

Ministerie van Justitie  
T.a.v. de heer N. Frenk  
Postbus 20301  
2500 EH Den Haag

**Allen & Overy LLP**  
Apollolaan 15  
1077 AB Amsterdam

Postbus 75440  
1070 AK Amsterdam

Tel 020 674 1000  
Fax 020 674 1111

Amsterdam, 13 juli 2009  
Onderwerp **Opmerkingen namens Allen & Overy LLP naar aanleiding van het voorontwerp  
Wet prejudiciële procedure bij de Hoge Raad**

Ons kenmerk  
Van Prof. mr. R.P.J.L. Tjittes en mr. R. Meijer  
Telefoon +31 (0)20 674 1470  
Fax +31 (0)20 674 1939  
E-mail [RiemeJan.Tjittes@allenoverly.com](mailto:RiemeJan.Tjittes@allenoverly.com)

Geachte heer Frenk,

Met belangstelling hebben wij kennis genomen van het voorontwerp Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad. Met dit schrijven maken wij namens Allen & Overy LLP graag gebruik van de mogelijkheid om in het kader van de internetconsultatie opmerkingen te maken naar aanleiding van het voorontwerp. Ons commentaar op het voorstel is tevens uiteengezet in het aangehechte artikel dat in augustus 2009 zal verschijnen in het Rechtsgeleerd Magazijn Themis.

De navolgende opmerkingen en voorstellen moeten worden gezien tegen de achtergrond van de ervaringen die reeds zijn opgedaan in Frankrijk met een adviesprocedure (*la saisine pour avis*) en in Europeesrechtelijk verband met de prejudiciële procedure bij het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (Hof van Justitie). Voor een bespreking van de Franse en Europese prejudiciële procedure verwijzen we naar het vernoemde aangehechte artikel.

(A) Belangen van partijen moeten niet leidend zijn

Het voorontwerp maakt duidelijk dat procespartijen in de prejudiciële procedure bij de Hoge Raad een belangrijke rol toekomt. Hoewel er niets op tegen is dat de rol van partijen in de Nederlandse prejudiciële procedure groter is dan in bijvoorbeeld de Europese prejudiciële procedure, dient de invloed van partijen niet zo ver te gaan dat zij het stellen van vragen door de lagere rechter aan de Hoge Raad kunnen verhinderen.<sup>1</sup> Naar onze mening dient de rechter vragen te stellen aan de Hoge Raad indien hij dat nodig acht, ook als beide par-

<sup>1</sup> De Ontwerp-Memorie van Toelichting, p. 14 (onder 5) stelt dat het niet voor de hand ligt dat de rechter een prejudiciële vraag zal stellen indien partijen hebben aangegeven de feitelijke procedure voort te zetten.

tijen het daarmee oneens zijn. Het belang van de prejudiciële procedure overstijgt immers het partijbelang aangezien de beantwoording van de vragen ook voor andere soortgelijke procedures een rol speelt.

(B) De prejudiciële procedure moet gericht zijn op beantwoording van zuivere rechtsvragen

In het voorontwerp zijn de vaststaande feiten in welk kader een rechtsvraag wordt gesteld belangrijker dan in het Franse recht. In het voorontwerp kan een rechter in beginsel eerst een prejudiciële vraag stellen als de relevante feiten voldoende vaststaan. Indien dit bewijslevering door getuigen vergt, kan het stellen van een prejudiciële vraag geruime tijd op zich laten wachten. Welke feiten relevant zijn wordt evenwel bepaald door het recht, zodat er ook het nodige voor valt te zeggen dat de rechter reeds eerder een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad kan stellen. In het Franse recht gaat het om de beantwoording van een zuivere rechtsvraag, die weliswaar van betekenis is voor de uitkomst van een concreet geschil, maar die op zich los staat van de feiten. Ons inziens is de Franse benadering van de prejudiciële procedure te prefereren: de lagere rechter moet een zuivere rechtsvraag stellen. Indien het antwoord op een rechtsvraag te zeer afhangt van de feiten, dan is de prejudiciële procedure niet geschikt en moet een normale procedure worden gevolgd waarin de feiten nauwkeurig worden vastgesteld. Dat geldt ons inziens ook voor gemengde beslissingen, waarbij de rechtsbeslissingen sterk steunen op de feiten (zoals bij oordelen over de redelijkheid en billijkheid en gevaarzetting). In het voorontwerp wordt gesteld dat het aan de Hoge Raad is om te oordelen of hij in het kader van een vraag over een gemengde beslissing een antwoord wil geven (in de vorm van relevante gezichtspunten).<sup>2</sup> Dat heeft een aanzuigende werking om vragen te stellen, waarbij de teleurstelling groot zal zijn bij de verzoeken de rechter of de desbetreffende partijen als de Hoge Raad daar geen zin in heeft. Waar bij gemengde beslissingen de vaststaande feiten van groot gewicht zijn bij de te formuleren rechtsnorm is het beter prejudiciële vragen te dien aanzien niet toe te staan. Daartoe moeten eerst de feiten komen vast te staan.

(C) De prejudiciële procedure moet leiden tot een advies in plaats van een bindende uitspraak van de Hoge Raad

De rechter die een prejudiciële vraag heeft gesteld, is aan de uitspraak van de Hoge Raad gebonden (art. 394 lid 1 voorontwerp-Rv.). De Hoge Raad is niet aan zijn eigen beantwoording gebonden.<sup>3</sup> Hier zal echter hetzelfde gelden als bij reguliere arresten en beschikkingen van de Hoge Raad: de Hoge Raad zal gelet op de rechtszekerheid niet spoedig afwijken van zijn eigen rechtspraak (in ruime zin). Waar in een prejudiciële procedure het juridisch debat niet altijd voldoende gerijpt zal zijn en niet alle feiten vaststaan, kan er eerder aanleiding zijn dat de Hoge Raad van een beslissing in een prejudiciële procedure terugkomt. Naar onze mening verdient daarom de Franse benadering de voorkeur waar het oordeel van de Hoge Raad een advies aan de lagere rechter is en geen bindende uitspraak.

(D) De prejudiciële procedure moet niet beperkt blijven tot massavorderingen

In het voorontwerp is er voor gekozen om de mogelijkheid een prejudiciële vraag te stellen aan de Hoge Raad te beperken tot massavorderingen. De gedachte is onder meer dat juist in die zaken de rechtseenheid met een spoedige beantwoording van een omstreden rechtsvraag is gediend en wellicht vele procedures kunnen worden voorkomen door een tijdig antwoord op die vraag. De minister beoogt aan de hand van ervaringen met de prejudiciële procedure in massazaken te bezien of ook in andere zaken een dergelijke procedure mogelijk moet zijn. Dergelijke massavorderingen zijn echter uiterst beperkt in aantal (tot nu toe gaat het om vier zaken: DES, Dexia, Vie d'Or en Shell), zodat de relevantie van de verkregen data beperkt is en bovendien het verkrijgen van die gegevens lang op zich zal laten wachten. De Franse prejudiciële regeling laat zien dat het, zonder beperking tot massavorderingen, slechts gaat om ongeveer tien zaken per jaar. Naar onze mening moet de beperking van de prejudiciële procedure bij de Hoge Raad tot massavorderingen<sup>4</sup> daarom verdwijnen.

<sup>2</sup> Ontwerp-Memorie van Toelichting, p. 12 (onder 6).

<sup>3</sup> Ontwerp-Memorie van Toelichting, p. 10 (onderaan).

<sup>4</sup> Tot uitdrukking komend in de zinsnede dat het moet gaan om een vraag die van belang is voor een veelheid aan vorderingsrechten "die gegrond zijn op dezelfde of soortgelijke feiten en uit dezelfde of soortgelijke samenhangende oorzaken voortkomen." (art. 392 lid 1 en art. 392 lid 3 voorontwerp-Rv.).

(E) De gronden voor de Hoge Raad om een prejudicieel antwoord te weigeren zijn te ruim geformuleerd

In art. 393 lid 8 voorontwerp-Rv. staat vermeld wanneer de Hoge Raad (desgewenst met een non-motivering) mag afzien van de beantwoording van een prejudiciële vraag. Ten eerste indien hij oordeelt dat de vraag zich niet voor beantwoording leent. Dit is welhaast een cirkelredenering. Ten tweede wanneer de vraag van onvoldoende gewicht is om beantwoording te rechtvaardigen. Beide criteria munten uit in nietszeggendheid. Het effect van die nietszeggendheid is moeilijk te voorspellen. Het kan zijn dat de rechter er zo weinig vertrouwen in heeft dat zijn prejudiciële vraag beantwoord zal worden, dat hij afziet van het stellen daarvan. Maar het kan ook zijn dat die vaagheid een aanzuigende werking heeft om een vraag te stellen onder het mom "wie niet waagt, die niet wint". Naar onze mening is het aan te bevelen de ontwikkeling van de weigeringsgronden niet over te laten aan de rechtspraak van de Hoge Raad, die – gelet op het beperkte aantal in aanmerking komende zaken – zich waarschijnlijk pas na zeer lange tijd zal gaan aftekenen. Wederom bevelen wij het Franse recht als inspiratiebron aan waarin meer vaste criteria worden gegeven wanneer – positief – een prejudiciële vraag moet worden beantwoord. Het moet gaan om (i) een rechtsvraag waarop nog niet eerder door de Hoge Raad is beslist, (ii) waarvan het antwoord omstreden is en (iii) die speelt in vele procedures. Het belangvereiste (art. 3:303 BW) is ook bij de prejudiciële procedure relevant, zodat het antwoord op de prejudiciële vraag van belang moet zijn voor de beslissing van het concrete geschil.

Overigens merken wij nog op dat, anders dan het Hof van Justitie – dat in beginsel verplicht is een vraag van een nationale rechter te beantwoorden –, de Hoge Raad grote vrijheid heeft om een vraag al dan niet te beantwoorden. Volgens de toelichting bij het Voorontwerp kan de Hoge Raad bij de invulling van de weigeringsgronden inspiratie opdoen bij de door het Hof van Justitie ontwikkelde afwijzingsgronden. Het is in dit kader van belang om op te merken dat de Nederlandse weigeringsgrond dat de vraag van onvoldoende gewicht is (art. 393 lid 8 voorontwerp Rv) in de Europese prejudiciële procedure niet relevant is. De onbeduidendheid van de vraag voor de rechtsontwikkeling speelt bij het Hof van Justitie namelijk geen rol, hoewel er wel voorstellen bestaan hierin verandering te brengen.<sup>5</sup> Er zou hoogstens kunnen worden gesproken van een Europeesrechtelijke weigeringsgrond gebaseerd op een formele onbeduidendheid, bijvoorbeeld omdat de vragen hypothetisch zijn of omdat de vragen reeds door het Hof zijn beantwoord. Een eventuele materiële onbeduidendheid levert echter geen communautaire weigeringsgrond op.

(F) De enkelvoudige kamer moet niet worden uitgesloten van het stellen van prejudiciële vragen

In het voorontwerp wordt uitgesloten dat een enkelvoudige kamer een prejudiciële vraag kan stellen (art. 392 lid 1, tweede zin, voorontwerp Rv.).

In de ontwerp-memorie van toelichting (p. 14 onder 3) wordt die beperking ten eerste gerechtvaardigd door erop te wijzen dat in de beslissing de vraag en de voor de beantwoording relevante feiten zo nauwkeurig mogelijk moeten worden vastgesteld. Naar onze mening deelt de minister hier ten onrechte een brevet van onvermogen uit aan de alleen zittende rechter. Het gros van de zaken bij rechtbanken wordt afgedaan door een alleenzittende rechter die, zoals uit vonnissen van alleenzittende rechters blijkt, heel wel in staat is vragen te formuleren en feiten vast te stellen.

In de ontwerp-memorie van toelichting wordt de uitsluiting van de enkelvoudige kamer om een prejudiciële vraag te stellen ten tweede gerechtvaardigd met de opmerking dat voorkomen moet worden dat er te lichtvaardig van de prejudiciële procedure gebruik wordt gemaakt. Daargelaten dat de minister zonder enige reden twijfelt aan het beoordelingsvermogen van de alleenzittende rechter en het feit dat het zeer eenvoudig is om de zaak naar een meervoudige kamer te verwijzen om alsnog een prejudiciële vraag te stellen (art. 15 en 16 lid 3 Rv.), laten ook de cijfers in Frankrijk en in Europa zien dat er geen reden is tot bezorgdheid voor teveel werk voor de Hoge Raad bij het beantwoorden van prejudiciële vragen. In Frankrijk heeft iedere rechter, ook de alleenzittende rechter (zoals de executierechter), de bevoegdheid een prejudiciële vraag aan de Cour de cassation te stellen. De cijfers laten zien dat daarvan geen misbruik wordt gemaakt: de Cour de cassation krijgt slechts zo'n tien prejudiciële vragen per jaar. De Europeesrechtelijke ervaring leert bovendien

<sup>5</sup> Zie § 3.5 van het aangehechte artikel.

dat lagere Nederlandse rechters in vergelijking met hun Europese collega's relatief terughoudend zijn in het stellen van vragen aan het Hof van Justitie. Hoewel dit uiteraard geen garantie geeft dat deze terughoudendheid ook zal bestaan in de Nederlandse prejudiciële procedure, is het wel een indicatie dat de angst voor lichtvaardige verwijzingen misschien niet gerechtvaardigd is. Bovendien ligt de uitsluiting van de enkelvoudige kamer, tegen de achtergrond van de wens om rechtvragen die van belang zijn voor een veelheid van procedures zo snel mogelijk te adresseren, niet voor de hand.

(G) Wijziging vraagstelling door de Hoge Raad

Het formuleren van de prejudiciële vraag is geheel overgelaten aan de rechter die de vraag aan de Hoge Raad stelt (art. 392 lid 1 voorontwerp-Rv.), met dien verstande dat partijen zich daarover kunnen uitlaten (art. 392 lid 2 voorontwerp-Rv.). Het kan zijn dat de Hoge Raad vindt dat de vraag niet geheel precies is geformuleerd om van nut te kunnen zijn ter beantwoording van het geschil of mogelijke andere vergelijkbare geschillen waarvan bekend is dat die aanhangig zijn. Het verdient ons inziens daarom aanbeveling dat de Hoge Raad – evenals het Hof van Justitie – de bevoegdheid krijgt een gestelde vraag te herformuleren teneinde een effectieve geschilbeslechting te bevorderen.

(H) Belang van coördinatie Nederlandse en Europese prejudiciële procedure

De invoering van de prejudiciële procedure bij de Hoge Raad kan leiden tot een samenloop met de Europese prejudiciële procedure.<sup>6</sup> Er moet worden voorkomen dat een lagere rechter eerst vragen stelt aan de Hoge Raad om de zaak vervolgens te verwijzen naar het Hof van Justitie omdat er tevens vragen van gemeenschapsrecht rijzen bij de beslechting van het geschil. Een mogelijke oplossing zou zijn dat de lagere rechter in zijn verwijzing naar de Hoge Raad tevens aangeeft welke problemen van gemeenschapsrecht er volgens hem een rol spelen. De Hoge Raad zal zich dan tegelijk met de uitleg van het Nederlandse recht buigen over de communautaire aspecten van de zaak en zonodig overgaan tot een prejudiciële verwijzing naar het Hof van Justitie.

Tot slot willen wij onze bewondering uitspreken over het innovatieve karakter van het voorontwerp betreffende een prejudiciële procedure bij de Hoge Raad. Het belang van rechtzoekenden zal zeer gediend zijn bij het spoedig beantwoord zijn van omstreden rechtsvragen die spelen in een groot aantal zaken.

Hoogachtend,

R.P.J.L. Tjittes



R. Meijer

<sup>6</sup> Zie § 3.8 van het aangehechte artikel.

**FRANSE EN EUROPESE LESSEN VOOR EEN PREJUDICIËLE PROCEDURE BIJ DE HOGE RAAD**

prof. mr. R.P.J.L. Tjittes en mr. R. Meijer \*

**1. INLEIDING**

De civiele kamer van de Hoge Raad wordt niet alleen geplaagd door het feit dat zij zich door de veelheid aan zaken en de onvoldoende functionerende zeeffunctie van de cassatieadvocatuur niet kan toeleggen op wezenlijke zaken vanuit een oogpunt van rechtsontwikkeling, het bevorderen van de rechtseenheid of wegens de noodzaak tot het bieden van rechtsbescherming aan de individuele rechtzoekende. De Commissie Hammerstein heeft tevens geconstateerd dat sommige rechtsvragen de civiele kamer niet of niet tijdig bereiken, hetgeen in de weg staat aan een goede vervulling van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad. Bovendien is de rechtseenheid in het geding als lagere rechters jarenlang tot verschillende juridische oordelen kunnen komen in feitelijk vergelijkbare zaken. Om te bewerkstelligen dat rechtsvragen die het belang van een individuele zaak ontstijgen tijdig en adequaat worden beantwoord door de Hoge Raad, ligt er thans een voorontwerp van wet dat de lagere rechter de mogelijkheid biedt bij massavorderingen (waaronder begrepen zowel collectieve acties als een veelheid aan individuele zaken) een prejudiciële rechtsvraag te stellen aan de civiele kamer van de Hoge Raad (art. 392-394 ontwerp-Wetboek van burgerlijke rechtsvordering).<sup>1</sup>

In de bijdrage van Niels Frenk en Ilona Wolfram-van Doorn is de achtergrond en inhoud van het voorontwerp prejudiciële vragen aan de Hoge Raad uitgebreid uiteen gezet. Uit de toelichting bij het voorontwerp staat kort vermeld dat de minister zich mede heeft laten inspireren door onder meer de mogelijkheden die het Franse rechtsstelsel de rechter biedt om aan de Cour de cassation een advies te vragen over een rechtsvraag alsmede de prejudiciële procedure van artikel 234 van het verdrag van de Europese Gemeenschap (EG-Verdrag).

Zowel de Franse regeling om advies te vragen aan de Cour de cassation over een rechtsvraag als de regeling van de prejudiciële procedure bij het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen bestaan reeds geruime tijd. In deze bijdrage bespreken wij eerst de mogelijkheden en onmogelijkheden van die prejudiciële procedures om een rechtsvraag beantwoord te krijgen. Daarna voorzien wij het voorontwerp van commentaar in het licht van de Franse en Europese regeling van een prejudiciële procedure.

**2. DE PROCEDURE TOT HET VERKRIJGEN VAN EEN ADVIES OVER EEN RECHTSVRAAG BIJ DE FRANSE COUR DE CASSATION (LA SAISINE POUR AVIS)**

**2.1 Inleidende opmerkingen over het vragen van advies aan de Cour de cassation**

In Frankrijk bestaat ruime ervaring met een prejudiciële procedure tot het verkrijgen van een advies over een rechtsvraag bij de hoogste Franse rechters (la saisine pour avis).

Sinds 1987 kunnen de lagere administratieve rechters (de tribunaux administratifs) de Conseil 'd' Etat, section du contentieux (de afdeling Bestuursrechtspraak van de Franse Raad van State) een prejudiciële vraag stellen over nieuwe, omstreden rechtsvragen die in verschillende jurisdicties spelen).<sup>2</sup>

In 1991 is ook in civiele zaken de mogelijkheid geschapen dat een lagere civiele rechter de Franse Cour de Cassation (Chambres civiles) om advies vraagt hoe een nieuwe, omstreden rechtsvraag te beantwoorden (articles L 441-1 t/m L 441-4 Code de l'organisation judiciaire (COJ) en Articles 1031-1 t/m 1031-7 nouveau Code de procedure civile (NCPC). Het verzoek om advies kan slechts worden gedaan door een rechter (ju-

\* Advocaten bij Allen & Overy LLP.

<sup>1</sup> Reeds in 1989 hebben P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, T. Hartlief en R.P.J.L. Tjittes dat bepleit. Zie P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, De Hoge Raad op de helling, in: De Maris-bundel, 1989, p. 72-73 (en voetnoot 72).

<sup>2</sup> Zie daarover W. Konijnenbelt, Franse lessen, NTB 2004, p. 40-41. De nieuwste loot betreft het voorstel dat de Cour de cassation of de Conseil d'Etat een prejudiciële vraag kan stellen aan de Conseil constitutionnel betreffende de verenigbaarheid van wetgeving met de grondwet (article 61.1 Constitution).

ge), maar niets staat eraan in de weg dat partijen de rechter verzoeken een vraag voor te leggen aan de Cour de cassation.

Doel van de Franse regeling van de prejudiciële adviesprocedure is ten eerste het bevorderen van de spoedige rechtseenheid bij de uitleg van nieuwe rechtsregels en ten tweede het voorkomen van onnodige procedures omdat de desbetreffende hoogste rechter (de Cour de cassation) de betekenis van een onduidelijke rechtsregel spoedig uiteenzet.<sup>3</sup> Waar een normale procedure leidend tot een oordeel van de Cour de cassation jaren op zich kan laten wachten, wordt dit ongewenst bevonden als het antwoord op een nieuwe rechtsvraag onduidelijk is, terwijl die onduidelijkheid in vele zaken doorwerkt.

Een belangrijk verschil met de voorgestelde Nederlandse prejudiciële procedure is dat de Cour de cassation enkel een advies geeft waaraan de rechter die het advies heeft gevraagd niet is gebonden.<sup>4</sup> Andere rechters zijn er ook niet aan gebonden. De Cour de cassation zelf is evenmin formeel aan het advies gebonden. De gezaghebbende wijze van totstandkoming bewerkstelligt uiteraard wel dat het advies grote feitelijke betekenis toekomt, vergelijkbaar met een arrest van de Assemblée plénière of van een Chambre mixte.

Waar de uitspraak van de Cour de cassation een advies is en geen rechterlijke beslissing, is het voor de lagere rechters en de Cour de cassation zelf feitelijk eenvoudiger in latere gevallen van het advies af te wijken dan van een beslissing van de Cour de cassation. Waar een prejudicieel advies wordt gegeven terwijl het debat in rechte niet volledig is afgerond, niet alle mogelijk verschillende opvattingen van rechtbanken en hoven ter tafel liggen en ook de doctrine nog niet voldoende is uitgekristalliseerd, kan ook eerder aanleiding bestaan voor heroverweging.

Een ander belangrijk verschil is dat de prejudiciële adviesprocedure in Frankrijk, anders dan voorgesteld in Nederland, niet is beperkt tot massavorderingen.

In de periode 1992 tot en met 2008 heeft de Cour de cassation 214 prejudiciële adviezen gegeven ( een gemiddelde van bijna 13 per jaar).<sup>5</sup> De meerderheid van de verzoeken komt van een rechter in eerste aanleg (Tribunal d'instance en juges de l'exécution) en niet van een gerechtshof (Cour d'appel).<sup>6</sup>

## 2.2 Materiële eisen aan het verzoek om een advies van de Cour de cassation

Wil het verzoek om advies van de Cour de cassation ontvankelijk zijn, dan moet aan een aantal materiële eisen zijn voldaan. De materiële vereisten staan vermeld in art. L 441-1 COJ. Een verzoek van een lagere rechter om advies van de Cour de cassation is ontvankelijk indien het gaat om (i) een rechtsvraag, (ii) die nieuw is, (iii) die een omstreden kwestie betreft en (iv) die speelt in meerdere procedures.<sup>7</sup>

Ten eerste moet het gaan om een rechtsvraag (une question de droit). Een vraag die zich bevindt tussen recht en feiten is niet-ontvankelijk.<sup>8</sup> Eveneens niet-ontvankelijk is een adviesaanvraag waarvoor een nader feitenonderzoek nodig is.<sup>9</sup> De adviesaanvraag moet ook voldoende precieze rechtsvragen bevatten.<sup>10</sup>

Ten tweede moet het gaan om een nieuwe kwestie (une question de droit nouvelle). Er is sprake van een nieuwe kwestie als het gaat om toepassing van een nieuw wetsartikel of om een vraag die nog niet eerder door de Cour de cassation is beantwoord.<sup>11</sup> De adviesprocedure kan dan ook niet gebruikt worden om de Cour de cassation te bewegen 'om te gaan' of om tegenstrijdige beslissingen tussen de verschillende civiele

<sup>3</sup> Zie M.J. Buffet, La saisine pour avis de la Cour de cassation, lezing gehouden op 29 maart 2000 voor de vergadering van hofpresidenten (te vinden op [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)) en Boré/L. Boré, La cassation en matière civile, 2009/2010, p. 76 (No. 24.11).

<sup>4</sup> Aldus art. L-441-3 COJ.

<sup>5</sup> De adviezen worden gepubliceerd op de website van de Cour de cassation ([www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)).

<sup>6</sup> In maart 2000 ging het om 101 van de 134 verzoeken om Davies (aldus de lezing van Buffet).

<sup>7</sup> Droit et pratique de la cassation en matière civile, p. 398.

<sup>8</sup> Avis 8 Oktober 1993, No. 09-30.009, Bull. Avis, No. 12, Avis 2 mei 1994, No. 09-04.005, Bull. Avis No. 11, Avis 8 oktober 2007, No. 07-00.011, Bull. Avis no. 7.

<sup>9</sup> Avis 11 maart 1994, No. 09-40.003, Bull. Avis No. 9, Avis 3 oktober 1994, No. 09-40.016, Bull. Avis no. 9.

<sup>10</sup> Avis 29 oktober 2007, No. 07-00.0014, Bull. Avis no. 12

<sup>11</sup> Boré/Boré, a.w., p. 77 (No. 24-32).

kamers van de Cour de cassation op te lossen (daarvoor dienen de Chambres mixtes en de Assemblées plénières).<sup>12</sup> De Cour de cassation geeft geen advies als over dezelfde rechtsvraag reeds een geding bij hem aanhangig is.<sup>13</sup> De gewone cassatieprocedure heeft voorrang boven de prejudiciële procedure.

Ten derde moet de vraag omstreden zijn (une question de droit présentant une difficulté sérieuse). Het gaat erom of de rechtsvraag in redelijkheid aanleiding kan geven tot verschillende antwoorden door de feitenrechter.<sup>14</sup> De gestelde rechtsvraag moet bovendien relevant zijn ter beslechting van een concreet geschil; de Cour de cassation beantwoordt geen abstracte rechtsvragen.<sup>15</sup>

Ten vierde moet de aan de Cour de cassation voor te leggen rechtsvraag spelen in vele procedures (se posant dans de nombreux litiges). Dit vereiste wordt ruim opgevat: het gaat om de mogelijkheid dat de vraag in verschillende gedingen zal spelen. De feitenrechter kan weten dat een rechtsvraag in verschillende procedures speelt door eigen ervaring, kennisname van gepubliceerde rechtspraak en literatuur of door de Service de documentation van de Cour de cassation te raadplegen.

## 2.3 De procedure ter verkrijging van een advies van de Cour de cassation

De procedure betreffende het vragen van een advies over een rechtsvraag aan de Cour de cassation – welke procedure grotendeels overeen komt met het voorontwerp – verloopt als volgt.

Ten eerste moet de feitenrechter die een beslissing wil nemen om een vraag aan de Cour de cassation voor te leggen voor advies dit voornemen en de voorgenomen rechtsvraag kenbaar maken aan partijen en het openbaar ministerie en hen uitnodigen om binnen een door hem vastgestelde termijn desgewenst te dien aanzien schriftelijke opmerkingen te maken (art. 1031-1 NCPC). Indien niet aan dit vormvoorschrift is voldaan, is de adviesaanvraag niet-ontvankelijk.<sup>16</sup> De schriftelijke opmerkingen moeten namens partijen worden ingediend bij de feitenrechter door een advocaat bij de Cour de cassation (art. 1031-4 NCPC). Partijen kunnen kenbaar maken dat het advies niet nodig is en zij kunnen de rechter relevante rechtsoverwegingen uit rechtspraak of doctrine doen toekomen.

Door de adviesaanvraag komt de hoofdprocedure stil te liggen. Dit staat niet in de weg aan het nemen van spoedmaatregelen of conserverende maatregelen (art. 1031-1 NCPC).

Ten tweede moet het verzoek om advies over een rechtsvraag worden opgenomen in een vonnis (un jugement) dat aan partijen bij aangetekende brief met bericht van ontvangst moet worden verzonden. Van dat vonnis is geen beroep mogelijk (art. L 441-1 COJ); het Nederlandse voorontwerp bepaalt hetzelfde (art. 392 lid 6). Het vonnis met de adviesaanvraag wordt met de conclusies van het Openbaar Ministerie en de schriftelijke opmerkingen van partijen door de griffie van het desbetreffende gerecht aan de griffie van de Cour de cassation gezonden (art. 1031-2 NCPC).

Partijen moeten van de adviesaanvraag op de hoogte zijn, want zij kunnen door middel van een advocaat bij de Cour de cassation schriftelijke opmerkingen indienen bij de Cour de cassation aangaande de adviesaanvraag (art. 1031-4 NCPC). De feitenrechter die een vraag wil stellen moet bovendien de President van het gerechtshof (Cour d'appel), de procureur-generaal en het openbaar ministerie van zijn jurisdictie daarvan op de hoogte stellen (art. 1031-2 NCPC).

<sup>12</sup> Boré/Boré, a.w., p. 77 (No. 24-32).

<sup>13</sup> Avis 14 juni 1993, No. 09-30.001, Bull. Avis no 4, Avis 31 mei 1999, No. 99-20.008, Bull. Avis, No. 4 en Avis 7 april 2008, No. 08-00.001, Bull. Avis No. 1

<sup>14</sup> Avis 24 januari 1994, No 09-30.018, Bull. Avis no 1, 2 en 3, Avis 11 maart 1994, No. 09-30-021, Bull. Avis no 7, Avis 14 mei 2001, No. 01-00.001, Bull. Avis no. 2

<sup>15</sup> Avis 20 oktober 2000, No. 02-00.014, Bull. Avis no. 8, Avis 8 oktober 2001, No. 01-00.006, Bull. Avis no 5 en Avis 23 april 2007, Bull. Avis No. 3.

<sup>16</sup> Avis 12 februari 1993, No. 09-20.010, Bull. Avis No. 1, Avis 29 april 1993, No. 09-30.002, Bull. Avis No. 3 en Avis 8 oktober 2007, No. 07-00.012, Bull. Avis No. 8.

De Cour de cassation hecht groot belang aan de naleving van deze formaliteiten, bij gebreke waarvan een adviesaanvraag niet wordt behandeld.<sup>17</sup> Schending van de formaliteiten komt regelmatig voor.

#### 2.4 Totstandkoming en strekking van het advies

Het advies wordt gegeven door een formatie van de Cour de cassation die lijkt op een Assemblée plénière en bestaat uit negen leden: de President (le Premier président), de voorzitters van de zes civiele kamers en twee raadsheren (art. R441-1 COJ), waarvan een raadsheer-rapporteur, uit de kamer die normaal gesproken beslist over het onderwerp van de adviesaanvraag.<sup>18</sup> Alvorens de Cour de cassation beslist, krijgt een advocaat-generaal de gelegenheid een conclusie te nemen betreffende het adviesverzoek. Indien een voorzitter van een civiele kamer zich niet kan vinden in een advies, dan is afgesproken dat het advies wordt voorgelegd aan de Assemblée plénière.

In de adviezen wordt door de raadsheer-rapporteur en door de advocaat-generaal uitgebreid stilgestaan of aan de materiele en formele eisen voor het kunnen geven van een advies is voldaan. De Cour de cassation let er strikt op dat de poorten van de prejudiciële adviesprocedure niet te wijd open staan.

De gezaghebbende samenstelling van de Cour de cassation die antwoord geeft op een adviesaanvraag waarborgt dat het advies grote normatieve zeggingskracht krijgt: er zitten drie specialisten in de kamer en de President en alle kamervoorzitters zijn erbij betrokken.<sup>19</sup> Door de grote betrokkenheid van de desbetreffende kamer van de Cour de cassation wordt ook de zelfbinding aan het advies bewerkstelligd. Als de desbetreffende kamer een zaak krijgt voorgelegd waarover een advies is verschenen, zal het advies als regel worden gevolgd.

De Cour de cassation moet een advies geven binnen drie maanden nadat zij het procesdossier heeft ontvangen (art. 1031-3 NCPC). Het advies wordt gepubliceerd in de 'bulletin des arrêts de la Cour de cassation' (art. R 433-4 NCPC), en – bij adviezen van groot belang – in de Journal officiel de la République (art. 1031-6 NCPC). Het advies wordt door de Cour de cassation gezonden aan de rechter die om het advies heeft gevraagd, aan het openbaar ministerie van de desbetreffende jurisdictie, aan de president van het gerechtshof, aan de procureur-generaal alsmede aan partijen (art. 1031-7 NCPC)

### 3. DE PREJUDICIËLE PROCEDURE BIJ HET HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN

#### 3.1 Achtergrond en karakter van de prejudiciële procedure

In Nederland zijn wij niet onbekend met het fenomeen van de prejudiciële procedure. Op grond van artikel 234 van het EG-Verdrag stellen Nederlandse rechters immers geregeld<sup>20</sup> vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (Hof van Justitie) over de uitleg van het Europees gemeenschapsrecht.<sup>21</sup> Het Europees gemeenschapsrecht is voor zijn effectuering afhankelijk van de nationale gerechten. Het gemeenschapsrecht dient namelijk grotendeels te worden gewaarborgd door nationale rechters die worden geadieerd in geschillen waarin (mede) gemeenschapsrecht een rol speelt.<sup>22</sup> Voor zover een nationale rechter zich in een zodanig geschil uitlaat over een regel van gemeenschapsrecht, treedt de rechter op als *juge du droit commun*

<sup>17</sup> Droit et pratique de la cassation en matière civile, p. 398.

<sup>18</sup> Zie Droit et pratique de la cassation en matière civile, p. 399.

<sup>19</sup> Boré/L. Boré, La cassation en matière civile, p. 79 (No. 24-42) en p. 80 (No. 24-52).

<sup>20</sup> In 2008 werden er door Nederlandse rechters 34 prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie. In de periode 1952-2008 hebben Nederlandse rechters in totaal 719 prejudiciële vragen gesteld waarvan er 177 afkomstig waren van de Hoge Raad. Deze cijfers komen uit het jaarverslag over 2008 van het Hof van Justitie, zoals dat kan worden geraadpleegd op de website: [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7000/jaarverslag](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7000/jaarverslag).

<sup>21</sup> Voor bepaalde zaken, zoals intellectuele eigendomszaken, kunnen ook vragen worden gesteld aan het Benelux Gerechtshof. Het Benelux Gerechtshof is als hoogste rechterlijke instantie die verschillende lidstaten gemeen hebben, soms ook verplicht een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie; HvJ EG 4 november 1997, C-337/95, Dior/Evora, Jur. 1997, p. I-6013. Het is tot dusver eenmaal voorgekomen dat het Benelux Gerechtshof een vraag heeft voorgelegd aan het Hof van Justitie (HvJ EG 12 februari 2004, C-265/00, Campina Melkunie, Jur. 2004, p. I-1699).

<sup>22</sup> Het Hof van Justitie is slechts rechtstreeks bevoegd in geschillen tussen lidstaten onderling en lidstaten en organen van de Europese Gemeenschap, zoals de Europese Commissie.



en niet zuiver als nationale rechter. Deze decentrale uitvoering van het gemeenschapsrecht is één van de wezenskenmerken van de Europese Gemeenschap, maar bevat tevens het gevaar dat het ten koste gaat van een uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht in de verschillende lidstaten. Teneinde de gewenste en noodzakelijke uniformiteit in de toepassing van het gemeenschapsrecht te verzekeren is in artikel 234 van het EG-Verdrag een prejudiciële procedure neergelegd op grond waarvan nationale rechters het Hof van Justitie vragen kunnen – dan wel moeten – stellen over de juiste uitleg van het gemeenschapsrecht.

De prejudiciële procedure is naar zijn aard een niet-contentieuze procedure en kent formeel geen partijen.<sup>23</sup> Het is een procedure die is gebaseerd op de samenwerkingsplicht tussen het Hof van Justitie en de nationale rechters teneinde de volle en uniforme werking van het gemeenschapsrecht te garanderen en partijen staan daar, formeel gesproken, buiten. Daarom kan een nationale rechter ook niet door partijen worden gedwongen tot het stellen vragen, het is een autonome bevoegdheid van de nationale rechter.<sup>24</sup> Zoals hierna nog zal worden aangegeven betekent dit overigens niet dat zij geen enkele inspraak hebben in de procedure.

### 3.2 Bevoegdheid dan wel verplichting

De communautaire prejudiciële verwijzingsprocedure biedt voor nationale rechters de mogelijkheid om vragen over de uitleg van het gemeenschapsrecht voor te leggen aan het Hof van Justitie. In zoverre gaat het om een bevoegdheid van de nationale rechters. De in laatste aanleg rechtsprekende rechter, dat wil zeggen de rechter tegen wiens uitspraak geen hogere voorziening<sup>25</sup> open staat (kortweg: de hoogste rechter) is evenwel in beginsel verplicht prejudiciële vragen te stellen indien er vragen van gemeenschapsrecht rijzen. Aangezien het in de praktijk onwerkbaar zou zijn om in iedere situatie waarin er een vraag rijst over de uitleg van gemeenschapsrecht een prejudiciële procedure te starten, is in de jurisprudentie in dit verband het systeem van de *acte clair* en de *acte éclairé* tot ontwikkeling gekomen. Dit houdt in dat de hoogste rechter niet hoeft over te gaan tot het stellen van vragen indien het toe te passen gemeenschapsrecht ofwel duidelijk is (*acte clair*) dan wel het gemeenschapsrecht reeds is opgehelderd door het Hof van Justitie (*acte éclairé*) en er dus al jurisprudentie bestaat over het onderwerp.

Het Hof van Justitie heeft de systematiek van de *acte claire* en *acte éclairé* ontvouwd in het arrest CILFIT.<sup>26</sup> Uit het arrest volgt dat er niet al te lichtvaardig mag worden aangenomen dat sprake is van een *acte éclairé*. Daarvan is pas sprake indien de juiste toepassing van het gemeenschapsrecht zo evident is, dat redelijkerwijs geen twijfel kan bestaan omtrent de wijze waarop de gestelde vraag moet worden beantwoord. Daarbij dient de nationale rechter ervan overtuigd te zijn dat de beantwoording even evident zal zijn voor de rechterlijke instanties van andere lidstaten én voor het Hof van Justitie. Hierbij moet de rechter in ogenschouw nemen dat de teksten van gemeenschapsrecht in verscheidene talen zijn opgesteld, welke taalversies in gelijke mate identiek zijn. Om deze reden vereist de uitlegging van een bepaling van gemeenschapsrecht een vergelijking van de verschillende taalversies. Voorts heeft het Hof van Justitie er in CILFIT op gewezen dat het gemeenschapsrecht een eigen terminologie bezigt, rechtsbegrippen in het gemeenschapsrecht een andere inhoud kunnen hebben dan in de verschillende nationale rechtsstelsels en tot slot dat elke bepaling van gemeenschapsrecht in haar context moet worden geplaatst en dient te worden uitgelegd in het licht van dit recht in zijn geheel, zijn doelstellingen en zijn ontwikkelingsstand op het ogenblik waarop de betrokken bepaling moet worden toegepast. Het zal duidelijk zijn dat een strikte toepassing van de CILFIT criteria meebrengt dat er slechts in weinig gevallen kan worden gesproken van een *acte éclairé*. In de praktijk lijken nationale rechters de CILFIT criteria met iets meer souplesse te benaderen. In dit verband wordt erop gewezen dat er voor de nationale rechter ook andere belangen meewegen bij het al dan niet overgaan tot een prejudiciële verwijzing, met name de belangen van partijen.<sup>27</sup> Een verwijzing naar het Hof van Justitie brengt immers een vertraging met zich, terwijl het specifieke punt van gemeenschapsrecht waarover vragen worden gesteld voor partijen niet noodzakelijkerwijs van groot belang is.

<sup>23</sup> HvJ EG 5 maart 1986, C-69/85, Wünsche, Jur. 1986, p. 947.

<sup>24</sup> HvJ EG 22 november 1978, C-93/78, Lothar Mattheus, Jur. 1978, p. 2203.

<sup>25</sup> De Nederlandse tekst van artikel 234 EG spreekt over "hogere beroep" maar hieronder dient ieder gewoon rechtsmiddel te worden verstaan, waaronder cassatieberoep.

<sup>26</sup> HvJ EG 6 oktober 1982, C-283-81, CILFIT, Jur. 1982, p. 3415.

<sup>27</sup> M. Broberg, *Acte Clair revisited: adapting the acte clair criteria to the demands of the times*, CMLRev 2008, p. 1384-388.

Aangezien een strikte toepassing van de CILFIT voorwaarden een bijkans onmogelijke opgave is – er zal thans een onderzoek moeten worden ingesteld naar de opvattingen in 27 rechtsordes en 23 talen – gaan er de laatste tijd geluiden op om de CILFIT criteria aan te passen. Advocaat-generaal Colomer is in zijn conclusie bij *Gaston Schul* bijzonder kritisch over de CILFIT criteria.<sup>28</sup> Zo stelt de advocaat-generaal:

"Om kort te gaan, was de voorgestelde test onuitvoerbaar op het tijdstip dat hij werd geformuleerd, maar in de werkelijkheid van 2005 is hij onzinnig omdat hij niet beantwoordt aan het historisch oogmerk waarvoor hij is vastgesteld, namelijk het buitensporig gebruik van de theorie van de *acte clair* tegen te gaan, waaraan sommige rechterlijke instanties in laatste aanleg van de lidstaten zich schuldig hebben gemaakt."

Advocaat-generaal Colomer stelt dan ook voor om CILFIT aan te passen aan de eisen van de tijd. Ook andere advocaten-generaal hebben een lans gebroken voor een ruimere toepassing van de *acte clair*. Zo heeft advocaat-generaal Jacobs in *Wiener* een betoog gehouden voor zelfbeperking voor zowel de nationale rechter als het Hof van Justitie bij respectievelijk het stellen en beantwoorden van prejudiciële vragen.<sup>29</sup> Er zijn evenwel ook andere geluiden te horen. Naar het oordeel van advocaat-generaal Tizzano biedt het arrest CILFIT rechters in laatste aanleg namelijk wel degelijk een flinke beoordelingsmarge.<sup>30</sup>

### 3.3 Bevoegdheid van het Hof en ontvankelijkheid van de vraag

Hoewel er in beginsel weinig drempels worden opgeworpen voor nationale rechters om vragen voor te leggen aan het Hof van Justitie – hetgeen moet worden gezien tegen de achtergrond van de wens en noodzaak van een uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht – zijn er in de jurisprudentie wel een aantal vereisten tot ontwikkeling gekomen waaraan een prejudicieel verwijzingsverzoek moet voldoen om ontvankelijk te zijn. Het Hof van Justitie kan weigeren een antwoord te geven op de prejudiciële vragen wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van gemeenschapsrecht geen enkel verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, wanneer het vraagstuk van hypothetische aard is, of wanneer het Hof van Justitie niet beschikt over de feitelijke en juridische gegevens die voor hem noodzakelijk zijn om een nuttig antwoord te geven op de gestelde vragen. Daarbij gaat het Hof van Justitie uit van een "vermoeden van relevantie" van de prejudiciële vragen die zijn gesteld door de nationale rechter.<sup>31</sup> Wanneer de vragen betrekking hebben op de uitlegging van het gemeenschapsrecht, is het Hof daarom in beginsel verplicht daarop te antwoorden.<sup>32</sup> Slechts in uitzonderlijke omstandigheden zal het Hof van Justitie ter toetsing van zijn eigen bevoegdheid een onderzoek instellen naar de omstandigheden waaronder de nationale rechter hem om een prejudiciële vraag heeft verzocht. Pas wanneer duidelijk blijkt dat er geen reëel geschil ten grondslag ligt aan de vragen of de vragen geen betrekking hebben op het voorwerp van het hoofdgeding, zal het Hof van Justitie kunnen afzien van het beantwoorden van de vragen. De taak van het Hof is namelijk bij te dragen tot de rechtsbedeling in de lidstaten en niet om adviezen over algemene of hypothetische vraagstukken te formuleren.<sup>33</sup> Wel gaat het Hof van Justitie soms over tot een herformulering van de vragen van de verwijzende rechter wanneer de vragen te vaag zijn en niet duidelijk verwijzen naar een bepaling van gemeenschapsrecht. Het Hof van Justitie acht zich hiertoe gehouden aangezien het de taak van het Hof is om de verwijzende rechter een nuttig antwoord te geven aan de hand waarvan deze het bij hem aanhangige geding kan oplossen.<sup>34</sup>

Overigens is een prejudiciële verwijzing in een situatie van een *acte clair* of *acte éclairé* gewoon ontvankelijk bij het Hof van Justitie;<sup>35</sup> vragen staat vrij. Wel biedt art. 104 van het Reglement van Procesvoering van het Hof van Justitie in een zondanig geval de mogelijkheid om de prejudiciële verwijzing af te doen bij beschikking – in het geval van een *acte éclairé* zal simpelweg kunnen worden verwezen naar het arrest waarin

<sup>28</sup> Conclusie van 30 juni 2005, C-461/03, *Gaston Schul*, Jur. 2005, p. I-10513.

<sup>29</sup> Conclusie van 10 juli 1997, C-338/95, *Wiener*, Jur. 1997, p. I-6495.

<sup>30</sup> Conclusie van 21 februari 2002, C-99/00, *Lyckeskog*, Jur. 2002, p. I-4839.

<sup>31</sup> HvJ EG 17 juli 2008, C-500/06, *Corporación Dermoestética/To Me Group*, n.n.g., r.o. 23.

<sup>32</sup> HvJ EG 13 maart 2001, C-379/98, *PreussenElektra*, Jur. 1998, p. I-2099.

<sup>33</sup> HvJ EG 21 maart 2002, C-451/99, *Cura Anlagen*, Jur. 2002, o. I-3193, r.o. 26 en HvJ EG 21 januari 2003, C-318/00, *Bacardi-Martini SAS*, Jur. 2003, p. I-2003, p. 905.

<sup>34</sup> HvJ EG 11 juli 2002, C-62/00, *Marks & Spencer*, Jur. 2002, p. I-6325.

<sup>35</sup> Zie HvJ EG 11 september 2008, C-428/06 tot en met C-434/06.

de vraag reeds is beantwoord – en wordt anders dan gebruikelijk is ook geen conclusie door de advocaat-generaal genomen.

Indien in een procedure bij een lagere rechter vragen worden opgeworpen over de uitleg van gemeenschapsrecht is de rechter bevoegd om het Hof van Justitie prejudiciële vragen te stellen, maar is hiertoe niet verplicht. Nederlandse lagere rechters maken echter relatief weinig gebruik van deze communautaire bevoegdheid.<sup>36</sup> Dit wordt overigens vanuit communautair perspectief toegejuicht. Dit lijkt wellicht paradoxaal, maar indien lagere rechters te vaak overgaan tot het stellen van prejudiciële vragen raakt het systeem simpelweg overbelast. Het gevolg hiervan is dat de doorlooptijd van een prejudicieel verwijzingsverzoek (verder) zal toenemen, hetgeen vanzelfsprekend onwenselijk is en uiteindelijk zelfs kan leiden tot een verminderde bereidwilligheid van hoogste rechters om over te gaan tot een verwijzing naar het Hof van Justitie.

### 3.4 Vorm, inhoud en timing van de prejudiciële vragen

Indien een nationale rechter overgaat tot een prejudiciële verwijzing verlangt het Hof van Justitie dat de rechter de precieze redenen vermeldt waarom hij twijfelt over de uitlegging van het gemeenschapsrecht en dus het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie noodzakelijk acht. Er dient minstens beknopt uiteen te worden gezet waarom er om uitlegging van bepaalde communautaire voorschriften wordt verzocht. Voorts dient de rechter aan te geven welk verband hij ziet tussen deze bepalingen en de in het geding toepasselijke wettelijke regeling.<sup>37</sup> Als reden voor deze vereisten voert het Hof van Justitie aan dat de in verwijzingsbeslissingen verstrekte gegevens niet enkel dienen om het Hof van Justitie in staat te stellen een bruikbaar antwoord te geven, maar ook om de regeringen van de lidstaten en de andere belanghebbende partijen de mogelijkheid te bieden opmerkingen te maken.<sup>38</sup>

Het Hof van Justitie heeft zogenoemde "Wenken" gepubliceerd die de nationale rechters dienstig kunnen zijn bij het indienen van prejudiciële verzoeken.<sup>39</sup> Uit deze wenken kan onder meer worden opgemaakt dat het Hof van Justitie in beginsel geen eisen stelt aan de vorm waarin de prejudiciële vragen worden gesteld, de nationale rechter kan de vraag voorleggen in elke vorm die het nationale recht voor procesincidenten toelaat. Over de omvang van de verwijzing stellen de Wenken dat een tiental bladzijden meestal volstaat om het kader van een prejudiciële verwijzing naar behoren uiteen te zetten.

Het moment waarop de vragen worden gesteld staat in beginsel ter beoordeling aan de nationale rechter en is afhankelijk van overwegingen van proceseconomie en opportuniteit.<sup>40</sup> Wel wordt door het Hof van Justitie geëist dat de nationale rechter slechts dan een vraag stelt wanneer hij de feiten en de EG-aspecten van de zaak zodanig heeft vastgesteld dat de rechter exact kan identificeren hoe de verzochte prejudiciële beslissing kan worden toegepast. Laat de rechter dit na dan is het mogelijk dat de prejudiciële verwijzing niet-ontvankelijk is.

### 3.5 Het verloop van de prejudiciële procedure bij het Hof van Justitie

Nadat een prejudicieel verwijzingsverzoek is binnengekomen bij de griffie van het Hof van Justitie, zal het verzoek worden vertaald in alle officiële talen van de gemeenschap om vervolgens de lidstaten op de hoogte

<sup>36</sup> Een zoekopdracht op rechtspraak.nl leverde op dat in 2008 1 maal door een rechtbank en 4 maal door een gerechtshof prejudiciële vragen zijn gesteld. Daarbij ging het eenmaal om de Pachtkamer van het Gerechtshof Arnhem. Aangezien tegen uitspraken van de Pachtkamer geen cassatie open staat (art. 134 Pachtwet) is de Pachtkamer aan te merken als hoogste rechter in de context van art. 234 EG. In totaal zijn er op rechtspraak.nl dus 4 prejudiciële verwijzingen van lagere rechters terug te vinden over de periode 1/1/2008 t/m 31/12/2008. Uit het jaarverslag van het Hof van Justitie over 2008 blijkt dat er in de periode 1952-2008 170 keer een verwijzing heeft plaatsgevonden door een andere rechter dan de Raad van State, Hoge Raad, CRvB, CBB en de Tariefcommissie. Strikt genomen kunnen hieronder nog wel rechters zitten die in laatste aanleg rechtspraken omdat er geen rechtsmiddel open stond (bijvoorbeeld bij de kantonrechter). Het aantal verwijzingen van lagere rechters is in Nederland relatief laag. Het Europese gemiddelde lag in 2004 op 67.5% terwijl van de verwijzingen uit Nederland in de voornoemde periode slechts 37.3% afkomstig waren van lagere rechters. Zie P.J.G. Kapteyn, Een wegwijzer naar een zo efficiënt en effectief mogelijk verloop van de prejudiciële procedure, SEW 2009, p. 202.

<sup>37</sup> HvJ EG 8 oktober 2002, C-190/02, Viacom, Jur. 2002, p. I-8287.

<sup>38</sup> HvJ EG 2 maart 1999, C-422/98, Colonia Versicherung, Jur. 1999, p. I-1279 en HvJ EG 6 december 2005, C-453/03, C-11/04, C-12/04 en C-194/04, ABNA e.a.

<sup>39</sup> PbEG 2008, C 64/01

<sup>40</sup> HvJ EG 11 juni 1987, C-C-14/86, Pretore di Salò, Jur. 1987, p. 2545.

te stellen van de prejudiciële vragen.<sup>41</sup> De partijen in de hoofdprocedure, de lidstaten en de Commissie<sup>42</sup> kunnen vervolgens zogeheten "Schriftelijke Opmerkingen" maken naar aanleiding van de prejudiciële vragen en zijn tevens bevoegd om deel te nemen aan een hoorzitting. Alvorens het Hof van Justitie uitspraak doet neemt de advocaat-generaal een conclusie. Het gehele traject van het indienen van een prejudicieel verzoek door de nationale rechter tot aan het moment van een prejudicieel arrest nam in 2008 gemiddeld iets minder dan 17 maanden in beslag. Hoewel er de afgelopen jaren een behoorlijke verkorting van de procesduur is opgetreden bij prejudiciële verwijzingen – in 2004 was de gemiddelde procesduur nog ruim 23 maanden – is duidelijk dat een verwijzing een aanzienlijke vertraging oplevert in de afdoening van de hoofdprocedure.

Om het systeem van de prejudiciële procedure werkbaar te houden zijn er in de loop der tijd instrumenten geïntroduceerd om de procedure te versnellen. Één van de mogelijkheden is het al eerder genoemde artikel 104 lid 3 van het Reglement voor de procesvoering op grond waarvan het Hof van Justitie een prejudiciële vraag bij beschikking kan afdoen. Deze vereenvoudigde procedure houdt in dat het Hof kan beslissen met een met redenen omklede beschikking wanneer 1) een prejudiciële vraag kennelijk identiek is met een vraag waarover het Hof zich reeds heeft uitgesproken, 2) wanneer het antwoord duidelijk kan worden afgeleid uit de rechtspraak of 3) wanneer over het antwoord redelijkerwijs geen twijfel kan bestaan. Het zal direct opvallen dat deze voorwaarden een grote gelijkenis vertonen met de CILFIT criteria. Het grootste verschil met de gebruikelijke prejudiciële procedure is dat het Hof direct kan overgaan tot het nemen van een beschikking en dus geen kennis hoeft te geven van de prejudiciële verwijzingsbeschikking aan de bij het hoofdgeding betrokken partijen, de lidstaten en de Commissie.<sup>43</sup> Een conclusie van de advocaat-generaal blijft in de versnelde procedure achterwege. Een en ander levert uiteraard tijdwinst op, hetgeen ook is beoogd met de vereenvoudigde procedure.<sup>44</sup> Een minder vergaande variant van de voornoemde vereenvoudigde procedure is dat er slechts wordt afgezien van het nemen van een conclusie door de advocaat-generaal. Dit is mogelijk indien het Hof van Justitie van oordeel is dat in de zaak geen nieuwe rechtsvraag aan de orde is.<sup>45</sup>

Verder kan het Hof van Justitie op verzoek van de verwijzende rechter – en op voordracht van de rechter-rapporteur en nadat de advocaat-generaal is gehoord – besluiten een versnelde procedure te volgen, indien er sprake is van buitengewone spoedeisendheid.<sup>46</sup> De president van Het Hof van Justitie bepaalt in dit geval direct de datum van de zitting en partijen hebben vervolgens een korte termijn (minimaal 15 dagen) om memories of schriftelijke opmerkingen in te dienen. In 2008 nam de gemiddelde versnelde prejudiciële procedure 4,5 maand in beslag.

Tot slot bestaat er sinds 1 maart 2008 een prejudiciële spoedprocedure voor vragen die betrekking hebben op de ruimte van vrijheid veiligheid en rechtvaardigheid. Deze procedure is het leven geroepen omdat deze zaken in veel gevallen spoedeisend zijn – bijvoorbeeld in situaties van vrijheidsberoving. In de spoedprocedure krijgen alleen de partijen in het hoofdgeding, de lidstaat van de verwijzende rechter en de Europese Commissie<sup>47</sup> een korte termijn om schriftelijke opmerkingen indienen. De andere belanghebbenden, zoals overige lidstaten kunnen slechts mondeling opmerkingen ter zitting maken.<sup>48</sup> De gemiddelde duur van deze procedure bedroeg in 2008 ongeveer 2 maanden.

Hoewel er dus al de nodige instrumenten zijn doorgevoerd in een poging de procesduur van de prejudiciële procedure acceptabel te houden, zijn de maatregelen naar verwachting onvoldoende aangezien de werklast van het Hof nog steeds toeneemt. Met het oog hierop zijn in een rapport dat is opgesteld door een werkgroep van de Vereniging van Raden van State en Hoogste Administratieve Gerechten van de Europese Gemeen-

<sup>41</sup> Artikel 23 Statuut van het Hof van Justitie

<sup>42</sup> Wanneer een van hun handelingen in het geding is ook de Raad en het Parlement.

<sup>43</sup> Wel dient de advocaat-generaal te worden gehoord. Voor zover het Hof het voornemen de vereenvoudigde procedure te volgen baseert op het derde toepassingsgeval (redelijkerwijs geen twijfel over gemeenschapsrecht) dienen voorts de partijen te worden gehoord.

<sup>44</sup> J.F.H. Inghelram, Enkele kanttekeningen bij de vereenvoudigde "procedure voor de beantwoording van prejudiciële vragen door het HvJ EG, SEW 2005, p. 452-459 geeft aan dat de procesduur van de vereenvoudigde procedure gemiddeld ongeveer 5 maanden korter is dan de gemiddelde reguliere prejudiciële procedure.

<sup>45</sup> De advocaat-generaal wordt wel gehoord alvorens het Hof deze beslissing neemt; artikel 20 Statuut.

<sup>46</sup> Artikel 104 bis Reglement voor de procesvoering.

<sup>47</sup> En, in voorkomend geval, de Raad en het Europees Parlement wanneer een van hun handelingen in het geding is.

<sup>48</sup> Zie voor enige kanttekeningen bij de spoedprocedure Koutrakos, Speeding up the preliminary reference procedure – fast but not too fast, ELRev 2008, p. 617-618.

schappen, diverse voorstellen gedaan om te komen tot een efficiënter verloop van de prejudiciële procedure.<sup>49</sup> De voorstellen en aanbevelingen richten zich tot zowel de verwijzende nationale rechters als het Hof van Justitie zelf. Sommige van de voorstellen zijn reeds binnen het bestaande procedurele kader mogelijk, voor andere is het evenwel nodig dat er een amendering plaatsvindt van het Procesreglement, het Statuut of zelfs het EG-Verdrag. Een van de meer vergaande suggesties in het rapport is om het mogelijk te maken dat een nationale rechter adviezen van meer algemene aard aan het Hof van Justitie kan vragen, waarbij er inspiratie is geput uit de Franse *la saisine pour avis* procedure, zoals die hiervoor is beschreven. Aangezien de werkgroep nog de nodige problemen ziet bij het geven van algemene adviezen, omdat veel van de vragen zullen afhangen van de bijzonderheden van het individuele geval, wordt voorgesteld om eerst nader onderzoek te doen naar de mogelijkheden van dit instrument, waarbij de ervaringen uit Frankrijk en België een rol kunnen spelen.

Een ander voorstel betreft de invoering van de zogenoemde "groen licht procedure", waarbij de nationale rechter bij zijn prejudiciële verwijzing tevens aangeeft hoe de vraag naar zijn mening moet worden beantwoord, zodat het Hof slechts "groen licht" hoeft te geven indien het de voorgestelde beantwoording juist acht. Dit voorstel is niet nieuw en is ook al in andere rapporten gesuggereerd.<sup>50</sup> De werkgroep doet tevens aanbevelingen over de toepassing van de CILFIT criteria en bepleit een meer '*common sense*' benadering waarbij de verwijzende rechter zich moet afvragen of het probleem van gemeenschapsrecht het waard is de prejudiciële procedure te volgen, waarbij het in aanmerking zou moeten nemen dat het Hof van Justitie niet moet worden lastiggevallen met, vanuit het perspectief van de eenheid en ontwikkeling van het gemeenschapsrecht, ondergeschikte problemen. Hoewel deze benadering voordelen heeft gaat het hier om meer dan slechts een mentaliteitsverandering bij nationale rechters bij het stellen van prejudiciële vragen; het raakt de kern van de prejudiciële procedure. Kapteyn wijst er dan ook terecht op dat deze invulling van de voorgestelde *common sense* benadering zich moeilijk verdraagt met het doel van de verplichte verwijzing, waarbij tevens in het oog moet worden gehouden dat de verplichte verwijzing is neergelegd in artikel 234 EG zelf en niet in de jurisprudentie van het Hof van Justitie.<sup>51</sup>

### 3.6 Rechtskracht prejudiciële uitspraak

Hoewel dit niet expliciet uit artikel 234 EG volgt, is een prejudiciële uitspraak van het Hof van Justitie bindend voor de nationale rechter bij de beslechting van het bodemgeschil.<sup>52</sup> De verplichting voor hoogste nationale rechters om over te gaan tot een prejudiciële verwijzing, teneinde een uniforme uitleg van het gemeenschapsrecht te verzekeren, zou betekenis kunnen verliezen als het oordeel van het Hof van Justitie slechts zou kwalificeren als een advies<sup>53</sup> en voorts zou een adviesstatus zou zich slecht verhouden met het gegeven dat het Hof van Justitie de instantie is die bepaalt hoe het gemeenschapsrecht moet worden uitgelegd. In de literatuur wordt de gebondenheid aan arresten van het Hof voorts gekoppeld aan het beginsel van gemeenschapstrouw (art. 10 EG) op grond waarvan lidstaten en al de organen van de lidstaat zich dienen te onthouden van handelen dat afbreuk doet aan de volle werking van het gemeenschapsrecht. Overigens laat de gebondenheid aan de uitspraak van het Hof van Justitie onverlet dat de nationale rechter bevoegd is nogmaals een prejudiciële vraag te stellen indien er opnieuw vragen rijzen.<sup>54</sup> Voor nationale rechters die niet zijn betrokken bij het bodemgeschil naar aanleiding waarvan prejudiciële vragen zijn gesteld, heeft de uitspraak gezag van interpretatie.<sup>55</sup> Dit betekent dat deze rechters de interpretatie van het Hof van Justitie als hoogste uitleginstantie van EG-recht zullen moeten volgen, met dien verstande dat ook in dit geval uiteraard de mogelijkheid bestaat voor de nationale rechter om over te gaan tot een prejudiciële verwijzing. Lenaerts c.s. stellen kortweg dat een prejudiciële uitspraak bindend is voor alle nationale gerechten. Het zou juist deze

<sup>49</sup> Te vinden in Newsletter 20 op [www.juradmin.eu](http://www.juradmin.eu). Zie over het rapport P.J.G. Kapteyn, Een wegwijzer naar een zo efficiënt en effectief mogelijk verloop van de prejudiciële procedure, *SEW* 2009, p. 204 en D. Sarmiento, Amending the Preliminary Reference Procedure for the Administrative Judge, *Review of European Administrative Law* 2009, p. 29-44.

<sup>50</sup> Zoals het Due rapport uit 2000 dat is opgesteld door een studiegroep van de Europese Commissie. Het rapport kan worden geraadpleegd op [http://ec.europa.eu/dgs/legal\\_service/pdf/duel\\_nl.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/pdf/duel_nl.pdf).

<sup>51</sup> P.J.G. Kapteyn, Een wegwijzer naar een zo efficiënt en effectief mogelijk verloop van de prejudiciële procedure, *SEW* 2009, p. 204.

<sup>52</sup> HvJ EG 24 juni 1969, C-29/68, *Milch-, Fett- und Eierkontor II*, Jur. 1969, p. 165 en HvJ EG 14 december 2000, C-446/98, *Fazenda Pública*, Jur. 2000, p. I-11435.

<sup>53</sup> Zie echter het Franse systeem, zoals dat hiervoor is uiteengezet.

<sup>54</sup> HvJ EG 11 juni 1987, C-C-14/86, *Pretore di Salo*, Jur. 1987, p. 2545.

<sup>55</sup> Kapteyn VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer 2003, p. 395.

*erga omnes* werking zijn die maakt dat de prejudiciële procedure geen procespartijen kent.<sup>56</sup> Van belang is voorts dat een prejudiciële uitspraak van het Hof *ex tunc* werkt en aangeeft hoe een bepaling van gemeenschapsrecht heeft gegolden sinds haar inwerkingtreding. Dit betekent dat de uitleg door het Hof van Justitie ook van toepassing is op rechtsbetrekkingen die zijn ontstaan vóórdat het arrest is geweest.<sup>57</sup>

### 3.7 Hoger beroep tegen een prejudiciële verwijzing door de nationale rechter

De lagere nationale rechter ontleent aan artikel 234 EG de bevoegdheid om over te gaan tot het stellen van prejudiciële vragen indien hij daartoe een noodzaak ziet. Onder meer vanwege de vertraging die de prejudiciële verwijzing voor de procedure in de hoofdzaak betekent, zullen partijen – dan wel één van de partijen – niet altijd enthousiast zijn over een verwijzing. In dit verband is het de vraag in hoeverre tegen de beslissing van een lagere rechter om prejudiciële vragen te stellen, hoger beroep kan worden ingesteld. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie volgt dat artikel 234 EG zich er in beginsel niet tegen verzet dat de normale beroepsmogelijkheden van het nationale recht blijven gelden.<sup>58</sup> In het arrest *Cartesio* heeft het Hof van Justitie er evenwel op gewezen dat een zodanig hoger beroep geen afbreuk mag doen aan de bevoegdheid van de lagere rechter uit hoofde van artikel 234 EG. Het Hof oordeelde in *Cartesio* dat hiervan sprake is indien het hoofdgeding in de zaak aanhangig blijft bij de verwijzende rechter en alleen tegen de verwijzingsbeslissing een beperkt hoger beroep wordt ingesteld. De appèlrechter zou de verwijzingsbeslissing vervolgens kunnen wijzigen of vernietigen en kunnen gelasten dat de verwijzende rechter de behandeling van de geschorste nationale procedure moet hervatten. Hiermee wordt de aan de verwijzende rechter toegekende bevoegdheid om zich tot het Hof te wenden, belemmerd.<sup>59</sup> Uit *Cartesio* kan worden afgeleid dat het gemeenschapsrecht in de weg staat aan het instellen van hoger beroep tegen louter de prejudiciële verwijzing door de lagere nationale rechter, terwijl het hoofdgeding aanhangig blijft bij de verwijzende rechter. Dit is een uitzondering op de hoofdregel dat hoger beroep op grond van nationaal recht mogelijk is. Dit wordt bevestigd door de beschikking in de zaak *De Nationale Loterij*, waarin het Hof van Justitie een hoger beroep tegen een verwijzingsbeschikking wel toeliet.<sup>60</sup> Het verschil met *Cartesio* was dat de appèlrechter zich hier tevens had uitgesproken over de kwestie van gemeenschapsrecht, en het hoofdgeding dus niet meer aanhangig was bij de verwijzende rechter. Deze situatie kan volgens het Hof van Justitie niet worden vergeleken met de situatie in *Cartesio*. Een en ander houdt in dat hoger beroep tegen een prejudiciële verwijzing mogelijk is voor zover de rechter in hoger beroep mede kan oordelen over het hoofdgeding. Een gesplitst hoger beroep waarbij het hoofdgeding achterblijft bij de verwijzende rechter en de rechter in hoger beroep zich louter kan uitlaten over de vraag of een prejudiciële verwijzing terecht was, is niet toegestaan aangezien dit indruist tegen de uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende bevoegdheid van iedere lagere rechter om prejudiciële vragen te stellen.

De beslissing van de burgerlijke rechter om de zaak prejudicieel te verwijzen wordt in Nederland aangemerkt als een tussenvonnissen.<sup>61</sup> Tegen een tussenvonnissen staat geen hoger beroep open tenzij de rechter dit toestaat.<sup>62</sup> Uit *Cartesio* lijkt te volgen dat het niet is toegestaan om verlof te verlenen tot het instellen van hoger beroep tegen louter de verwijzingsbeschikking, aangezien de hoofdzaak aanhangig blijft bij de verwijzende lagere rechter.<sup>63</sup> Helemaal zeker is dit echter niet. De ratio van de beperkingen aan de mogelijkheid tot het instellen van hoger beroep tegen een verwijzingsbeslissing is dat de bevoegdheid om prejudiciële vragen te stellen, welke bevoegdheid autonoom toekomt aan iedere rechterlijke instantie van een lidstaat, niet mag worden beknot. In de Nederlandse situatie is het echter de verwijzende rechter zelf die bepaalt of er een hoger beroep mogelijk is tegen de verwijzingsbeslissing. Dit betekent dat de rechter het zelf in de hand heeft of hij het risico wil lopen dat zijn prejudiciële verwijzing in hoger beroep zal sneuvelen dan wel zal worden aangepast. Onder deze omstandigheden is het nog niet zo zeker of het gemeenschapsrecht hieraan in de weg staat en het is zelfs goed verdedigbaar dat het verlenen van verlof tot het instellen van hoger beroep mogelijk moet zijn, ook in het licht van het arrest *Cartesio*. De bevoegdheid van de lagere rechter op grond van artikel 234 EG wordt hier immers niet aangetast onafhankelijk van de wil van de verwijzende rechter, maar vindt zijn oorsprong in een beperking die de rechter zelf heeft toegelaten. Overigens is het natuurlijk de vraag in hoeverre

<sup>56</sup> Lenaerts c.s., *Procedural law of the European Union*, p. 194-195.

<sup>57</sup> HvJ EG 27 maart 1980, gevoegde zaken C-66/79, C-127/79 en 129/79, Salumi, Jur. 1980, p. 1237.

<sup>58</sup> HvJ EG 12 februari 1974, C-146/73, Rheinmühlen-Düsseldorf, Jur. 1974, 139.

<sup>59</sup> HvJ EG 16 december 2008, C-210/06, *Cartesio*, n.n.g., r.o. 95.

<sup>60</sup> HvJ EG 24 maart 2008, C-525/06, *De Nationale Loterij NV*, n.n.g.

<sup>61</sup> HR 20 november 1998, NJ 1999, 118.

<sup>62</sup> Artikel 337 lid 2 Rv.

<sup>63</sup> Zie ook W.W. Geursen en H.M. Cadenau, *JutD* 2009, p. 14-25.

een rechter die heeft besloten prejudiciële vragen te stellen, deze heeft geformuleerd en neergelegd in een tussenvonnis geneigd zal zijn verlof tot het instellen van hoger beroep te verlenen.

### 3.8 Verhouding nationale en Europese prejudiciële procedure

Indien de Nederlandse prejudiciële procedure bij de Hoge Raad wordt ingevoerd, kan zich potentieel de situatie voordoen waarin er een samenloop bestaat van een Nederlandse en Europese prejudiciële verwijzing. Hiervan is sprake indien een lagere Nederlandse rechter nadere uitleg wenst over zowel Nederlands recht alsook over gemeenschapsrecht. De vraag rijst hoe een lagere rechter zou moeten handelen in deze situatie. Het antwoord lijkt voor de hand te liggen: vragen over gemeenschapsrecht verwijzen naar het Hof van Justitie en vragen over Nederlands recht verwijzen naar de Hoge Raad. Toch kunnen de zaken hier iets gecompliceerder liggen. Dit is bijvoorbeeld het geval als het van de uitleg van het Nederlandse recht afhangt of het gemeenschapsrecht mogelijk – namelijk afhankelijk van de interpretatie van het gemeenschapsrecht – in het gedrang komt en het nationale recht dus al dan niet verenigbaar is met het EG-recht. De uitleg van het Nederlandse recht is in dit geval een voorvraag die moet worden beantwoord voordat kan worden beoordeeld of er reden bestaat tot het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie. In deze situatie ligt het voor de hand dat de lagere rechter zich primair richt tot de Hoge Raad met een vraag over Nederlands recht. Er kan zelfs worden betoogd dat de lagere rechter strikt genomen niet anders kan aangezien hij het Hof van Justitie onvoldoende kan informeren omtrent de juiste uitleg van het nationale recht en de vraag bovendien een hypothetisch karakter heeft zolang niet zeker is dat het Nederlandse recht daadwerkelijk vragen oproept in het licht van het gemeenschapsrecht.

Een vraag die moet worden beantwoord, is of de invoering van de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad tot een andere opstelling van de lagere rechter noopt bij het stellen van vragen aan het Hof van Justitie. Wanneer de Hoge Raad in antwoord op vragen van een lagere rechter duidelijkheid verschaft over de uitleg van het Nederlandse recht, zou het weinig efficiënt zijn indien er vervolgens nog een verwijzing naar het Hof van Justitie volgt indien de lagere rechter als gevolg van de aanwijzing van de Hoge Raad vragen heeft over de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht. Vanuit het oogpunt van proceseconomie ligt het voor de hand dat een lagere rechter in zijn verwijzing naar de Hoge Raad aangeeft of hij, afhankelijk van de uitleg die de Hoge Raad geeft, problemen ziet met de verenigbaarheid van het Nederlandse recht met het gemeenschapsrecht. Idealiter zou de Hoge Raad, nadat het heeft vastgesteld hoe het antwoord op de vraag van de lagere rechter luidt, direct moeten overgaan tot het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie indien de Hoge Raad dit noodzakelijk acht. Naar het zich laat aanzien zal het gemeenschapsrecht zich niet tegen deze werkwijze verzetten aangezien de Hoge Raad een afweging ten gronde maakt over de toepassing van het gemeenschapsrecht. Het zou wellicht anders zijn indien de Hoge Raad louter wordt gevraagd te oordelen over de noodzaak de zaak prejudicieel te verwijzen naar het Hof van Justitie – in beginsel moet de lagere rechter hier autonoom over beslissen – hoewel ook in deze situatie kan worden betoogd dat dit ter vrije beschikking staat van de lagere rechter en daarom geen afbreuk doet aan de bevoegdheid van artikel 234 EG.<sup>64</sup>

Moet de Hoge Raad zich in kader van de beantwoording van een prejudiciële vraag opstellen als ware hij de in laatste aanleg rechtsprekende rechter? Strikt genomen is hiervan geen sprake, aangezien tegen de uitspraak van de lagere rechter na beantwoording van de vragen door de Hoge Raad de reguliere rechtsmiddelen openstaan. Slechts hoger beroep tegen de verwijzingsbeslissing zelf is uitgesloten. De Hoge Raad treedt hier dus formeel niet op als in laatste aanleg rechtsprekende rechter wanneer hij zich uitlaat naar aanleiding van prejudiciële vragen. Dit zou betekenen dat de Hoge Raad in dit verband niet gehouden zou zijn om een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie. Dit lijkt echter niet wenselijk en het is wellicht zelfs in strijd met het gemeenschapsrecht. In de praktijk zullen partijen waarschijnlijk niet erg genegen zijn om cassatie in te stellen tegen een prejudicieel oordeel van de Hoge Raad waarin hij het gemeenschapsrecht heeft uitgelegd en van mening was dat er geen prejudiciële vragen nodig zijn. De kans dat de Hoge Raad kort daarna anders zal oordelen is immers klein. Verder brengt het karakter van de prejudiciële procedure mee dat de uitspraak van de Hoge Raad verderstrekkende gevolgen zal hebben dan alleen voor de individuele bodemprocedure

<sup>64</sup> Zie ook de opmerkingen naar aanleiding van het hoger beroep tegen een verwijzingsbeschikking in § 3.7.

waarin de vragen zijn gesteld. Het is zelfs bij uitstek de bedoeling van de prejudiciële procedure dat de Hoge Raad een richtinggevende uitspraak doet die door lagere instanties in andere vergelijkbare zaken kan worden gevolgd. Tegen deze achtergrond zou het beginsel van gemeenschapstrouw wel eens kunnen meebrengen dat de Hoge Raad zich in het kader van de Nederlandse prejudiciële procedure moet opstellen als ware het de rechter die uitspraak doet in laatste aanleg in de zin van de communautaire prejudiciële procedure en dus in beginsel prejudiciële vragen moet stellen aan het Hof van Justitie, tenzij sprake is van een *acte clair* of *acte éclairé*.

#### **4. BEOORDELING VAN HET VOORONTWERP PREJUDICIËLE VRAGEN AAN DE HOGE RAAD IN HET LICHT VAN VERGELIJKBARE BUITENLANDSE INSTITUTIES EN ERVARINGEN**

##### **4.1 Inleiding**

Hiervoor is een beschrijving gegeven van de Franse regeling om advies te vragen aan de Cour de Cassation over een rechtsvraag alsmede de Europese prejudiciële procedure bij het Hof van Justitie op grond van artikel 234 EG. In de volgende paragrafen zullen wij tegen de achtergrond van de Franse en Europese ervaringen met de prejudiciële procedure enige kanttekeningen plaatsen bij het voorontwerp en voorstellen doen met betrekking tot de rol van de belangen van partijen in de procedure (§ 4.2), dat de prejudiciële procedure dient te strekken tot de beantwoording van zuivere rechtsvragen (§ 4.3), de vraag of de procedure moet uitmonden in een advies dan wel een bindende uitspraak (§ 4.4), de beperking tot massavorderingen (§ 4.5), de voorgestelde formulering van de weigeringsgronden (§ 4.6), de uitsluiting van de enkelvoudige kamer (§ 4.7), de mogelijkheid van de Hoge Raad om de vraagstelling te wijzigen (§ 4.8) en tot slot de coördinatie tussen de Nederlandse en de Europese prejudiciële procedure (§ 4.9).

##### **4.2 Belangen van partijen moeten niet leidend zijn**

Een groot verschil tussen de voorgestelde prejudiciële procedure bij de Hoge Raad en de prejudiciële procedure bij het Hof van Justitie is dat in de eerste procedure de procespartijen een belangrijke rol toekomt. De Europeesrechtelijke prejudiciële procedure staat niet zozeer in het teken van partijen, maar in het teken van de samenwerking tussen het Hof van Justitie en de nationale rechter; partijen in de hoofdprocedure zijn formeel geen partij zijn in de prejudiciële procedure bij het Hof van Justitie. De belangen van procespartijen mogen in de verwijzingsbeschikking van een nationale rechter naar het Hof van Justitie strikt genomen dan ook geen rol spelen, hoewel niet valt uit te sluiten dat de nationale rechter hier toch (stilzwijgend) rekening mee houdt. Hoewel er niets op tegen is dat de rol van partijen in de Nederlandse prejudiciële procedure groter is dan in de Europese procedure, dient de invloed van partijen niet zo ver te gaan dat zij het stellen van vragen door de lagere rechter aan de Hoge Raad kunnen verhinderen.<sup>65</sup> Naar onze mening dient de rechter vragen te stellen aan de Hoge Raad indien hij dat nodig acht, ook als beide partijen het daarmee oneens zijn. Het belang van de prejudiciële procedure overstijgt immers het partijbelang aangezien de beantwoording van de vragen ook voor andere soortgelijke procedures een rol speelt.<sup>66</sup>

##### **4.3 De prejudiciële procedure moet gericht zijn op beantwoording van zuivere rechtsvragen**

In het voorontwerp zijn de vaststaande feiten in welk kader een rechtsvraag wordt gesteld belangrijker dan in het Franse recht. In het voorontwerp kan een rechter in beginsel eerst een prejudiciële vraag stellen als de relevante feiten voldoende vaststaan. Indien dit bewijslevering door getuigen vergt, kan het stellen van een prejudiciële vraag geruime tijd op zich laten wachten. Welke feiten relevant zijn wordt evenwel bepaald door het recht, zodat er ook het nodige voor valt te zeggen dat de rechter reeds eerder een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad kan stellen. In het Franse recht gaat het om de beantwoording van een zuivere rechtsvraag, die weliswaar van betekenis is voor de uitkomst van een concreet geschil, maar die op zich los staat van de fei-

<sup>65</sup> De Ontwerp-Memorie van Toelichting, p. 14 (onder 5) stelt dat het niet voor de hand ligt dat de rechter een prejudiciële vraag zal stellen indien partijen hebben aangegeven de feitelijke procedure voort te zetten.

<sup>66</sup> Het is zoals Corstens, Tussen ideaal en nuchterheid. Interview met de nieuwe president van de Hoge Raad, mr. G.J.M. Corstens, NJB 2009, p. 1074-1081, opmerkt een investering op lange termijn



ten. Ons inziens is de Franse benadering van de prejudiciële procedure te prefereren: de lagere rechter moet een zuivere rechtsvraag stellen. Indien het antwoord op een rechtsvraag te zeer afhangt van de feiten, dan is de prejudiciële procedure niet geschikt en moet een normale procedure worden gevolgd waarin de feiten nauwkeurig worden vastgesteld. Dat geldt ons inziens ook voor gemengde beslissingen, waarbij de rechtsbeslissingen sterk steunen op de feiten (zoals bij oordelen over de redelijkheid en billijkheid en gevaarzetting). In het voorontwerp wordt gesteld dat het aan de Hoge Raad is om te oordelen of hij in het kader van een vraag over een gemengde beslissing een antwoord wil geven (in de vorm van relevante gezichtspunten).<sup>67</sup> Dat heeft een aanzuigende werking om vragen te stellen, waarbij de teleurstelling groot zal zijn bij de verzoekende rechter of de desbetreffende partijen als de Hoge Raad daar geen zin in heeft. Waar bij gemengde beslissingen de vaststaande feiten van groot gewicht zijn bij de te formuleren rechtsnorm is het beter prejudiciële vragen te dien aanzien niet toe te staan. Daartoe moeten eerst de feiten komen vast te staan.

#### **4.4 De prejudiciële procedure moet leiden tot een advies in plaats van een bindende uitspraak van de Hoge Raad**

De rechter die een prejudiciële vraag heeft gesteld, is aan de uitspraak van de Hoge Raad gebonden (art. 394 lid 1 voorontwerp-Rv.). De Hoge Raad is niet aan zijn eigen beantwoording gebonden.<sup>68</sup> Hier zal echter hetzelfde gelden als bij reguliere arresten en beschikkingen van de Hoge Raad: de Hoge Raad zal gelet op de rechtszekerheid niet spoedig afwijken van zijn eigen rechtspraak (in ruime zin). Waar in een prejudiciële procedure het juridisch debat niet altijd voldoende gerijpt zal zijn en niet alle feiten vaststaan, kan er eerder aanleiding zijn dat de Hoge Raad van een beslissing in een prejudiciële procedure terugkomt. Naar onze mening verdient daarom de Franse benadering de voorkeur waar het oordeel van de Hoge Raad een advies aan de lagere rechter is en geen bindende uitspraak.

#### **4.5 De prejudiciële procedure moet niet beperkt blijven tot massavorderingen**

In het voorontwerp is er voor gekozen om de mogelijkheid een prejudiciële vraag te stellen aan de Hoge Raad te beperken tot massavorderingen. De gedachte is onder meer dat juist in die zaken de rechtseenheid met een spoedige beantwoording van een omstreden rechtsvraag is gediend en wellicht vele procedures kunnen worden voorkomen door een tijdig antwoord op die vraag. De minister beoogt aan de hand van ervaringen met de prejudiciële procedure in massazaken te bezien of ook in andere zaken een dergelijke procedure mogelijk moet zijn. Dergelijke massavorderingen zijn echter uiterst beperkt in aantal (tot nu toe gaat het om vier zaken: DES, Dexia, Vie d'Or en Shell), zodat de relevantie van de verkregen data beperkt is en bovendien het verkrijgen van die gegevens lang op zich zal laten wachten. De Franse prejudiciële regeling laat zien dat het, zonder beperking tot massavorderingen, slechts gaat om ongeveer tien zaken per jaar. Naar onze mening moet de beperking van de prejudiciële procedure bij de Hoge Raad tot massavorderingen<sup>69</sup> daarom verdwijnen.

#### **4.6 De gronden voor de Hoge Raad om een prejudicieel antwoord te weigeren zijn te ruim geformuleerd**

In art. 393 lid 8 voorontwerp-Rv. staat vermeld wanneer de Hoge Raad (desgewenst met een non-motivering) mag afzien van de beantwoording van een prejudiciële vraag. Ten eerste indien hij oordeelt dat de vraag zich niet voor beantwoording leent. Dit is welhaast een cirkelredenering. Ten tweede wanneer de vraag van onvoldoende gewicht is om beantwoording te rechtvaardigen. Beide criteria munten uit in nietszeggendheid. Het effect van die nietszeggendheid is moeilijk te voorspellen. Het kan zijn dat de rechter er zo weinig vertrouwen in heeft dat zijn prejudiciële vraag beantwoord zal worden, dat hij afziet van het stellen daarvan. Maar het kan ook zijn dat die vaagheid een aanzuigende werking heeft om een vraag te stellen onder het mom "wie niet waagt, die niet wint". Naar onze mening is het aan te bevelen de ontwikkeling van de

<sup>67</sup> Ontwerp-Memorie van Toelichting, p. 12 (onder 6).

<sup>68</sup> Ontwerp-Memorie van Toelichting, p. 10 (onderaan).

<sup>69</sup> Tot uitdrukking komend in de zinsnede dat het moet gaan om een vraag die van belang is voor een veelheid aan vorderingsrechten "die gegrond zijn op dezelfde of soortgelijke feiten en uit dezelfde of soortgelijke samenhangende oorzaken voortkomen." (art. 392 lid 1 en art. 392 lid 3 voorontwerp-Rv.).

weigeringsgronden niet over te laten aan de rechtspraak van de Hoge Raad, die – gelet op het beperkte aantal in aanmerking komende zaken – zich waarschijnlijk pas na zeer lange tijd zal gaan aftekenen. Wederom bevelen wij het Franse recht als inspiratiebron aan waarin vaste criteria worden gegeven wanneer – positief – een prejudiciële vraag moet worden beantwoord. Het moet gaan om (i) een rechtsvraag waarop nog niet eerder door de Hoge Raad is beslist, (ii) waarvan het antwoord omstreden is en (iii) die speelt in vele procedures. Het belangvereiste (art. 3:303 BW) is ook bij de prejudiciële procedure relevant, zodat het antwoord op de prejudiciële vraag van belang moet zijn voor de beslissing van het concrete geschil.

Overigens merken wij nog op dat, anders dan het Hof van Justitie – dat in beginsel verplicht is een vraag van een nationale rechter te beantwoorden –, de Hoge Raad grote vrijheid heeft om een vraag al dan niet te beantwoorden. Volgens de toelichting bij het Voorontwerp kan de Hoge Raad bij de invulling van de weigeringsgronden inspiratie opdoen bij de door het Hof van Justitie ontwikkelde afwijzingsgronden. Het is in dit kader van belang om op te merken dat de Nederlandse weigeringsgrond dat de vraag van onvoldoende gewicht is (art. 393 lid 8 voorontwerp Rv) in de Europese prejudiciële procedure niet relevant is. De onbeduidendheid van de vraag voor de rechtsontwikkeling speelt bij het Hof van Justitie namelijk geen rol, hoewel er wel voorstellen bestaan hierin verandering te brengen.<sup>70</sup> Er zou hoogstens kunnen worden gesproken van een Europeesrechtelijke weigeringsgrond gebaseerd op een formele onbeduidendheid, bijvoorbeeld omdat de vragen hypothetisch zijn of omdat de vragen reeds door het Hof zijn beantwoord. Een eventuele materiële onbeduidendheid levert echter geen communautaire weigeringsgrond op.

#### 4.7 De enkelvoudige kamer moet niet worden uitgesloten van het stellen van prejudiciële vragen

In het voorontwerp wordt uitgesloten dat een enkelvoudige kamer een prejudiciële vraag kan stellen (art. 392 lid 1, tweede zin, voorontwerp Rv.).

In de ontwerp-memorie van toelichting (p. 14 onder 3) wordt die beperking ten eerste gerechtvaardigd door erop te wijzen dat in de beslissing de vraag en de voor de beantwoording relevante feiten zo nauwkeurig mogelijk moeten worden vastgesteld. Naar onze mening deelt de minister hier ten onrechte een brevet van onvermogen uit aan de alleen zittende rechter. Het gros van de zaken bij rechtbanken wordt afgedaan door een alleenzittende rechter die, zoals uit vonnissen van alleenzittende rechters blijkt, heel wel in staat is vragen te formuleren en feiten vast te stellen.

In de ontwerp-memorie van toelichting wordt de uitsluiting van de enkelvoudige kamer om een prejudiciële vraag te stellen ten tweede gerechtvaardigd met de opmerking dat voorkomen moet worden dat er te lichtvaardig van de prejudiciële procedure gebruik wordt gemaakt. Daargelaten dat de minister zonder enige reden twijfelt aan het beoordelingsvermogen van de alleenzittende rechter en het feit dat het zeer eenvoudig is om de zaak naar een meervoudige kamer te verwijzen om alsnog een prejudiciële vraag te stellen (art. 15 en 16 lid 3 Rv.), laten ook de cijfers in Frankrijk en in Europa zien dat er geen reden is tot bezorgdheid voor teveel werk voor de Hoge Raad bij het beantwoorden van prejudiciële vragen. In Frankrijk heeft iedere rechter, ook de alleenzittende rechter (zoals de executierechter), de bevoegdheid een prejudiciële vraag aan de Cour de cassation te stellen. De cijfers laten zien dat daarvan geen misbruik wordt gemaakt: de Cour de cassation krijgt slechts zo'n tien prejudiciële vragen per jaar. De Europeesrechtelijke ervaring leert bovendien dat lagere Nederlandse rechters in vergelijking met hun Europese collega's relatief terughoudend zijn in het stellen van vragen aan het Hof van Justitie. Hoewel dit uiteraard geen garantie geeft dat deze terughoudendheid ook zal bestaan in de Nederlandse prejudiciële procedure, is het wel een indicatie dat de angst voor lichtvaardige verwijzingen misschien niet gerechtvaardigd is. Bovendien ligt de uitsluiting van de enkelvoudige kamer, tegen de achtergrond van de wens om rechtvragen die van belang zijn voor een veelheid van procedures zo snel mogelijk te adresseren,<sup>71</sup> niet voor de hand.

#### 4.8 Wijziging vraagstelling door de Hoge Raad

<sup>70</sup> Zie § 3.5.

<sup>71</sup> Zie Corstens, Tussen ideaal en nuchterheid. Interview met de nieuwe president van de Hoge Raad, mr. G.J.M. Corstens, NJB 2009, p. 1074-1081.

Het formuleren van de prejudiciële vraag is geheel overgelaten aan de rechter die de vraag aan de Hoge Raad stelt (art. 392 lid 1 voorontwerp-Rv.), met dien verstande dat partijen zich daarover kunnen uitlaten (art. 392 lid 2 voorontwerp-Rv.). Het kan zijn dat de Hoge Raad vindt dat de vraag niet geheel precies is geformuleerd om van nut te kunnen zijn ter beantwoording van het geschil of mogelijke andere vergelijkbare geschillen waarvan bekend is dat die aanhangig zijn. Het verdient ons inziens daarom aanbeveling dat de Hoge Raad – evenals het Hof van Justitie – de bevoegdheid krijgt een gestelde vraag te herformuleren teneinde een effectieve geschilbeslechting te bevorderen.

#### **4.9 Belang van coördinatie Nederlandse en Europese prejudiciële procedure**

Zoals is aangegeven in § 3.8 kan de invoering van de prejudiciële procedure bij de Hoge Raad leiden tot een samenloop met de Europese prejudiciële procedure. Er moet worden voorkomen dat een lagere rechter eerst vragen stelt aan de Hoge Raad om de zaak vervolgens te verwijzen naar het Hof van Justitie omdat er tevens vragen van gemeenschapsrecht rijzen bij de beslechting van het geschil. Een mogelijke oplossing zou zijn dat de lagere rechter in zijn verwijzing naar de Hoge Raad tevens aangeeft welke problemen van gemeenschapsrecht er volgens hem een rol spelen. De Hoge Raad zal zich dan tegelijk met de uitleg van het Nederlandse recht buigen over de communautaire aspecten van de zaak en zonodig overgaan tot een prejudiciële verwijzing naar het Hof van Justitie.