op artikel 2 Rv; en in *X/Fundusz* werd op evident ontoereikende gronden de EEX-verordening in stelling gebracht, waar het EVEX-verdrag van toepassing was. De motiveringsklachten in deze en andere zaken laten zich uiteraard niet goed beoordelen zonder bestudering van de processtukken, maar lijken dikwijls erop gericht de Hoge Raad als derde instantie de feiten opnieuw te laten beoordelen. Ik vind het niet verbazingwekkend – laat staan verwerpelijk – dat een overbelast rechtscollege ervoor kiest dergelijke klachten zonder inhoudelijke motivering te verwerpen.

5.4 Het verwijzingsbeleid van de Hoge Raad

De tabellen I-IV laten zien dat raad en parket vrijwel steeds op één lijn zitten voor wat de wijze van behandeling van driespronggevallen betreft. Prejudiciële vraagstelling door de Hoge Raad werd steeds voorafgegaan door een daartoe strekkende conclusie van het parket (de zaken van tabel I), terwijl het directe

spreken dan wel zwijgen van de Hoge Raad eveneens strookte met de voorafgaande conclusie (de zaken van tabel III respectievelijk tabel IV). Slechts in drie gevallen week de Hoge Raad af van een conclusie die strekte tot het stellen van prejudiciële vragen, en koos ervoor de zaak meteen zelf af te doen (de zaken van tabel II). Deze drie zaken verdienen uiteraard nadere aandacht, omdat zij mogelijk licht werpen op het beleid van de Hoge Raad rond het gebruik van de prejudiciële procedure. Ik betrek echter ook enkele andere interessante gevallen in mijn analyse.

In de driespronggevallen waarin het tot prejudiciële vraagstelling is gekomen (de zaken van tabel I), kwam in cassatie telkens beslissende betekenis toe aan een bepaling van een Europees IPR-instrument, terwijl deze bepaling noch als *acte éclairé* noch als *acte clair* kon worden beschouwd. De eenstemmigheid van raad en parket ten aanzien van de wenselijkheid van verwijzing naar het Hof van Justitie verbaast in deze gevallen dan ook niet.

Van divergentie tussen raad en parket kan overigens wel sprake zijn op detailniveau. Zo meende A-G Strikwerda in zijn conclusie voor *KLG/Zeuner* dat een bepaalde vraag van uitleg van artikel 34 aanhef en onder 3 EEX-verordening niet aan het Hof behoefde te worden voorgelegd (conclusie, paragraaf 19-20), maar nam de Hoge Raad deze vraag wel op in zijn prejudiciële vraagstelling aan het Hof, omdat het antwoord daarop niet 'buiten redelijke twijfel' uit de EEX-bepaling viel af te leiden (r.o. 3.3.7; zie tevens r.o. 5, vraag 3 (ii)). Indien prejudiciële vraagstelling onontkoombaar is, dan liever te veel dan te weinig vragen – is hier misschien de leidende gedachte van de Hoge Raad geweest.

Anderzijds stelde de Hoge Raad in *Zuid-Chemie/Philippo's*, in het kader van het principaal cassatieberoep, prejudiciële vragen over artikel 5 aanhef en onder 3 EEX-verordening, maar liet hij deze niet vergezeld gaan van vragen over de Betekeningsverordening, hoewel laatstgenoemd IPR-instrument relevant was in het kader van het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep (r.o. 5 en 6). Een en ander strookte met de conclusie van A-G Strikwerda (conclusie, paragraaf 24-25). Wellicht was voor de Hoge Raad van belang dat hij acht weken na zijn uitspraak in *Zuid-Chemie/Philippo's* over dezelfde kwestie met betrekking tot de Betekeningsverordening arrest zou wijzen in *Magnus/Octopus* en *Snellink q.q./Safran*, twee zaken van tabel III, waarin prejudiciële vragen achterwege bleven.

Dan kom ik toe aan de drie driespronggevallen waarin de Hoge Raad is afgeweken van de conclusie van het parket en geen prejudiciële vragen heeft gesteld (de zaken van tabel II).

In *Bus/Chemconserve c.s.* concludeerde A-G Strikwerda tot prejudiciële vraagstelling, onder meer over de vraag of een vordering tot schadevergoeding wegens het afbreken van contractsonderhandelingen, voor de toepassing van artikel 5 EEX-verdrag moet worden gekwalificeerd als een contractueel dan

wel als een delictueel geschil (conclusie, paragraaf 9-16). De Hoge Raad nam deze suggestie niet over en verwierp het cassatieberoep. Daarbij benadrukte de Hoge Raad dat de appelrechter en eiseres tot cassatie ervan waren uitgegaan dat de gelaedeerde een delictuele vordering had ingesteld (r.o. 3.3). Misschien is dit een aanwijzing dat de Hoge Raad zich niet vrij achtte de kwalificatiekwestie buiten het cassatiemiddel om aan het Hof voor te leggen.⁴⁶

De zaak *Otten/Sparkasse Bonn* betrof de vraag of de wisselbepaling van artikel 69 Rv kon worden toegepast in het kader van de exequaturprocedure van het EEX-verdrag, teneinde het verzuim te herstellen dat het verzet tegen het verlot tot tenuitvoerlegging bij verzoekschrift in plaats van bij dagvaarding was ingesteld. A-G Strikwerda signaleerde hier een vraag van uitlegging van artikel 37 EEX-verdrag (conclusie, paragraaf 13),

‘waarvan m.i. niet kan worden gezegd dat er redelijkerwijze geen twijfel kan bestaan hoe deze moet worden beantwoord.’

De Hoge Raad, daarentegen, zag geen reden voor prejudiciële vraagstelling, omdat de vraag of het EEX-verdrag toepassing van de wisselbepaling toelaat (r.o. 3.5.1),

‘naar redelijkerwijze niet voor twijfel vatbaar is, bevestigend [moet] worden beantwoord.’

Overigens getroostte de Hoge Raad zich er vervolgens veel moeite voor om – mede aan de hand van een analyse van de rechtspraak van het Hof – uit te leggen waarom toepassing van de wisselbepaling niet onverenigbaar is met de exequaturprocedure van het EEX-verdrag (r.o. 3.5.2-3.5.5).

In *Ontvanger/Stokoe* diende de Hoge Raad te oordelen over de vraag of de Betekeningsverordening van toepassing was op een dagvaarding waarmee de Ontvanger de in het Verenigd Koninkrijk wonende Stokoe in cassatie had gedagvaard. Daarbij deed zich de complicatie voor dat de Ontvanger in deze zaak primair op grond van een bepaling in de Invorderingswet en subsidiair op basis van onrechtmatige daad ageerde. A-G Strikwerda meende dat geen sprake was van een *acte clair* en concludeerde tot het stellen van prejudiciële vragen (conclusie, paragraaf 18). De Hoge Raad kende minder aarzeling (r.o. 2.6):

‘In deze zaak bestaat ... geen grond voor het stellen van prejudiciële vragen.’

46 Zie M.V. Polak, ‘De Juiste Visie?’, *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2005, p. 1123-1124 (bijdrage voor rubriek De Redactie Privaat). Zie, voor een reactie, J.K. Franx, “‘Verstaat gij wat gij leest?’ (Hand. 8:31)”, *NIPR* 2007, p. 2.

In de visie van de Hoge Raad kon geen twijfel erover bestaan dat de subsidiaire vordering uit onrechtmatige daad binnen de reikwijdte van de Betekeningsverordening viel (r.o. 2.3) en was – ‘naar redelijkerwijs niet valt te betwijfelen’ – onder de omstandigheden van het geval geen plaats voor afsplitsing van de primaire vordering, waarmee deze buiten het toepassingsgebied van dit instrument zou vallen (r.o. 2.6). De Ontvanger had de cassatiedagvaarding daarom zowel voor de primaire als voor de subsidiaire vordering op de voet van de Betekeningsverordening moeten laten uitbrengen. Nu dit niet was gebeurd – in dit ‘proefcassatieproces’ was dit opzettelijk nagelaten – weigerde de Hoge Raad het gevraagde verstek en verstond dat de instantie was geëindigd. Daarbij hield de Hoge Raad uitdrukkelijk de mogelijkheid open dat in andere gevallen van splitsing van samengestelde vorderingen wél prejudiciële vragen zouden worden gesteld (r.o. 2.5).

Deze drie zaken laten zien dat de Hoge Raad de divergentie ten opzichte van de conclusie van het parket niet steeds expliciet motiveert, maar wel nauwgezet onderzoekt of prejudiciële vraagstelling achterwege kan blijven. Naar het zich laat aanzien, greep de Hoge Raad in *Bus/Chemconserve c.s.* en in *Ontvanger/Stokoe* de specifieke procesconstellatie in cassatie aan om de centraal staande argumenten direct op hun merites te beoordelen en af te zien van prejudiciële vraagstelling. In *Otten/Sparkasse Bonn* meende de Hoge Raad dat de rechtspraak van het Hof de raad voldoende houvast bood om de in cassatie voorliggende uitleggingsvraag zelf te beantwoorden.

Ten slotte is er de categorie driespronggevallen waarin de Hoge Raad, conform de conclusie van het parket, geen prejudiciële vragen heeft gesteld (de zaken van tabel III). Ik licht hier twee zaken uit.

In *Oerlemans/Kools c.s.* diende de Hoge Raad voor het eerst te beslissen over de vraag of de Betekeningsverordening van toepassing was op de betekening van een cassatiedagvaarding en, zo ja, of de niet-inachtneming van de voorschriften van dit instrument in de weg stond aan verstekverlening tegen de in het buitenland wonende verweerder. Waar A-G Keus nog aarzelde over het stellen van prejudiciële vragen (conclusie, paragraaf 4.6), hakte de Hoge Raad zelf de knoop door, zonder zich expliciet uit te laten over de wenselijkheid van verwijzing naar Luxemburg (r.o. 2.2-2.8). Wellicht wilde de Hoge Raad de in de praktijk ontstane rechtsonzekerheid rond de toepassing van de Betekeningsverordening zo snel mogelijk uit de weg te ruimen en pleitte dit tegen prejudiciële vraagstelling.

In *Baros/Embrica* betrof een van de klachten in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep de toepassing van artikel 4 lid 5 EVO. A-G Huydecoper signaleerde dat de Hoge Raad enkele maanden eerder in *ICF/Balkenende c.s.* prejudiciële vragen had gesteld over de interpretatie van, onder meer, artikel 4 lid 5 EVO, en bij die gelegenheid het Hof had gevraagd zich uit te spreken over de restrictieve interpretatie van deze bepaling, zoals deze door de Hoge Raad

in het *Balenpers*-arrest⁴⁷ van 1992 was ontwikkeld. De advocaat-generaal meende echter dat in *Baros/Embrica* geen aanleiding bestond voor prejudiciële vraagstelling: het oordeel van de appelrechter kon bij geen enkele uitleg van artikel 4 lid 5 EVO door de beugel (conclusie, paragraaf 29):

‘[Ik] kan ... mij geen geval voorstellen waarin de door het hof opgesomde gegevens alléén, voldoende grond zouden kunnen opleveren om de uitzondering van art. 4 lid 5 EVO toepasselijk te doen zijn. In zoverre durf ik de stelling aan dat deze bepaling als ‘*acte clair*’ kan gelden.’

De Hoge Raad volgde dezelfde lijn (r.o. 5.2):

‘Bij de beoordeling van het ... onderdeel ... dient tot – in cassatie niet bestreden – uitgangspunt dat de uitzondering van art. 4 lid 5 EVO op de hoofdregel van lid 2 restrictief moet worden gehanteerd op de wijze zoals het hof ... heeft vooropgesteld. In dit licht voert het onderdeel terecht aan dat het hof van een onjuiste rechtsopvatting heeft blij gegeven door te overwegen dat de huurovereenkomst geen reële aanknopingspunten met Duitsland heeft op grond van de zes hiervoor ... weergegeven omstandigheden.’

Over prejudiciële vraagstelling sprak de Hoge Raad verder niet.

Welk beleid voert de Hoge Raad ten aanzien van het gebruik van de prejudiciële procedure? Deze vraag laat zich niet gemakkelijk beantwoorden, omdat de Hoge Raad niet steeds aangeeft waarom hij – conform of in afwijking van de conclusie van het parket – wel of niet tot verwijzing naar Luxemburg overgaat. Het is echter duidelijk dat de Hoge Raad – in nog iets sterkere mate dan het parket – vooral terughoudendheid betracht en de speelruimte van de *Cilfit*-doctrine ten volle benut. Dat Europees IPR van invloed kan zijn op de uitkomst van de cassatieprocedure, rechtvaardigt nog geen prejudiciële vraagstelling. Daarvoor is vereist dat in cassatie *beslissende* betekenis toekomt aan de juiste interpretatie van een Europese IPR-bepaling. Vervolgens blijven prejudiciële vragen achterwege, indien de Hoge Raad de in cassatie beslissende IPR-bepaling als een *acte éclairé* dan wel als een *acte clair* beschouwt, hetgeen de Hoge Raad niet zelden durft te beslissen. Ten slotte wordt een laatste reductie bereikt door zaken waarin de specifieke procesconstellatie in cassatie toelaat dat de Hoge Raad zelf knopen doorhakt, niet naar Luxemburg te verwijzen.

47 HR 25 september 1992 (*Balenpers*), NJ 1992, 750, AA 1993, p. 207 (ThMdB).

5.5 Het belang van goede prejudiciële vragen

De samenwerking tussen de nationale rechter en het Hof van Justitie in het kader van de prejudiciële procedure van artikel 234 EG-verdrag staat of valt met een goede vraagstelling door de nationale rechter. Het Hof heeft op dit punt vaste rechtspraak ontwikkeld. In de visie van het Hof is het aan de nationale rechter om te beslissen over de noodzaak van een prejudiciële beslissing en over de relevantie van de prejudiciële vragen. Wel behoudt het Hof zich het recht voor om geen uitspraak te doen, indien duidelijk blijkt:

‘dat de prejudiciële vraag in werkelijkheid ertoe strekt via een kunstmatig geschil een uitspraak van het Hof uit te lokken of het Hof adviezen te doen geven over algemene of hypothetische vragen, dat de gevraagde uitlegging van het gemeenschapsrecht geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdeding, of wanneer het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die nodig zijn om een nuttig antwoord te geven op de gestelde vragen.’⁴⁸

Laatstgenoemde zorg omtrent de beschikbaarheid van de vereiste feitelijke en juridische gegevens vertaalt zich in eisen aan de wijze van inrichting van de verwijzingsbeslissing:

‘(i) Het is noodzakelijk dat de nationale rechter ‘een omschrijving geeft van het feitelijke en juridische kader waarin zijn vragen moeten worden geplaatst, of althans de feiten uiteenzet waarop die vragen zijn gebaseerd’;
(ii) De in de verwijzingsbeslissing verstrekte gegevens moeten ‘niet alleen het Hof in staat stellen nuttige antwoorden te geven, doch ook de regeringen van de lidstaten en de andere belanghebbende partijen de mogelijkheid bieden ... opmerkingen te maken’;⁴⁹

In de zeven zaken van tabel I waarin het Hof reeds uitspraak heeft gedaan – *Weber/UOS*, *PFA/Staat*, *Roche c.s./Primus c.s.*, *Zuid-Chemie/Philippo’s*, *ICF/Balkenende c.s.*, *German Graphics/Van der Schee q.q.* en *Leffler/Berlin Chemie* – leverde het vorenstaande doorgaans geen problemen op. De prejudiciële vraagstelling werd vrijwel steeds zonder verdere plichtplegingen ontvankelijk geacht. Slechts in *Zuid-Chemie/Philippo’s* werd een vraag van de Hoge Raad als ‘zuiver hypothetisch’ aangemerkt en om die reden onbeantwoord gelaten (r.o. 33-36).

Het komt voor dat het Hof zich rechtstreeks buigt over de door de Hoge Raad gestelde vragen (*Weber/UOS*, r.o. 27, 37 en 59; *Leffler/Berlin Chemie*, r.o. 31). Gebruikelijker is echter dat het Hof begint met een herformulering van de prejudiciële vraag – ingeleid met de beleefdheidsfrase dat de verwijzende rechter ‘in wezen’ dan wel ‘in hoofdzaak’ wenst ‘te vernemen of ...’ (*PFA/Staat*,

48 HvJ EG 14 december 2006 (C-217/05, *Confederación/CEPSA*), *Jur.* 2006, p. I-11987, NJ 2007, 444, r.o. 17.

49 *Idem*, r.o. 26-27.

r.o. 15 en 37; *Roche c.s./Primus c.s.*, r.o. 18; *Zuid-Chemie/Philippo's*, r.o. 16; *ICF/Balkenende c.s.*, r.o. 31, 41 en 53; *German Graphics/Van der Schee q.q.*, r.o. 14 en 21; *Leffler/Berlin Chemie*, r.o. 56) – waarna het antwoord volgt op de door het Hof geschreven vraag.

Een stap verder ging het Hof in *Roche c.s./Primus c.s.*, door een veelledige vraag van de Hoge Raad eerst te reduceren en te herformuleren tot één enkele vraag (r.o. 18), om zich vervolgens op deze ene vraag te concentreren. In *ICF/Balkenende c.s.* stelde de Hoge Raad vijf vragen, waarvan het Hof er één in twee deelvragen splitste om het totaal van zes (deel-)vragen vervolgens in drie clusters samen te voegen en te beantwoorden (r.o. 31, 41 en 53). Ten slotte werden in *German Graphics/Van der Schee q.q.* twee prejudiciële vragen samengevoegd (r.o. 21). In de overige zaken liep het Hof in beginsel wel alle door de Hoge Raad gestelde vragen langs, tenzij een vraag niet meer relevant was in het licht van het antwoord van het Hof op een voorafgaande vraag (*Leffler/Berlin Chemie*, r.o. 55).

Een bijzondere complicatie diende zich aan in *PFA/Staat*. De prejudiciële vragen van de Hoge Raad zagen op de toepasselijkheid van het EEX-verdrag op een vordering van de Staat der Nederlanden tegen de in Frankrijk gevestigde verzekeringsmaatschappij PFA uit hoofde van een overeenkomst tussen partijen, waarbij PFA zich jegens de Staat 'als borg en hoofdelijk medeschuldenaar' had verbonden tot voldoening van bepaalde douaneschulden. In beide prejudiciële vragen repte de Hoge Raad louter van 'een privaatrechtelijke borgtochtovereenkomst' en kwam het hoofdelijk medeschuldenaarschap van PFA niet goed uit de verf. Anderzijds overwoog de Hoge Raad in het verwijzingsarrest (r.o. 3.8):

'Het Hof van Justitie kan bij de beantwoording van de hierna te stellen vragen uitgaan van de hiervoor onder 3.1 vermelde feiten',

terwijl in r.o. 3.1 onder (iii) en (iv), en in r.o. 3.2 van hetzelfde verwijzingsarrest uitdrukkelijk was vermeld dat de Staat PFA aansprak als borg én hoofdelijk medeschuldenaar. Ook de Nederlandse regering beklemtoonde in de procedure ten overstaan van het Hof dat PFA niet alleen als borg optrad, maar zich ook had verbonden als hoofdelijk medeschuldenaar. Geconfronteerd met deze complicatie, overwoog het Hof (r.o. 25-26):

'25. De vraag of een clause van hoofdelijkheid de aard van een verbintenis tot borgstelling wijzigt of slechts bepaalde gevolgen daarvan, is een vraag die door het nationale recht moet worden beantwoord.

26. In elk geval moet in casu worden vastgesteld dat de verwijzende rechter die zich moet uitspreken over de aard van de betrekking tussen PFA en de Nederlandse Staat, in zijn prejudiciële vragen aan het Hof uitsluitend spreekt van een 'borgtocht-overeenkomst'. Voor de beantwoording van deze vragen moet er daarom van worden uitgegaan dat PFA uitsluitend is gedagvaard in haar hoedanigheid van borg en niet als hoofdelijk schuldenaar.'

Toen de zaak vervolgens weer bij de Hoge Raad belandde, rees uiteraard de vraag of de cassatieklachten wel konden worden afgedaan op basis van de prejudiciële beslissing van het Hof of dat de kwestie van het hoofdelijk medeschuldenaarschap van PFA alsnog aan het Hof diende te worden voorgelegd. Deze vraag, die de Hoge Raad nog de nodige hoofdbrekens zou kosten, komt in de volgende paragraaf aan de orde. Hoe het ook zij: een zorgvuldiger geredigeerde vraagstelling was hier zeker mogelijk geweest.

5.6 Ná het Hof van Justitie: afdoening van de cassatieprocedure

Nadat het Hof van Justitie de prejudiciële vragen van de Hoge Raad heeft beantwoord, is de Hoge Raad weer aan de beurt om de cassatieprocedure af te doen. De vier zaken van tabel I waarin de Hoge Raad andermaal aan het woord is gekomen – *Weber/UOS*, *PFA/Staat*, *Roche c.s./Primus c.s.* en *Leffler/Berlin Chemie* – bevatten interessante lessen over de inpassing van Luxemburgse prejudiciële beslissingen in Nederlandse cassatieprocedures.

In *Weber/UOS* stond de vraag centraal of de Nederlandse rechter op grond van artikel 5 aanhef en onder 1 EEX-verdrag bevoegd was om kennis te nemen van een arbeidsgeschil tussen een in de Bondsrepubliek Duitsland wonende werknemer en een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde werkgever, waarbij een deel van de arbeid was verricht op het Nederlandse deel van het continentale plat. Het antwoord van het Hof op de prejudiciële vragen van de Hoge Raad bracht mee dat beslissende betekenis toekwam aan bepaalde feiten, terwijl deze feiten in cassatie niet vaststonden. De Hoge Raad ontkwam er dan ook niet aan om de zaak voor nader feitelijk onderzoek te verwijzen. Tegelijk beperkte de Hoge Raad de manoeuvreerruimte van de feitenrechter door precies aan te geven welk bevoegdheidsoordeel op welke feitenconstellatie paste. Anderzijds kregen partijen de gelegenheid om hun stellingen na verwijzing aan te passen naar aanleiding van de uitspraak van het Hof, waarmee – aldus de Hoge Raad (r.o. 2.4) – ‘in eerdere instanties nog geen rekening gehouden kon worden’.

Hiervoor in paragraaf 5.5 kwam al ter sprake dat de vraagstelling van de Hoge Raad in *PFA/Staat* over de toepasselijkheid van het EEX-verdrag ertoe leidde dat het Hof ervan uitging dat de Staat PFA louter als borg aansprak en niet (tevens) als hoofdelijk medeschuldenaar. Bij de afdoening van de cassatieklachten rees dan ook de vraag of de uitspraak van het Hof zonder meer bruikbaar was in de context van het hoofdelijk medeschuldenaarschap van PFA, die in de Nederlandse procedure wel degelijk een rol speelde. Met A-G Strikwerda (conclusie, paragraaf 13-17) kwam de Hoge Raad tot een bevestigde beantwoording van deze vraag (r.o. 2.1):

‘Dit [door het Hof] gekozen uitgangspunt belet de Hoge Raad niet de resterende onderdelen van het middel te beoordelen. Zoals hierna ... zal blijken, stellen de

antwoorden van het HvJEG de Hoge Raad in staat te beslissen zonder aanvullende prejudiciële vragen te stellen.’

In de visie van de Hoge Raad moest de hoofdelijke verbondenheid van PFA, in het kader van de vraag naar de toepasselijkheid van het EEX-verdrag, op dezelfde wijze worden beoordeeld als de verbondenheid van PFA als borg (r.o. 2.3).

De zaak *Roche c.s./Primus c.s.* had, onder meer, betrekking op de vraag of de Nederlandse rechter aan artikel 6 aanhef en onder 1 EEX-verdrag bevoegdheid kon ontlenen om kennis te nemen van een geschil ter zake van inbreuk op een Europees octrooi, waarbij diverse in verschillende verdragsluitende staten gevestigde vennootschappen waren gedagvaard voor feiten die zij op het grondgebied van een of meer van deze staten zouden hebben begaan. Nadat het Hof deze prejudiciële vraag ontkennend had beantwoord, diende de Hoge Raad de cassatieprocedure af te doen. Een complicerende factor daarbij was de uitspraak van het Hof in de prejudiciële procedure *GAT/LuK*,⁵⁰ die op dezelfde dag was gewezen als de uitspraak van het Hof in *Roche c.s./Primus c.s.* In *GAT/LuK* besliste het Hof dat artikel 16 aanhef en onder 4 EEX-verdrag zo moet worden begrepen dat indien in een octrooi-inbreukprocedure de geldigheid wordt betwist van het ingeroepen octrooi – ongeacht of dat bij wege van verweer of een (reconventionele) vordering geschiedt – de gerechten van de verdragsluitende staat op het grondgebied waarvan het octrooi is geregistreerd, bij uitsluiting bevoegd zijn omtrent die geldigheid te beslissen. Deze exclusieve bevoegdheidsbepaling vergt ambtshalve toepassing, zelfs in cassatie, zo leidde de Hoge Raad in *Roche c.s./Primus c.s.* (r.o. 2.5.3) af uit artikel 19 EEX-verdrag en de daarop betrekking hebbende uitspraak van het Hof in *Duijnstee/Goderbauer*.⁵¹ Hierdoor zag de Hoge Raad zich gedwongen om bij de afdoening van het cassatieberoep in *Roche c.s./Primus c.s.* terug te komen van zijn eerdere verwerping van een cassatieklacht in het verwijzingsarrest en de desbetreffende klacht opnieuw in behandeling te nemen. Vervolgens diende zich ook nog de complicatie aan dat de Hoge Raad in *Roche c.s./Primus c.s.* (r.o. 2.5.4) moest constateren dat in *Gat/LuK* geen antwoord kon worden gevonden op de vraag hoe de Hoge Raad in de voorliggende omstandigheden diende te beslissen. De Hoge Raad wist hieraan een mouw te passen zonder andermaal prejudiciële vragen te stellen.

In de zaak *Leffler/Berlin Chemie* had de appelrechter geweigerd verstek te verlenen tegen de in de Bondsrepubliek Duitsland gevestigde Berlin Chemie en verstaan dat de appelinstantie was geëindigd, omdat Leffler had verzuimd om bij de betekening van de appeldagvaarding de taalvereisten van de Betekenningsverordening na te leven. Het cassatieberoep van Leffler leidde tot prejudi-

50 HvJ EG 13 juli 2006 (C-4/03, *GAT/LuK*), *Jur.* 2006, p. I-6509, NJ 2008, 78 (PV).

51 HvJ EG 15 november 1983 (288/82, *Duijnstee/Goderbauer*), *Jur.* 1983, p. 3663, NJ 1984, 695 (LWH en JCS).

ciële vragen van de Hoge Raad, waarop het Hof antwoordde (i) dat het verzuim om de taalvereisten in acht te nemen, zich leent voor herstel, en (ii) dat dit herstel in beginsel binnen een maand dient plaats te vinden. Bij de afdoening van de cassatieprocedure overwoog de Hoge Raad dat de door het Hof gecreëerde herstelmogelijkheid niet in de tekst van de Betekeningsverordening is vervat en daardoor voor Leffler niet kenbaar was toen hij de appelprocedure inleidde. Vervolgens vernietigde de Hoge Raad het arrest van de appelrechter en bepaalde dat de termijn waarbinnen Leffler alsnog tot herstel kon overgaan, geacht moest worden in te gaan op de datum van de uitspraak van de Hoge Raad (r.o. 2.4).

Deze vier driespronggevallen laten zien dat de afdoening van de cassatieprocedure op basis van de prejudiciële beslissing van het Hof niet per se een sinecure is. De Hoge Raad kan zich niet steeds beperken tot verwerping of gegrondbevinding van het cassatieberoep, maar moet soms creatieve oplossingen verzinnen.

6 WAARDERING

Is spreken zilver en verwijzen goud? Mijn analyse van de driespronggevallen in cassatieprocedures die betrekking hebben op het IPR en dateren van na 1 januari 2000, laat zien dat de zaken genuanceerder liggen.

Een arrest of beschikking waarin de Hoge Raad spreekt en motiveert waarom het cassatieberoep slaagt of faalt, overtuigt uiteraard meer dan een verwerping van het cassatieberoep op de voet van artikel 81 RO. Anderzijds bleek uit de analyse van de driespronggevallen dat de Hoge Raad het zwijgen reserveert voor evident ongegronde rechtsklachten of falende motiveringsklachten, hetgeen ik aanvaardbaar acht.

De Hoge Raad en het parket betrachten terughoudendheid ten aanzien van het gebruik van de prejudiciële procedure. Verwijzing naar Luxemburg geschiedt slechts indien in cassatie *beslissende* betekenis toekomt aan de juiste interpretatie van een Europese IPR-bepaling, die noch een *acte éclairé* noch een *acte clair* is. Indien de specifieke procesconstellatie in cassatie toelaat dat de Hoge Raad zelf knopen doorhakt, blijven prejudiciële vragen achterwege. Dit terughoudende verwijzingsbeleid juich ik toe. De rechtseenheid en de rechtsontwikkeling in Europa mogen gebaat zijn bij een frequent gebruik van de prejudiciële procedure, vanuit een oogpunt van rechtsbescherming van de procespartijen is de Hoge Raad gehouden erop toe te zien dat het proces niet onnodig wordt vertraagd en dat de kosten niet alle perken te buiten gaan. Dit partijperspectief kan dan ook rechtvaardigen dat geen verwijzing naar Luxemburg volgt. Uiteraard verdient het aanbeveling dat de Hoge Raad in voorkomend geval uitlegt waarom hij afwijkt van een conclusie van het parket die wél strekt tot het stellen van prejudiciële vragen.

Indien de prejudiciële procedure wordt gevolgd, komt het aan op een zorgvuldige redactie van de vragen die de Hoge Raad aan het Hof van Justitie

voorlegt. Alleen langs deze weg kan worden bereikt dat de antwoorden van het Hof bruikbaar zijn in het kader van de cassatieprocedure. Ten slotte lieten de driespronggevallen zien dat zich bij de afdoening van de cassatieprocedure op basis van de prejudiciële beslissing van het Hof soms complicaties aandienen die maatwerk van de Hoge Raad vergen.

