



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## Het risico van een antwoord. Observaties over prejudiciële vragen en een retourtje Luxemburg

Schaafsma, S.J.

### Citation

Schaafsma, S. J. (2020). Het risico van een antwoord. Observaties over prejudiciële vragen en een retourtje Luxemburg. *Intellectuele Eigendom En Reclamerecht*, 2020(5), 322-330. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3133375>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3133375>

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

# Het risico van een antwoord.

## Observaties over prejudiciële vragen en een retourtje Luxemburg

IER 2020/41

### I. Inleiding

1. Deze bijdrage *in honour of His Honour Ernst Numann* is gewijd aan prejudiciële vragen, een thema waar Ernst een bijzondere belangstelling voor koestert. Zo heeft Ernst zich er destijds sterk voor gemaakt om in de wet de mogelijkheid op te nemen om prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen. Hij schreef er ook een bijdrage over.<sup>2</sup> In dit artikel heb ik het oog op prejudiciële vragen die de nationale rechter aan het Hof van Justitie van de Europese Unie kan of moet stellen. Dat gaat niet altijd zonder kleerscheuren of problemen. Aan Ernst wordt in dit verband de uitspraak toegeschreven: *'Als je iets vraagt, loop je het risico dat je een antwoord krijgt.'* Dat klinkt Numanniaans en betekent zoets als: 'je moet maar hopen dat je een duidelijk en bruikbaar antwoord krijgt'. Deze prikkelende stelling vormt de aanleiding voor enkele observaties, vanuit het perspectief van de nationale rechter, over het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie.<sup>3</sup> Daarbij put ik waar mogelijk uit gevallen in het grensgebied tussen intellectuele-eigendomsrecht en internationaal privaatrecht. We volgen de reis van een prejudiciële vraag naar Luxemburg en terug. Laten we zeggen – om Ernst een plezier te doen – dat de reis per trein gaat. Ernst is namelijk een groot treinliefhebber, dat heeft zelfs in de krant gestaan: daarin stond een dagboek van 'raadsheer annex treinengek' Ernst Numann die een week lang als machinist een rode trein door Zwitserland reed.<sup>4</sup> Ik zal daarom voor de oplettende lezer hier en daar wat spoorweg-jargon in deze bijdrage verwerken. Dat vergt wat talige behendigheid. *À la Ernst* dus, want Ernst is, behalve treinliefhebber, ook taalliefhebber.<sup>5</sup> Goed, we gaan. Met de *OriErnst Express*.

### II. Op reis

2. De reis begint wanneer in de nationale procedure een vraag van uitleg van Europees Unierecht rijst die relevant is voor de beslechting van het geschil. In Luxemburgs jargon: een 'uitleggingsvraag'. De rechter kan dan op grond van art. 267 VWEU een prejudiciële vraag stellen aan het Hof van Justitie. Het kan zijn dat de rechter als eerste op de uitleggingsvraag stuit, maar vaak – zeker in het gespecialiseerde grensgebied tussen intellectuele eigendom en internationaal privaatrecht – hebben partijen de kwestie zelf ook al gezien. Iedere partij betoogt dan dat het klip en klaar is dat de vraag moet worden beantwoord in de door haar bepleite zin, subsidiair dat ter bevestiging navraag zou kunnen worden gedaan in Luxemburg. Partijen kunnen in dit verband uiteenlopende belangen hebben, die variëren van rechtsontwikkeling (denk aan *repeat-players* die duidelijkheid willen verkrijgen die ook bruikbaar is in andere gevallen) tot het vertragen van de procedure (de prejudiciële vraag als noodrem).

3. De rechter wiens beslissing vatbaar is voor beroep, is niet verplicht om prejudiciële vragen te stellen.<sup>6</sup> Wanneer gaat hij dan wel een prejudiciële vraag stellen? Dat hangt af van de zaak en de uitleggingsvraag. Bij de beslissing om dat wel of niet te doen, kunnen verschillende factoren een rol spelen die tegen elkaar moeten worden afgewogen.

- Hoe belangrijk is bijvoorbeeld de uitleggingsvraag in de voorliggende zaak: is het een centrale vraag waar de zaak om draait, of betreft het meer een zijspoor?
- Is het een uitleggingsvraag die ook in andere vergelijkbare zaken speelt en die prangend is? Wordt het tijd dat er duidelijkheid komt over deze vraag? Hier kunnen soms ook redenen van meer strategische aard een rol spelen.<sup>7</sup> Zo kan een rechter die meent dat een nationale bepaling of een uitspraak van een andere rechter in strijd is met Unierecht, proberen steun te vinden bij het Hof.<sup>8</sup>

1 Prof. mr. S.J. Schaafsma is senior raadsheer in het Gerechtshof Den Haag en hoogleraar internationaal privaatrecht aan de Universiteit Leiden. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven.

2 E.J. Numann, 'Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad', in: E.J. Numann e.a. (red.), *Massificatie in het privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 105-113.

3 Voor een overzicht van wetenschappelijke literatuur over dit onderwerp, zie bijvoorbeeld de bibliografie in J. Krommendijk & M. Loth, *Europese rechters in gesprek*, Den Haag: Boom 2018.

4 NRC Handelsblad 28 mei 2011, 't Spoor is één meter breed, ik loop als een trein'. Een machinist wordt ook 'meester' genoemd.

5 Ernst is ook voorzitter geweest van het Genootschap Onze Taal, zie ook M. van Oostendorp, 'Doe er wat aan! Portret van het Genootschap Onze Taal', 2007, op de website [www.onzetaal.nl](http://www.onzetaal.nl).

6 Zie evenwel HvJ EG 22 oktober 1987, 314/85, ECLI:EU:C:1987:452 (*Foto-Frost*) voor het geval dat het gaat om de geldigheid van een handeling van afgeleid Unierecht: de nationale rechter kan een Unierechtelijke bepaling niet buiten toepassing laten zonder daarover een prejudiciële vraag te stellen.

7 Zie ook Krommendijk & Loth 2018 (noot 3), p. 14-18.

8 Zie bijvoorbeeld HvJ 19 november 2019, C-585/18, C-624/18 en C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982 (A.K. e.a.; *indépendance de la chambre disciplinaire de la Cour suprême*). Een voorbeeld op nationaal niveau, over de handelsnaamwet, is Hof Arnhem-Leeuwarden 4 oktober 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:8167 (*Dairy Partners*), waarin dat hof prejudiciële vragen aan de Hoge Raad stelt over Hof Den Haag 19 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2622 (*Parfumswinkel*).

- Hoeveel twijfel is er over de uitlegkwesitie? Komt er een bruikbaar antwoord? Dit zijn delicate punten omdat zij samenhangen met zaken als de voorspelbaarheid van het Hof van Justitie. Wellicht spelen ook eerdere ervaringen een rol: een rechter kan minder animo hebben gekregen om prejudiciële vragen te stellen als hij bij eerdere gelegenheid in zijn ogen onbruikbare of onjuiste antwoorden uit Luxemburg heeft teruggekregen of als de jurisprudentie van het Hof die indruk bij hem heeft achtergelaten. Dan kan de gedachte postvatten ‘wij stellen alleen vragen als we het antwoord al weten; want als wij het antwoord zelf al niet zouden weten, hoe zouden zij het dan moeten weten?’<sup>9</sup>
- Wat zijn de (verdere) belangen van partijen? Een reis naar Luxemburg kost tijd en geld. Dat zijn natuurlijk niet alleen de proceskosten in Luxemburg, maar ook de kosten die worden veroorzaakt door een verdrag die al gauw kan oplopen tot 1,5 à 2 jaar.<sup>10</sup>

Al met al staan rechters in feitelijke instanties doorgaans niet te trappelen om prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie te stellen – de trein moet gewoon doorrijden. Zeker in kort geding.

4. Voor de Hoge Raad ligt het enigszins anders. Hij heeft minder speelruimte. Als ‘nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep’, als hoogste rechter dus – ‘de bovenleiding’ – is de Hoge Raad namelijk verplicht prejudiciële vragen te stellen.<sup>11</sup> Hij kan op grond van de *Cilfit*-doctrine alleen afzien van het stellen van prejudiciële vragen indien hij heeft vastgesteld dat de uitleggingsvraag niet relevant is, dat het een ‘acte clair’ is, of dat het een ‘acte éclairé’ is.<sup>12</sup> In kort geding kan de Hoge Raad er ook van afzien om vragen te stellen.<sup>13</sup> Overigens wordt aan de *Cilfit*-doctrine nog steeds gesleu-

teld, zie ook de recente vragen van de Italiaanse Raad van State.<sup>14</sup>

5. Voordat de rechter begint aan prejudiciële vragen, zal hij er goed aan doen eerst nog te controleren of hij wel vragen mag stellen. Art. 267 VWEU bepaalt namelijk dat alleen ‘rechterlijke instanties’ prejudiciële vragen kunnen stellen. In het normaal-typische geval zal dat geen problemen opleveren, maar soms ontstaat hierover discussie. Zo stelde een Duitse bestuursrechter het Hof recent voor de zekerheid, naast een inhoudelijke vraag, ook maar een vraag van de strekking ‘ben ik eigenlijk wel een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie die een vraag mag stellen?’<sup>15</sup> Maar normaal gesproken zal het gaan om ‘rechterlijke instanties’ en kunnen er vragen worden gesteld.<sup>16</sup> Toch blijft het oppassen: als het om Unierecht gaat, is vragen stellen geen probleem (art. 267 VWEU<sup>17</sup>), maar als het gaat om een vraag van uitleg over het oude EEX-Verdrag of het EVO-Verdrag,<sup>18</sup> kunnen alleen de appelrechter en de Hoge Raad vragen stellen. De uitleggingsbevoegdheid van het Hof berust dan namelijk niet op art. 267 VWEU, maar op uitleggingsprotocollen die een beperkte mogelijkheid kennen om vragen te stellen.<sup>19</sup> Dat gaat een enkele keer wel eens verkeerd en dan verklaart het Hof zich onbevoegd.<sup>20</sup>

9 Zie P. Wattel, ‘Vooraf: nog vragen?’, *NJB* 2014, p. 893.

10 Partijen zijn overigens niet verplicht om in Luxemburg van zich te laten horen, zie art. 96 Reglement. De gemiddelde procesduur bedraagt 14,4 maanden (jaarverslag Hof van Justitie 2019, p. 55); daar komt nog een nasleep in de nationale procedure bij: partijen laten zich nog uit over de verstrekte antwoorden. In prejudiciële spoedprocedures (‘PPU’, zie art. 105 e.v. Reglement) is de gemiddelde procesduur in Luxemburg 3,1 maanden.

11 Een zijspoor: de Hoge Raad kan tegenwoordig ook vragen stellen aan het EHRM, een retourtje Straatsburg dus: op grond van Protocol 16, dat op 1 augustus 2018 in werking is getreden, hebben de hoogste rechterlijke instanties in de EVRM-staten de mogelijkheid om het EHRM te vragen een *advisory opinion* te geven over de uitleg en de toepassing van het EVRM.

12 HvJ EG 6 oktober 1982, 283/81, ECLI:EU:C:1982:335 (*Cilfit*); HvJ EU 9 september 2015, C-72/14 en C-197/14, ECLI:EU:C:2015:564 (*X en Van Dijk*); HvJ EU 9 september 2015, C-160/14, ECLI:EU:C:2015:565 (*Ferreira da Silva*), rov. 38. In geval van een ‘acte clair’ kan redelijkerwijs geen twijfel over de juiste uitleg bestaan (geen *spoortje* twijfel dus); een ‘acte éclairé’ wil zeggen dat de desbetreffende bepaling van Unierecht reeds door het Hof is uitgelegd. Zie ook het interview met Ernst elders in deze aflevering, waarin hij ingaat op *Frankovich*-aansprakelijkheid en de neiging om veiligheidshalve maar te verwijzen naar het Hof van Justitie.

13 Zie bijvoorbeeld HR 17 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1063, *IER* 2015/57, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Simba/Hasbro, ‘My Little Pony’*), rov. 3.5.3.

14 Verzoek in – hoe toepasselijk – de zaak *Conorzio Italian Management/ Rete Ferroviaria Italiana*, zaak C-561/19. Over de vraag of de rechter moet motiveren waarom hij, ondanks een daartoe strekkend verzoek, geen prejudiciële vragen stelt, zie Krommendijk & Loth 2018 (noot 3), p. 23; zie ook EHRM 24 april 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0424JUD005538514 (*Baydar/Nederland*).

15 HvJ EU 9 juli 2020, C-272/19, ECLI:EU:C:2020:535 (*VQ/Land Hessen*), vragen van het Verwaltungsgericht Wiesbaden. Vraag 2: ‘Gaat het bij de verwijzende rechter om een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie in de zin van art. 267 VWEU juncto art. 47, tweede alinea, van het [Handvest]?’

16 Een voorbeeld waar het mis ging is HvJ EG 31 mei 2005, C-53/03, ECLI:EU:C:2005:333 (*Syfait/GlaxoSmithKline*), waarin het Hof oordeelde dat de Epitepi Antagonismou, de Griekse mededingingsautoriteit, niet bevoegd was om vragen aan het Hof te stellen.

17 Overigens acht het Hof zich ook bevoegd om uitspraak te doen op verzoeken om een prejudiciële beslissing betreffende bepalingen van Unierecht in situaties waarin de feiten in het hoofdgeding buiten de werkingssfeer van het Unierecht vallen en dus tot de uitsluitende bevoegdheid van de lidstaten behoren, maar waarin die bepalingen van Unierecht toepasselijk zijn gemaakt door het nationale recht doordat dit recht naar de inhoud ervan verwijst (dus de situatie waarin de nationale wettelijke regeling zich voor haar oplossing voor zuiver interne situaties conformeert aan de in het Unierecht gekozen oplossingen), zie onder meer HvJ EG 17 juli 1997, C-28/95, ECLI:EU:C:1997:369, *NJ* 1998/793 (*Leur-Bloem*); HvJ EU 12 juli 2012, C-602/10, ECLI:EU:C:2012:443, *NJ* 2012/600, m.nt. M.R. Mok (*Volksbank România/CJPC*).

18 Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, Brussel 27 september 1968, *Trb.* 1969, 101 (geconsolideerde versie in *PbEG* 1998, C 27/1); Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, Rome 19 juni 1980, *Trb.* 1980, 156.

19 Protocol van 3 juni 1971, *Trb.* 1971, 140 (EEX-Verdrag); *Trb.* 1989, 49, *Trb.* 2004, 186 en 187 (EVO-Verdrag).

20 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 13 januari 2016, C-397/15, ECLI:EU:C:2016:16 (*Raiffeisen Privatbank Liechtenstein AG*), waarin een rechter in eerste aanleg (Landgericht Itzehoe) vragen stelde over het EVO-Verdrag.

6. Staan deze seinen op veilig, dan kan de prejudiciële trein op stoom gebracht worden. Het Hof van Justitie ziet het prejudiciële vraag-en-antwoord-spel als een dialoog/samenwerking tussen zichzelf en de nationale rechter. Daarbij maakt het Hof volgens vaste rechtspraak een taakverdeling.<sup>21</sup> De vragende rechter is als enige bevoegd (i) om de feiten van de zaak vast te stellen en te wegen, (ii) om zijn nationale recht uit te leggen en toe te passen, en (iii) om te oordelen over de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis en over de relevantie van de vragen die hij aan het Hof voorlegt. Het Hof van Justitie moet vervolgens antwoord geven. Het kan alleen weigeren uitspraak te doen over een prejudiciële vraag 'wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van het Unierecht geen enkel verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdeding, wanneer het vraagstuk van hypothetische aard is, of wanneer het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die voor hem noodzakelijk zijn om een nuttig antwoord te geven op de gestelde vragen', zo luidt de bekende formule.<sup>22</sup> Deze taakverdeling ziet er op papier goed uit, maar de praktijk is soms weerbarstiger.<sup>23</sup>

7. Even een zijspoor: stel dat de uitleggingsvraag rijst in een cassatieprocedure 'in het belang der wet'. In zo'n procedure regardeert de beslissing van de Hoge Raad het onderliggende geding en de rechtspositie van partijen niet: de zaak is al onherroepelijk beslecht. Houdt een uitleggingsvraag dan nog wel verband 'met een reëel geschil of het voorwerp van het hoofdeding'? Dit probleem deed zich voor in de zaak *Spin Master*, waarin de advocaat-generaal en de Hoge Raad deze moeilijkheid onderkenden.<sup>24</sup> Kan de Hoge Raad in een cassatieprocedure in het belang der wet dan wel prejudiciële vragen stellen? Dat zou wel wenselijk zijn: het zou nogal onbevredigend zijn als de Hoge Raad, die – als hij gerede twijfel heeft over het juiste antwoord op een uitleggingsvraag – *verplicht* is om een vraag te stellen, in Luxemburg wordt weggestuurd omdat het een cassatieprocedure in het belang der wet is.<sup>25</sup> Bovendien kunnen juist in zo'n procedure belangrijke rechtsvragen aan de orde komen die beantwoording behoeven. Het Hof van Justitie oordeelt dan ook dat de Hoge Raad in zo'n procedure prejudiciële vragen moet stellen wanneer hij twijfelt over de uitlegging van Europees recht. In de bijgeleverde motivering van dat oordeel laat het Hof de eerdergenoemde vaste-rechtspraak-formule over 'reëel geschil enz.' geheel onvermeld. Het overweegt simpelweg dat enkel van belang is dat de vragende rechter een rech-

terlijke instantie is die met rechtspraak is belast en die uitlegging van Europees recht noodzakelijk acht voor het geven van haar beslissing; dat haar beslissing geen gevolgen heeft voor partijen, kan daar niet aan afdoen.<sup>26</sup> De uitkomst is dus de wenselijke (vragen stellen kan/moet in zo'n procedure) maar de motivering lijkt wat kort door de bocht. Ondertussen kleeft er wel een nadeel aan de cassatieprocedure in het belang der wet als vehikel om vragen aan het Hof voor te leggen: waar partijen in het hoofdeding niet deelnemen aan de prejudiciële procedure en hun tegenspraak dus ontbreekt, kan het gebeuren dat het Hof minder volledig wordt voorgelicht.

8. Terug naar het hoofdspoor. Het moment is aangebroken dat de rechter zijn prejudiciële vragen gaat opstellen. Gewoonte in Nederland is om de voorgenomen vragen aan partijen voor te leggen in een tussenuitspraak, zodat zij daar nog op kunnen reageren – een praktijk die de Hoge Raad van de rechters in de feitelijke instanties ondertussen heeft overgenomen.<sup>27</sup> Bij het opstellen van vragen gelden de regels en vereisten die volgen uit art. 94 van het Reglement voor de procesvoering ('Reglement') en uit de rechtspraak van het Hof. Zo moet de rechter duidelijk aangegeven waarom hij de prejudiciële vraag stelt en waarom hij een antwoord op die vraag noodzakelijk acht om de zaak te beslechten. Ook moet hij het Hof een adequate omschrijving geven van het feitelijke en het wettelijke kader waarin de gestelde vragen moeten worden geplaatst, althans op z'n minst een uiteenzetting van de feitelijke gegevens waarop de vragen berusten, opdat het Hof een nuttig antwoord kan geven. Dat gaat een enkele keer wel eens verkeerd, bijvoorbeeld omdat te weinig feitelijke gegevens zijn verstrekt of omdat niet is uitgelegd waarom er wordt getwijfeld over de uitleg van het Unierecht.<sup>28</sup> Daarnaast heeft het Hof 'Aanbevelingen aan de nationale rechterlijke instanties over het aanhangig maken van prejudiciële procedures' ('Aanbevelingen') opgesteld.<sup>29</sup> Daarin staan de vereisten zeer gedetailleerd genoemd. Zo is zelfs voor de zekerheid bepaald dat handge-

21 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 25 oktober 2012, C-133/11, ECLI:EU:C:2012:664, NJ 2013/80, m.nt. L. Strikwerda (*Folien Fischer/Ritrama*), rov. 24-27.

22 Zie *Folien Fischer/Ritrama* (noot 21), rov. 26.

23 Zie bijvoorbeeld hierna in alinea 25 over de *Diageo*-zaak.

24 HR 2 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2027, NJ 2018/434, IER 2018/56, m.nt. S.J. Schaafsma (*Spin Master*), rov. 4.2-4.3; conclusie A-G van Peurseem, par. 3.26.

25 S.J. Schaafsma, 'Exclusief in Den Haag? Over de bevoegdheid van de Haagse voorzieningenrechter ex art. 90 Gemeenschapsmodellenverordening', IER 2018/53, p. 492-501 (p. 501).

26 Bovendien, zo overweegt het Hof, moet het begrip 'wijzen van haar vonnis' in art. 267 lid 2 VWEU ruim worden opgevat om te voorkomen dat allerlei procedurekwesties niet-ontvankelijk worden geacht en door het Hof niet kunnen worden uitgelegd en om te voorkomen dat het Hof niet in staat is uitspraak te doen over de uitlegging van alle Unierechtelijke bepalingen die de verwijzende rechter dient toe te passen.

27 Zie bijvoorbeeld HR 14 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:925 (*VEB/BP*) en HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1400, NJ 2019/367 (*VEB/BP*), waarin ook is vermeld op welke punten de vraagstelling is aangepast (rov. 2).

28 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 6 november 2014, C-366/14, ECLI:EU:C:2014:2353 (*Herrenknecht*), waarin de verwijzende rechter te horen kreeg dat zijn verzoek niet-ontvankelijk is omdat hij te weinig feitelijke gegevens had verstrekt, niet had vermeld of partijen zijn bevoegdheid hadden betwist en niet voldoende duidelijk en nauwkeurig had uitgelegd wat de precieze redenen waren om te twijfelen over de uitlegging van het Unierecht. Zo iets kan ook één van meerdere vragen treffen, zie bijvoorbeeld HvJ EU 18 juli 2013, C-147/12, ECLI:EU:C:2013:490, NJ 2014/85, m.nt. L. Strikwerda (*ÖFAB/Koot*), rov. 43-47, waarin de vierde prejudiciële vraag niet-ontvankelijk werd bevonden.

29 *PbEU* 2019, C 380/01.

schreven verzoeken om een prejudiciële beslissing door het Hof niet in behandeling worden genomen (punt 20).

9. Dan de vragen zelf. Het belang van goed geformuleerde vragen kan niet worden onderschat. Wattel geeft een smeug voorbeeld dat ik graag citeer:

“De voormalige advocaat-generaal bij het HvJ Sir Francis Jacobs benadrukte op symposia dat veel afhangt van de presentatie van de vraag. Hij deed dat met het verhaal over de monnik die zich bij een Jezuïet beklagt dat zijn verzoek om te mogen roken tijdens gebed is afgewezen door de abt. De Jezuïet antwoordt: maar je moet ook helemaal niet vragen om te mogen roken tijdens gebed, maar om te mogen bidden tijdens het roken.”<sup>30</sup>

De techniek van het vragen stellen is een vak apart. Men kan kiezen voor een neutrale vraagstelling of een sturende vraagstelling. Een ‘stukje framing’ dus. Een voorbeeld daarvan zou het prejudiciële verzoek van de Hoge Raad in de zaak *Diageo Brands* kunnen zijn, waarin ik als onder-toon meen te proeven ‘het kan toch niet zo zijn dat we een buitenlandse beslissing moeten erkennen die evident en bewust in strijd is met het Unierecht?’<sup>31</sup>

Men kan kiezen voor één of twee open algemene vragen of een spervuur van gedetailleerde gesloten vragen. Soms probeert men, in de hoop het Hof te dwingen een duidelijk antwoord te geven, een bepaald baanvak voor te schrijven (‘indien vraag 5b in bevestigende zin moet worden beantwoord, ga dan door naar vraag 6a’). Maar hoe men ook zijn best doet, het Hof trekt zijn eigen plan door de vragen te herformuleren met de bekende frase dat ‘de verwijzende rechter met zijn vragen in wezen wenst te vernemen of, gevolgd door de vragen die het Hof meent te horen of graag wil horen. Daar gaat het niet altijd goed in de dialoog tussen verwijzende rechter en Hof van Justitie.’<sup>32</sup>

10. Daarom kan het soms nuttig zijn om een wat uitgebreidere toelichting bij de vragen op te nemen (‘In wezen wens ik dus het volgende te vernemen’). In de toelichting kan ook worden uitgelegd hoe men op uiteenlopende manieren naar de uitleggingsvraag kan kijken en welke consequenties de verschillende zienswijzen hebben. Dat is de enige gelegenheid voor de verwijzende rechter om zelf voorlichting te geven aan het Hof.<sup>33</sup> De verwijzingsbeslissingen van de Hoge Raad geven wat dat betreft een wisselend beeld: soms is er een uitvoerig verwijzingsar-

rest (zoals in de zaak *VEB/BP*<sup>34</sup>), soms is het verwijzingsarrest summier (zoals in de zaak *Spin Master*).<sup>35</sup> Ook kan de rechter zijn eigen zienswijze meegeven. Dat bevordert natuurlijk de dialoog tussen de verwijzende rechter en het Hof van Justitie. Het Hof noemt die mogelijkheid dan ook uitdrukkelijk in de eerdergenoemde Aanbevelingen (punt 18). Toch lijkt dat niet vaak te gebeuren. Ik vermoed dat men het niet aandurft, bijvoorbeeld omdat men dat aanmatigend vindt (‘wie ben ik om het Hof te zeggen hoe het moet’) of omdat Luxemburg als enigszins onvoorspelbaar wordt ervaren, hetgeen niet stimuleert om de eigen visie ten beste te geven. Te lange toelichtingen schijnt het Hof overigens niet te waarderen. In punt 14 van de Aanbevelingen laat het Hof doorschemeren dat een tiental bladzijden wel genoeg is om het feitelijke en het rechtskader van een verzoek om een prejudiciële beslissing naar behoren uiteen te zetten alsmede de redenen waarom dat verzoek aan het Hof wordt voorgelegd. Naar verluidt hanteren de vertalers in Luxemburg ook een woordenmaximum. In dat verband is het nuttig te weten dat alleen het verzoek om een prejudiciële vraag wordt vertaald, en niet eventuele bijlagen bij dit verzoek (punt 17). De conclusie van de advocaat-generaal bij de Hoge Raad wordt ook niet vertaald.

11. Bij dit alles zal de rechter er uiteraard zeker van moeten zijn dat de uitleggingsvraag echt nieuw is, want het is natuurlijk vervelend om iets te vragen terwijl men het antwoord al had kunnen afleiden uit ‘s Hof’s rechtspraak of – erger nog – uit de betrokken regeling zelf.<sup>36</sup> Soms wijst het Hof een verwijzende rechter bij brief op eerdere (of ondertussen gewezen) rechtspraak waarin het verlossende woord al was gegeven, met de sturende vraag ‘wilt u uw vragen nog handhaven?’<sup>37</sup> Dan kan de verwijzende rechter zijn vragen desgewenst nog schielijk intrekken. Het Hof kan in dat soort *easy cases* de zaak overigens ook in sneltreinvaart – zonder partijen of andere belanghebbenden te horen – bij beschikking afdoen.<sup>38</sup>

30 P. Wattel, ‘Vooraf: nog vragen?’, *NJB* 2014, p. 893.

31 HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2062, *NJ* 2014/37 (*Diageo Brands*). Zie ook hierna in alinea’s 25 en 30.

32 Een voorbeeld is de zaak *Solvay/Honeywell*, zie hierna in alinea 24.

33 Naast de (vermoedelijk zelden gebruikte) mogelijkheid dat het Hof de verwijzende rechter vraagt om verduidelijking van de vragen, art. 101 Reglement.

34 Zie noot 27. In het verwijzingsarrest van 20 september 2019 worden de standpunten van partijen samengevat meegegeven aan het Hof en worden de vragen toegelicht. Een deel van de toelichting is blijkbaar alleen voor binnenlandse consumptie bedoeld: ‘4.7.1. Ten behoeve van de nationale procedure volgen hierna in 4.7.2 tot en met 4.7.8 overwegingen over de bepaling van het *Erfolgssort* bij zuiver financiële schade.’

35 Zie noten 24 en 25.

36 Een voorbeeld van dat laatste is HvJ EU 19 december 2013, C-9/12, ECLI:EU:C:2013:860, *NJ* 2014/346, m.nt. L. Strikwerda (*Corman-Collins*), waarin de verwijzende rechter vroeg naar de bekende weg (eerste prejudiciële vraag). Het Hof gaf overigens keurig antwoord.

37 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 19 november 2019, C-200/19, ECLI:EU:C:2019:985, rov. 18 ‘*Par une lettre du 21 mai 2019, le greffe de la Cour a communiqué cet arrêt à la juridiction de renvoi et l’a invitée à lui indiquer si, à la lumière de celui-ci, elle souhaitait maintenir sa demande de décision préjudicielle.*’

38 Het Hof kan op grond van art. 99 Reglement bij beschikking uitspraak doen wanneer de prejudiciële vraag identiek is aan een vraag waarover het Hof reeds uitspraak heeft gedaan, wanneer het antwoord op een dergelijke vraag duidelijk uit de rechtspraak kan worden afgeleid of over het antwoord op een prejudiciële vraag redelijkerwijs geen twijfel kan bestaan. Zie ook punt 31 Aanbevelingen.

12. Vermetel is de verwijzende rechter die probeert het Hof te laten terugkomen van een eerdere beslissing. Het kan best nuttig zijn om dat te proberen, maar het Hof doet het vrijwel niet, althans niet openlijk.<sup>39</sup> Dat zou de invloed van de Franse rechtscultuur kunnen zijn. Als het Hof al terugkomt, dan zal het liever zijn eerdere uitspraak ‘in het juiste perspectief plaatsen’.<sup>40</sup>

13. Ook is het oppassen geblazen met de premisse waar de prejudiciële vraag op berust. Als de vraag berust op een uitgangspunt dat in de ogen van het Hof van Justitie niet juist is, stort het zorgvuldig gemetselde bouwwerk van prejudiciële vragen in. Dat gebeurde bijvoorbeeld in de *NUV/Tom Kabinet*-zaak, waarin het kort gezegd ging om de levering aan het publiek van voor onbepaalde tijd te gebruiken e-books via downloadlinks. Is dat auteursrechtinbreuk? De verwijzende rechter oordeelt dat dit geen mededeling aan het publiek is als bedoeld in art. 3 lid 1 Auteursrechtlijn.<sup>41</sup> Hij zet de zaak in het spoor van het distributierecht en stelt het Hof daar vier prejudiciële vragen over.<sup>42</sup> Het Hof is echter van oordeel dat het niet gaat om distributie, maar om een mededeling aan het publiek.<sup>43</sup> Het Hof creëert een vraag daarover (‘in wezen wil de verwijzende rechter dit ook weten’), beantwoordt die vraag (‘het is een mededeling aan het publiek’) en schuift de vragen die de verwijzende rechter had gesteld terzijde (‘hoeven niet te worden beantwoord’). Interessant is om te lezen hoe het Hof het wissel omzet:<sup>44</sup>

“31. Om te beginnen dient eraan te worden herinnerd dat het Hof in het kader van de bij artikel 267 VWEU ingestelde procedure van samenwerking tussen de nationale rechterlijke instanties en het Hof tot taak heeft de nationale rechter een antwoord te geven dat nuttig is voor de beslechting van het bij hem aanhangige geding. Daartoe dient het Hof de hem voorgelegde vragen in voorkomend geval te herformuleren. Het Hof heeft immers tot taak alle Unierechtelijke bepalingen uit te leggen die noodzakelijk zijn voor de beslechting van bij de nationale rechterlijke instanties aanhangige gedingen, ook wanneer die bepalingen niet uitdrukkelijk worden genoemd in de door die rechterlijke instanties gestelde vragen (...).

39 Een arrest waarin het Hof expliciet terugkwam van een eerdere beslissing is HvJ EG 17 oktober 1990, C-10/89, ECLI:EU:C:1990:359 (*HAG*), rov. 10: ‘... acht het Hof het noodzakelijk de in dat [eerdere] arrest gegeven uitlegging te heroverwegen in het licht van...’.

40 *Kirchberg-speak*, vgl. bijvoorbeeld HvJ EU 6 februari 2014, C-65/12, ECLI:EU:C:2014:49 (*Leidseplein Beheer*), rov. 32: ‘Ook al heeft de wetgever (...) gekwalificeerd, het Hof heeft deze kwalificatie in het juiste perspectief gezet door erop te wijzen dat (...)’.

41 Richtlijn 2001/29/EG, *PbEU* 2001, L 167/10.

42 Rb. Den Haag 12 juli 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:7543, *IER* 2018/4, m.nt. J.M.B. Seignette; Rb. Den Haag 28 maart 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:3455.

43 HvJ EU 19 december 2019, C-263/18, ECLI:EU:C:2019:1111 (*NUV/Tom Kabinet*).

44 Hier past een taalkundige observatie: is het ‘de’ wissel of ‘het’ wissel? De Hoge Raad spreekt over ‘het’ wissel, HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1345, *NJ* 2017/467, m.nt. J. Spier (*JMV Spoorveiligheid/Zürich Insurance*). Aangezien taal- en treinliefhebber Ernst in deze rechtsprekende formatie op de bok zat, zal het dan wel ‘het’ zijn.

32. Het Hof kan daartoe uit alle door de nationale rechter verschaft gegevens, met name uit de motivering van de verwijzingsbeslissing, de elementen van Unierecht putten die, gelet op het voorwerp van het hoofdgeding, uitlegging behoeven [...].

33. Hoewel de verwijzende rechter met zijn eerste vraag het Hof in essentie vraagt of [...], blijkt uit de motivering van de verwijzingsbeslissing dat [... *hier grasduint het Hof in de verwijzingsbeslissing en leest daar in dat in de procedure bij de verwijzende rechter de ‘distributie-of-mededeling-vraag’ was gerezen, SJS*].

34. Gelet op deze overwegingen moet de eerste vraag aldus worden geherformuleerd dat de verwijzende rechter daarmee in wezen wenst te vernemen of de levering van een voor onbepaalde tijd te gebruiken e-book via een downloadlink valt onder het begrip “mededeling [...] aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 of onder het begrip “distributie onder het publiek” in artikel 4, lid 1, van deze richtlijn.”

14. Dat was dus helemaal niet wat de verwijzende rechter in wezen wenste te vernemen. Deze had immers nu juist geoordeeld dat het *niet* ging om een mededeling aan het publiek.<sup>45</sup> Maar het Hof laat zich niet in een bepaald spoor dwingen. En dat is natuurlijk logisch. Tip voor verwijzende rechters: *È pericoloso sporgersi*.

### III. Luxemburg: kopstation Kirchberg

15. Dan komt de trein aan in Luxemburg, in stadsdeel Kirchberg waar het Hof van Justitie zich bevindt. Mocht de verwijzende rechter denken iets bijzonders gedaan te hebben door het Hof van Justitie in te schakelen, dan volgt een lichte teleurstelling. Hij blijkt niet de enige te zijn. Integendeel, het is een drukte van belang in kopstation Kirchberg. In 2019 arriveerden er zo’n 1.000 zaken, waarvan meer dan 600 prejudiciële verzoeken.<sup>46</sup> Het is een forse werklast voor de 27 rechters en 11 advocaten-generaal. Daarbij moet wel worden aangetekend dat ieder van hen een staf heeft met onder meer zo’n vier à vijf referendarissen, die de zaken en de concepten voorbereiden.

16. Wat zich in Luxemburg voltrekt, onttrekt zich grotendeels aan de waarneming van de verwijzende rechter. De bal ligt eerst bij partijen en de andere spelers in de prejudiciële procedure, met name de lidstaten en de Europese Commissie.<sup>47</sup> Hun schriftelijke opmerkingen zijn

45 Rb. Den Haag 12 juli 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:7543, rov. 5.11 e.v.

46 Jaarverslag Hof van Justitie 2019, p. 54. In 2019 arriveerden 966 nieuwe zaken, waarvan 641 prejudiciële verzoeken.

47 Zie art. 23 Statuut waarin wordt bepaald welke entiteiten mogen deelnemen. Zie ook de ‘Praktische aanwijzingen voor de partijen inzake het Hof aangebrachte zaken’, *PbEU* 2020, L 42/1.

belangrijk voor een goede voorlichting van het Hof.<sup>48</sup> Tegelijk hanteert het Hof strikte eisen als het gaat om de omvang van deze processtukken – iets waar Ernst zich in Nederland ook sterk voor maakt. In een prejudiciële procedure mogen de schriftelijke opmerkingen niet langer zijn dan 20 pagina's.<sup>49</sup> Men moet dus bondig en volledig zijn. *Kirchberg-watchers* hebben specifiek aandacht voor de opmerkingen van de Europese Commissie omdat deze, als hoedster van de verdragen (art. 17 lid 1, tweede en derde volzin, VEU) wordt beschouwd als *amicus curiae* die het 'Europese geluid' vertolkt. Op de lidstaat van de verwijzende rechter rust een bijzondere verantwoordelijkheid: deze moet, in aanvulling op de verwijzingsbeslissing, het Hof goed voorlichten over zijn nationale recht en het eventuele debat in zijn land over de uitleggingsvraag, wat overigens niet altijd gebeurt. De verwijzende rechter krijgt van al deze opmerkingen een afschrift. Verder zijn deze stukken – in ieder geval zolang de prejudiciële procedure nog niet ten einde is gekomen – niet openbaar.<sup>50</sup> Na het uitwisselen van de schriftelijke opmerkingen kan nog een mondelinge behandeling volgen. Ook daar gelden strenge beperkingen: vijftien minuten spreektijd is de norm.<sup>51</sup> Anders dan in Nederland hebben pleitaanteekeningen geen procesrechtelijke status: zij kunnen niet worden gefourneerd en dienen dus alleen ter ondersteuning van de pleiter.

17. In Luxemburg is ondertussen een rechter-rapporteur aangewezen die met de zaak is belast.<sup>52</sup> Deze rechter-rapporteur, die sinds een aantal jaar in de aanhef van het arrest als zodanig ook wordt vermeld, is de penvoerder. Het arrest zal door deze rechter-rapporteur worden geschreven. Ook rijst de vraag of er aan onze trein een conclusie van een advocaat-generaal moet worden gekoppeld. Deze beslissing – wel of geen conclusie – wordt genomen door rechters en advocaten-generaal tezamen. Dit is dus anders geregeld dan in de Hoge Raad, waar in civiele zaken altijd wordt geconcludeerd.<sup>53</sup> In Luxemburg wordt geregeld besloten om geen conclusie te nemen. In het arrest staat dan de frase vermeld: 'gelet op de beslissing, de advocaat-generaal gehoord, om de zaak zonder conclusie te berechten'. Moet de verwijzende rechter zich dan vertwijfeld afvragen of zijn vragen oninteressant zijn bevonden? Dat valt hier niet uit af te leiden. Weliswaar bepaalt art. 20, vijfde alinea, van het Statuut van het Hof dat het Hof, wanneer het van oordeel is dat in de zaak geen nieuwe rechtsvraag aan de orde is, kan beslissen dat de zaak zonder conclusie van de advocaat-generaal zal worden berecht, maar deze beslissing kan ook een proza-

ische reden hebben zoals capaciteitsproblemen bij de advocaten-generaal.<sup>54</sup>

18. Dan komt de zaak bij de rechtsprekende formatie.<sup>55</sup> De grootte van de formatie zegt iets over het belang dat men in Luxemburg hecht aan de problematiek die door de prejudiciële vragen wordt aangesneden. Een kamer van vijf rechters is vrij gebruikelijk. Wordt de zaak beslecht door een kamer van drie rechters, dan geldt doorgaans dat het antwoord op de vragen vrij gemakkelijk past in de lijn van de eerdere rechtspraak. Dat wil overigens niet zeggen dat de verwijzende rechter geen vragen had hoeven stellen, want deze kan ook voor de zekerheid uitsluitel hebben gevraagd aan het Hof of er kan hangende de procedure duidelijkheid zijn gekomen. De Grote kamer, die uit vijftien rechters bestaat, beslist over heel belangrijke kwesties. De eerdergenoemde zaak *NUV/Tom Kabinet* was bijvoorbeeld zo'n Grote kamer-zaak. Nog belangrijker – maar heel zeldzaam – zijn prejudiciële zaken die in 'voltallige zitting' worden beslecht: dan bestaat de rechtsprekende formatie uit alle rechters van het Hof. Het gaat dan om zaken van uitzonderlijk belang, zoals de *Brexit*-zaak ('kun je de brexit-kennisgeving eenzijdig intrekken?') en de *Pringle*-zaak over het stabiliteitsmechanisme voor lidstaten met de euro.<sup>56</sup>

19. Al met al is er dus een aantal mensen dat zich buigt over de zaak: referendarissen, een advocaat-generaal, een rechter-rapporteur en de andere rechters. Interessant om te weten is dat daar niet noodzakelijkerwijs iemand tussen zit uit het land van de verwijzende rechter. Komt een prejudiciële vraag uit Nederland binnen, dan is dus niet gezegd dat op enig moment in de Luxemburgse pijplijn, bijvoorbeeld bij de voorbereiding, een jurist betrokken is die kennis heeft van Nederlands recht, die de Nederlandse taal machtig is en die kennis kan nemen van Nederlandse literatuur over het probleem. Kennis van het betrokken nationale recht en van een eventueel debat in de nationale literatuur kan echter wel nodig zijn om de gestelde prejudiciële vragen goed te begrijpen en dus ook om een goed antwoord op die vragen te geven. Dat betekent dat het voor de verschillende spelers belangrijk is om het Hof goed voor te lichten om de kans op de-ralieren te verkleinen. In dit verband is het ook goed om stil te staan bij het talengebruik. In het Hof is Frans de voertaal: concepten, beraadslagingen enz. zijn in het Frans. De advocaat-generaal kan zijn conclusie desgewenst in zijn eigen taal schrijven, maar daarna wordt de conclusie vertaald in het Frans voor verder gebruik in het Hof. De tekst van het arrest wordt ook in het Frans vastge-

48 Vgl. punt 10 Praktische aanwijzingen.

49 Punt 12 Praktische aanwijzingen.

50 Men schijnt deze stukken, in ieder geval die van de Europese Commissie, na afloop te kunnen opvragen bij het Hof.

51 Punt 60 e.v. Aanbevelingen; plus vijf minuten voor repliek (punt 66).

52 Art. 15 Reglement.

53 Art. 44 en 418 Rv.

54 Vgl. ook Besluit 2013/336/EU, *PbEU* 2013, L 179/92 (verhoging aantal advocaten-generaal).

55 Vgl. art. 251 VWEU, art. 16 Statuut, art. 27 e.v., art. 60 Reglement.

56 HvJ EU 10 december 2018, C-621/18, ECLI:EU:C:2018:999 (*Andy Wightman/Secretary of State for Exiting the European Union*); HvJ EU 27 november 2012, C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756 (*Pringle/Government of Ireland*).

steld en daarna vertaald naar de officiële procestaal van de desbetreffende zaak (de taal van het land van de verwijzende rechter) en naar de overige talen. Informeel is de Franse versie van het arrest dus belangrijk voor wie wil begrijpen wat het Hof nu echt precies heeft bedoeld – ook al zijn de teksten in de officiële procestaal authentiek.

20. De rechtsprekende formatie gaat aan de slag. Hoe komt het Hof tot zijn uitleg van de betrokken bepaling van Unierecht? In de gereedschapskist van het Hof bevinden zich verschillende methoden van rechtsvinding.<sup>57</sup> Er zijn de interpretatiemethoden uit de bekende dienstregeling: de grammaticale, de systematische, de historische, de teleologische en de rechtsvergelijkende methode. Daarnaast heeft het Hof bij de uitleg van Unierecht een aantal specifieke methoden ontwikkeld, zoals de autonome interpretatie (Unierecht moet autonoom, dat wil zeggen los van (begrippen in) nationaal recht, worden uitgelegd) en de Unieconforme interpretatie (gericht op coherentie/eenheid binnen het Unierecht).

21. Het Hof somt de interpretatiemethoden geregeld vroom op. Zo overweegt het Hof in arresten over de Brussel I *bis*-Verordening bijvoorbeeld regelmatig dat deze regeling “autonoom [moet] worden uitgelegd, rekening houdend met de algemene opzet, de doelstellingen en de ontstaansgeschiedenis van dit instrument van Unierecht”.<sup>58</sup> Deze frase keert in verschillende varianten terug, waarbij methoden afvallen en erbij komen: soms duiken ‘de bewoordingen’ erbij op (de grammaticale methode), dan weer valt ‘de ontstaansgeschiedenis’ af (de historische methode).

Het is moeilijk om een patroon te ontdekken in de door het Hof gebruikte interpretatiemethoden. Wel is duidelijk dat het Hof vaak en veel inzet op de teleologische methode. Het Hof bepaalt dan wat naar zijn oordeel het doel van de betrokken bepaling of regeling is, en legt de bepaling vervolgens in dat licht uit. Daarbij gaat het niet zozeer om het doel dat de Uniewetgever voor ogen stond bij de totstandkoming van de regeling, maar vooral om het, door het Hof bepaalde of wenselijk geachte, huidige doel van de bepaling of regeling. Deze methode geeft het Hof dus veel ruimte – ruimte die het Hof ook gebruikt om bij te dragen aan steeds verdergaande Europese integratie (het Hof als *loc*). Ondertussen kleeft aan zo’n motivering wel het risico dat deze als doelredenering of machtswoord wordt ervaren.

Bij de uitleg van Unierecht lijkt de historische interpretatiemethode minder in zwang in het Hof. Ten dele is dat verklaarbaar. In de eerste plaats zijn er vaak weinig totstandkomingsdocumenten beschikbaar waaruit de bedoeling van de Uniewetgever kan worden afgeleid. Er is niet een goedgevulde parlementaire geschiedenis, zoals Nederlandse

wetten die bijvoorbeeld kennen. En in de tweede plaats zijn EU-regelingen, vaker dan de nationale regelingen, het resultaat van politieke compromissen. Cru gezegd wordt een IPR-regeling bijvoorbeeld uitgeruild tegen visquota. Op zo’n ontstaansgeschiedenis is het natuurlijk moeilijk koersen. Maar ook in meer juridisch-technische kwesties waar wél een duidelijke ontstaansgeschiedenis en bedoeling van de wetgever zichtbaar is, lijkt het Hof zich daar niet altijd om te bekommeren. De zaak *Spin Master* is daar een voorbeeld van. In deze nogal juridisch-technische kwestie wezen ontstaansgeschiedenis en systematiek duidelijk in een bepaalde richting, maar het Hof verdiepte zich daar niet in.<sup>59</sup>

22. Gaat het om de uitleg van verdragen met derde landen waar de Europese Unie ook partij bij is (welke verdragen daardoor dus onderdeel van het Unierecht zijn geworden), dan is het Hof uitleggingsbevoegd en zal het Hof de interpretatieregels in art. 31 en 32 van het Weens Verdragenverdrag moeten toepassen.<sup>60</sup> Dan zal het Hof zich dus moeten losmaken van zijn Uniespecifieke interpretatiemethoden en -gewoonten. Logisch, want het gaat dan om internationale verdragen waar ook derde landen bij betrokken zijn. Het Hof zal dan dus niet louter op de teleologische toer mogen gaan en het zal ook bijvoorbeeld de ontstaansgeschiedenis en de *travaux préparatoires* van het verdrag moeten laten meewegen.

23. Het gebeurt ook dat het Hof geen antwoord op de gestelde vraag geeft. Waarom dat gebeurt, blijft dan voor de buitenwereld gissen. Misschien is de vraag niet goed begrepen. Of misschien duikt men weg, bijvoorbeeld omdat de meningen te sterk verdeeld zijn. In ’s Hof’s gereedschapskist zitten diverse *tools* waarmee het Hof kan ontkomen aan een antwoord. Drie voorbeelden uit het grensgebied tussen intellectuele-eigendomsrecht en internationaal privaatrecht.

24. In de zaak *Solvay/Honeywell* gaf het Hof ‘niet thuis’ door de vraag te denatureren.<sup>61</sup> De verwijzende rechter had vragen gesteld over de zogenoemde *GAT/LuK*-doctrine, die kort gezegd inhoudt dat de exclusieve-bevoegdheidsregel van art. 22 sub 4 Brussel I-Verordening van toepassing is wanneer een vordering wegens inbreuk op een octrooirecht wordt begroet met een nietigheidsverweer. De vraag rees of deze doctrine ook geldt wanneer

57 Zie ook *Asser/Vonken 10-I 2018/130 e.v.*

58 HvJ EU 9 maart 2017, C-551/15, ECLI:EU:C:2017:193, *RvdW 2017/759 (Pula Parking)*.

59 HvJ EU 21 november 2019, C-678/18, ECLI:EU:C:2019:998, *NJ 2020/208*, m.nt. D.F.W. Verkade (*Procureur-Generaal HR; ‘Spin Master’*); zie ook noten 24 en 25.

60 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 7 november 2019, C-213/18, ECLI:EU:C:2019:927, *NJ 2019/459 (Guaïoli)*. Daarin ging het onder meer om uitleg van bepalingen in het Verdrag van Montreal inzake luchtvervoer, bij welk verdrag de Europese Unie is aangesloten. Dit verdrag vormt dus een integrerend bestanddeel van de rechtsorde van de Unie, zodat het Hof bevoegd is om de desbetreffende bepalingen uit te leggen met inachtneming van de regels van het volkenrecht, die bindend zijn voor de Unie (rov. 46). Zie bijvoorbeeld ook HvJ EU 7 juni 2018, C-83/17, ECLI:EU:C:2018:408 (*KP*) over het Haags Alimentatieprotocol 2007.

61 HvJ EU 12 juli 2012, C-616/10, ECLI:EU:C:2012:445, *IER 2012/62*, m.nt. S.J. Schaafsma (*Solvay/Honeywell*).

het gaat om een voorlopige voorziening. In het Brussel I-systeem kunnen voorlopige voorzieningen op twee verschillende gronden worden gegeven. Het eerste spoor betreft art. 2 en 5-24 Brussel I: wanneer de rechter internationaal bevoegd is om van de bodemzaak kennis te nemen, is hij ook bevoegd om voorlopige maatregelen te gelasten. Het tweede spoor betreft art. 31 Brussel I, een aanvullende bevoegdheidsregel waarvoor nadere beperkingen en voorwaarden gelden. In de zaak *Solvay/Honeywell* was de verwijzende rechter bevoegd in het eerste spoor. Dat bleek ook uit de verwijzingsbeslissing en het feitencomplex. De vragen van de verwijzende rechter waren ook primair gericht op dit eerste spoor. Het Hof stelde echter ijskoud voorop dat het in deze zaak ging om spoor twee (rov. 32) en dat de vraag van de verwijzende rechter er dus in hoofdzaak toe strekte om te vernemen of de *GAT/LuK*-doctrine in dat spoor geldt (rov. 33). Dáárop gaf het Hof vervolgens een antwoord, dat overigens ook niet uitblinkt in volledigheid. Aldus ontweek het Hof de vragen, tot verbijstering van menig ingewijde in deze problematiek. Ik heb ooit voor een lezing deze dialoog tussen de verwijzende rechter en het Hof als volgt verbeeld.



25. Een tweede voorbeeld is de zaak *Diageo Brands*.<sup>62</sup> De Hoge Raad vroeg aan het Hof of de erkenning kon worden geweigerd van een Bulgaars vonnis dat evident en bewust in strijd is met het Unierechtelijke merkenrecht. Het Hof gaf geen antwoord op die vraag omdat het er, kort gezegd, kennelijk vanuit ging dat niet vaststond dat het vonnis in strijd was met het Unierecht, laat staan dat het daarmee bewust in strijd was. Hier negeerde het Hof dus in feite de door de Hoge Raad meegegeven feitenvaststelling en verving die door een eigen beschrijving en waardering van de feiten.<sup>63</sup> Dat lijkt moeizaam te passen in de taakverdeling in de prejudiciële dialoog.<sup>64</sup> Waarom deze manoeuvre? Wellicht nam het Hof deze noodsprong om niet

te hoeven tornen aan het beginsel van wederzijds vertrouwen.

26. Een derde voorbeeld is de zaak *eDate* waarin het ging over de bevoegdheid van het *forum delicti* in geval van online smaad.<sup>65</sup> Het Bundesgerichtshof had een aantal prejudiciële vragen gesteld die uitdrukkelijk betrekking hadden op een verbodsvordering. Het Hof gaf echter een antwoord dat alleen gaat over schadevergoeding. Hier negeerde het Hof dus (een deel van) de vraag – wellicht om niet zijn vingers te hoeven branden aan de moeilijke vraag naar een verbod op internet.

27. Voor de verwijzende rechter is het natuurlijk vrij vervelend als zijn vragen in Luxemburg op een stootblok botsen. Gelukkig gebeurt het niet vaak: meestal gaat het goed.

#### IV. Retour

28. Vol verwachting staat de verwijzende rechter op het perron te wachten op zijn antwoord. De trein uit Luxemburg arriveert. Nu begint de ontvangst van het antwoord, en de inbedding daarvan in de nationale procedure. Het interpreteren gaat beginnen, niet alleen door partijen en de verwijzende rechter maar ook door het academisch forum waar de uitspraak het vertreksein vormt voor de pennen van de annotatoren.

29. Zijn de vragen beantwoord? Zijn het bruikbare, deugdelijke antwoorden? Wat bedoelt het Hof precies? Hoe verhoudt het dictum – de verklaring voor recht – zich tot de overwegingen? Hoe verhoudt het dictum zich tot de gestelde vragen en tot de geherformuleerde vragen? Zijn er tegenstrijdigheden in de uitspraak? Hoe verhoudt de uitspraak zich tot de conclusie van de advocaat-generaal? Zitten in de overwegingen aanwijzingen verstoep? Zo lijkt bijvoorbeeld in de recente *Schrems II*-arrest over het EU-US Privacy-schild in rov. 100 *en passant* een boodschap te zitten voor het Bundesverfassungsgericht, dwarsligger waarmee het Hof van Justitie in een machtsstrijd is ontwikkeld.<sup>66</sup> Het doorgronden van een arrest van het Hof van Justitie kan soms hoofdbrekens kosten. Nadat partijen hun zienswijze hebben gegeven, gaat de verwijzende rechter voort met de nationale procedure. Eenmaal tot

62 HvJ EU 16 juli 2015, C-681/13, ECLI:EU:C:2015:471, NJ 2017/32, m.nt. L. Strikwerda (*Diageo Brands*); zie ook noot 31.

63 Zie ook C.E. Drion, 'Vooraf: Kromspraak', *NJB* 2020, p. 2023.

64 Zie alinea 6.

65 HvJ EU 25 oktober 2011, C-509/09 en C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685, *IER* 2012/19, m.nt. S.J. Schaafsma (*eDate/X en Martinez/MGN*).

66 HvJ EU 16 juli 2020, C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559 (*Schrems II*): '100. Het is bovendien vaste rechtspraak dat de geldigheid van Unierechtelijke bepalingen en, zonder een uitdrukkelijke verwijzing naar het nationale recht van de lidstaten, de uitlegging ervan niet mogen worden getoetst aan het nationale recht, zelfs niet aan het grondwettelijke recht, inzonderheid aan de grondrechten zoals die in de nationale grondwet zijn neergelegd (...).' Het Bundesverfassungsgericht had op 5 mei 2020 geoordeeld dat het Hof van Justitie zijn bevoegdheid heeft overschreden door met een onbegrijpelijke redenering te oordelen dat het opkoopprogramma van de ECB een evenredige maatregel van monetair beleid is en daarom verenigbaar met het mandaat van de ECB. Het BVerfG oordeelde dat 's Hof's uitspraak daarom niet bindend is voor Duitsland, BVerfG 5 mei 2020, ECLI:DE:BVerfG:2020:rs20200505.2bvr085915.

een eindbeslissing gekomen, moet hij aan het Hof van Justitie laten weten welk gevolg hij aan de prejudiciële beslissing heeft gegeven en moet hij zijn eindbeslissing opsturen naar het Hof.<sup>67</sup>

30. Wat als de verwijzende rechter zich niet kan vinden in de uitspraak van het Hof? Bijvoorbeeld omdat hij geen antwoord heeft gekregen of geen goed antwoord. Terwijl hij bij zijn collega's stoom staat af te blazen, merken zij fijntjes op: *“Tja, dat krijg je er nou van; als je iets vraagt, loop je het risico dat je een antwoord krijgt”*. Er zit weinig anders op: de verwijzende rechter is gebonden aan de uitspraak van het Hof. In de eerdergenoemde *Diageo*-zaak overwoog de Hoge Raad (tandenknarsend?) nadat de antwoorden uit Luxemburg waren teruggekomen:

“Op grond van het Unierecht is uitgangspunt dat de nationale rechter die in een bij hem aanhangig geding een prejudiciële vraag aan het HvJ EU heeft gesteld, is gebonden aan de uitspraak van het HvJ EU in de prejudiciële procedure, en het bij hem aanhangige geschil dient te beslissen met inachtneming van de uitspraak van het HvJ EU. Hieruit volgt dat het de nationale rechter niet vrijstaat om te treden in de juistheid van de oordelen van het HvJ EU en zijn eigen oordelen in de plaats te stellen van die van dat hof.”<sup>68</sup>

31. Toch is er nog wel een alternatief: art. 104 lid 2 van het Reglement bepaalt dat de verwijzende rechter moet beoordelen of hij zich voldoende voorgelicht acht, dan wel of hij het nodig acht zich opnieuw tot het Hof te wenden. Hij *kán* dus opnieuw vragen stellen. Maar dat is nogal belastend voor partijen.

## V. Eindstation

32. Daarmee is de reis van onze prejudiciële vraag ten einde gekomen. Ook Ernst is, om in spoorweg-jargon te blijven, op het eindstation aangekomen: een eminente rechter gaat met pensioen, generalist én specialist op het terrein van het intellectuele-eigendomsrecht, voor welk rechtsgebied hij veel heeft betekend. Het Werkspoor zit erop. Is Ernst uitgerangeerd? Zeker niet, zijn reis is gelukkig niet ten einde. Ernst stapt over: hij gaat aan de boemel met zijn vele nevenactiviteiten. Goede reis!

---

<sup>67</sup> Punt 32 Aanbevelingen.

<sup>68</sup> HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1431, NJ 2017/33, m.nt. L. Strikwerda (*Diageo Brands*), rov. 4.2.1.