UNIVERSITY OF AMSTERDAM

UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Autonomie van de nationale rechter in het Europees recht: een verkenning van de praktijk aan de hand van de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak over de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer

van Harten, H.J.

Publication date
2011

Link to publication

Citation for published version (APA):
van Harten, H. J. (2011). *Autonomie van de nationale rechter in het Europees recht: een verkenning van de praktijk aan de hand van de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak over de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer*. [Thesis, fully internal, Universiteit van Amsterdam].

General rights
It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations
If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: https://uba.uva.nl/en/contact, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, P.O. Box 19185, 1000 GD Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (https://dare.uva.nl)
Download date:15 Nov 2026

4 PREJUDICIEEL VERWIJZINGSRECHT EN RECHTERLIJKE AUTONOMIE

'(514) Autonomie van de nationale rechter
De aldus omschreven positie van de nationale rechter in het kader van de prejudiciële procedure kan het beste worden aangeduid met de term 'autonoom'. Daarmee wordt tot uiting gebracht dat de uitoefening van de bevoegdheid of de plicht tot het stellen van prejudiciële vragen uitsluitend beheerst wordt door het gemeenschapsrecht, met als gevolg dat bij de uitoefening van deze taak de nationale rechter ten opzichte van het nationale recht een onafhankelijke positie *inneemt: hij is een communautaire rechter en als zodanig is hij gebonden aan artikel 234 EG dat voor hem een dwingend karakter heeft.'*

Barents 2005, p. 297

'[...] de bij artikel 234 EG aan de rechter van eerste aanleg verleende autonome bevoegdheid om zich tot het Hof te wenden.'

Hof van Justitie, zaak C-210/06, *Cartesio* r.o. 95

4.1 Inleiding

Zonder nationale rechters geen prejudiciële procedures bij het Hof van Justitie. De prejudiciële procedure komt in wezen pas tot leven bij de beslissing van de nationale rechter om een zaak voor te leggen aan het Hof van Justitie.[1] De beslissing over de noodzakelijkheid van een prejudiciële verwijzing voor de beslechting van het geschil berust, volgens vaste rechtspraak, volkomen bij de nationale rechter.[2] Ook de keuze van de onderwerpen waarover de nationale rechter voorlichting wil van het Hof van Justitie, behoort in beginsel tot het autonome terrein van de vraagsteller.[3] Datzelfde gaat op voor de bewoordingen waarin de prejudiciële vragen worden gesteld. Maar op meer punten rond en in

[1] Het verhaal gaat, uit monde van getuigen, dat de allereerste prejudiciële verwijzing van een nationale rechter naar het Hof van Justitie onder het toenmalige artikel 177 EEG-Verdrag destijds dan ook op waardige wijze werd gevierd met champagne in het Groothertogdom Luxemburg. Vgl. Komninos 2008, p. xiii. Dit betrof de zaak 13/61, *De Geus/ Bosch* na prejudiciële verwijzing door het Gerechtshof 's-Gravenhage.

[2] Zie bijvoorbeeld zaak C-415/93, *Bosman*, r.o. 59: 'in het kader van de […] neergelegde samenwerking tussen de nationale rechterlijke instanties en het Hof [is] het uitsluitend een zaak van de nationale rechter aan wie het geschil is voorgelegd en die de verantwoordelijkheid draagt voor de te geven rechterlijke beslissing, om, gelet op de bijzonderheden van het geval, zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis te beoordelen, als de relevantie van de vragen die hij aan het Hof voorlegt.' Vgl. zaak 56/65, *LTM* en zaak 13/68, *Salgoil*, zaak 283/81, *Cilfit*, r.o. 10.

[3] Er moet wel samenhang bestaan tussen de gevraagde uitleg en het geschil dat beslecht moet worden, ofwel de voorlichting moet 'objectief noodzakelijk' zijn. Vgl. P.J.G. Kapteyn, 'Chapter VI: Administration of Justice', in: Kapteyn e.a. 2008, p. 487.

de prejudiciële procedure komt het verschijnsel van nationale rechterlijke autonomie beeldend naar voren.

Zoals Barents treffend aanneemt: de positie van de nationale rechter in de prejudiciële procedure kunnen we misschien wel het beste omschrijven als een autonome positie.[4] De invulling en conclusie die Barents daar vervolgens aan verbindt, zou wat mij betreft wel kunnen worden aangevuld. De autonomie beperkt zich namelijk niet alleen tot een onafhankelijke positie ten opzichte van het nationale recht als afgeleide van de autonomie van het Europees recht als zodanig, maar manifesteert zich feitelijk in de praktijk van het Europees recht bij de nationale rechter ook op andere manieren. Zoals gezegd, ligt de beoordeling van de noodzakelijkheid van een prejudiciële verwijzing bij de nationale rechter. Dit is een vorm van autonomie in de sfeer van de beoordeling en beslissing. Hierin is de nationale rechter niet alleen autonoom ten opzichte van het nationale recht en de nationale wetgever, maar op dezelfde voet autonoom ten opzichte van het Hof van Justitie en de Europese wetgever. De mogelijke verwijzingsverplichting voor rechterlijke instanties in laatste aanleg maakt dat principieel niet anders.

In dit hoofdstuk staat centraal wanneer en op welke manieren het verschijnsel van nationale rechterlijke autonomie aan de orde is in het prejudicieel verwijzingsrecht.[5] De drie paragrafen beslaan elk een eigen fase van de nationale Europeesrechtelijke kant van het prejudicieel verwijzingsrecht. In de eerste plaats is er aandacht voor de wereld voorafgaand aan het eventuele verwijzen: hoe komt de mogelijkheid van de prejudiciële procedure aan de orde in de onderzochte Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak? Het tweede onderwerp van bespreking betreft de existentiële vraag van het verwijzingsrecht: verwijzen of niet verwijzen, en wat daarbij komt kijken. In de derde plaats wil ik stilstaan bij de situatie waarin een verwijzing heeft plaatsgevonden en het Hof van Justitie van zich heeft laten horen door middel van een beschikking of uitspraak. Wat vindt er vervolgens in de Nederlandse praktijk plaats? Bij ieder

[4] Vgl. ook Barents in zijn annotatie bij zaak C-210/06, *Cartesio*, in: *SEW* 2009, p. 452. Zoals ook in hoofdstuk 2 naar voren kwam, spreekt Timmermans, in navolging van het arrest *Cartesio*, een arrest met overigens rechter-rapporteur Timmermans, over het 'autonome karakter van de prejudiciële verwijzingsbevoegdheid'. Zie Timmermans 2010, p. 79.

[5] In dit verband spreek ik liever van het prejudiceel verwijzings*recht*, dan van de prejudiciële verwijzings*bevoegdheid* en verwijzings*plicht*; dit doet meer recht aan de nationale Europeesrechtelijke kant van de aspecten die samenhangen met de prejudiciële procedure. Elementen van dit hoofdstuk bouwen voort op mijn bijdrage aan de conferentie *Interface between EU law and national law* op 23 juni 2006 in Amsterdam, gepubliceerd als 'The Application of Community Precedent and Acte Clair by the Hoge Raad; A Case Study in the Field of Establishment and Services', in: D. Obradovic en N. Lavranos, *Interface between EU Law and National Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2007, p. 237-262.

thema van bespreking volgen de voorbeelden, als onderbouwing en illustratie, uit het achtergrondonderzoek naar de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak waarin de vestigingsvrijheid en/of het vrijedienstenverkeer aan de orde komt.

Ook voor dit hoofdstuk geldt dat de nadruk ligt op de bespreking van de onderzochte rechtspraak. Over de achtergronden bij en theorievorming over de prejudiciële procedure verwijs ik naar de bestaande literatuur.[6] Toch volgt hier een beknopte introductie op de kern van de prejudiciële procedure, als een vervolg op wat met betrekking tot dit instrument van rechterlijke samenwerking al naar voren kwam in hoofdstuk 2.[7] Die bespreking zal hier overigens niet worden herhaald. Zoals daar al duidelijk werd, bestaat er in beginsel voor alle nationale rechters in de Europese Unie een bevoegdheid om een vraag met betrekking tot de uitlegging van (vrijwel alle) terreinen van het Europees recht te stellen aan het Hof van Justitie als deze noodzakelijk is voor de beslechting van het geschil waarover de rechter dient te oordelen. Deze bevoegdheid is gegrondvest in artikel 267 VWEU. Onder omstandigheden kan deze verwijzingsbevoegdheid veranderen in een verwijzingsplicht op grond van de derde alinea van de genoemde verdragsbepaling:

> 'Indien een vraag te dien aanzien wordt opgeworpen in een zaak aanhangig bij een nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep, is deze instantie gehouden zich tot het Hof te wenden.'

In de jurisprudentie van het Hof van Justitie zijn drie kernuitzonderingen op deze verwijzingsplicht ontwikkeld, die cumuleren in het standaardarrest *Cilfit*:

---

6 De Europeesrechtelijke literatuur over de prejudiciële procedure is overdadig. In het bijzonder kan worden gewezen op Broberg, Fenger 2010 en Barents 2005, deel 3. Andere bronnen zijn bijvoorbeeld Eijsbouts e.a. 2010, hoofdstuk 8, Lenaerts, Van Nuffel 2011, deel VI, hoofdstuk 1 en P.J.G. Kapteyn, 'Chapter VI: Administration of Justice', in: Kapteyn e.a. 2008. Daarnaast valt te denken aan de bijdragen aan *The Uncertain Future of the Preliminary Rulings Procedure*, Den Haag: Raad van State 2004, de annotaties van Lauwaars bij het arrest *Cilfit*, *Foto-Frost* en *Zuckerfabrik Süderdithmarschen en Soest*, in Beukers e.a. 2010, P.J.G. Kapteyn, 'Een wegwijzer naar een zo efficiënt en effectief mogelijk verloop van de prejudiciële procedure', in: *SEW* 2009, nr 5, p. 200-207, *Report of the working on the preliminary ruling procedure*, Europese Vereniging van Raden van State en hoogste bestuursrechters, Newsletter no 20, 2008, C.W.A. Timmermans, 'Over de prejudiciële procedure en 'acte clair'', in: *Mok-aria. Opstellen aangeboden aan Prof. mr. M.R. Mok ter gelegenheid van zijn 70e verjaardag*, Deventer: Kluwer 2002, p. 349-358, Due-Rapport 2000, A.W.H. Meij, *Prejudiciële vragen van Nederlandse rechters en hun gevolgen*, Preadvies Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland 1993, Van Rijn 1982 en Donner 1972.

7 Zie hoofdstuk 2, p. 30-39.

a) de vraag is niet noodzakelijk voor de beslechting van het geschil (*Cilfit*, r.o. 10),
b) de rechtsvraag betreft een *acte éclairé* (*Cilfit*, r.o. 13-14),
c) de rechtsvraag betreft een *acte clair* (*Cilfit*, r.o. 16-20).[8]

In de eerste plaats wijst het Hof van Justitie op een verband tussen de tweede en derde alinea van de rechtsvoorganger van artikel 267 VWEU. Nationale rechters beschikken in het kader van de verwijzingsplicht over eenzelfde beoordelingsbevoegdheid met betrekking tot de noodzakelijkheid van een antwoord op een rechtsvraag als geldt voor de rechters voor wie de verwijzingsplicht niet opgaat.[9] De rechter is dus niet verplicht om te verwijzen als het antwoord op de rechtsvraag niet bijdraagt aan beslechting van het geschil of 'geen invloed kan hebben op de oplossing van het geschil.' Deze noodzakelijkheidsbeoordeling is een feitelijk autonome beoordeling van de nationale rechter.

De tweede uitzondering op de verwijzingsplicht voor hoogste rechters betreft de zogeheten *acte éclairé*. Deze uitzondering, zoals verwoord in het *Cilfit*-arrest, gaat op 'wanneer er al een vaste rechtspraak van het Hof bestaat over het punt waarop het geding betrekking heeft; daarbij is niet van belang welke de aard was van de procedures die aanleiding tot die rechtspraak hebben gegeven, en evenmin dat de vraagpunten in geschil niet volstrekt identiek zijn.'[10] Deze uitzondering was in de kern al door het Hof van Justitie bevestigd in het vroege arrest *Da Costa*. Het vestigde daarmee het gezag van zijn rechtspraak als vorm van precedenten.

De derde uitzondering betreft de situatie van *acte clair*. Deze uitzondering op de verwijzingsplicht heeft het Hof van Justitie voor het eerst aanvaard in de *Cilfit*-uitspraak, in de volgende bewoordingen:[11]

---

[8] Zaak 283/81, *Cilfit*. De lijn uit dit arrest staat nog steeds overeind en is bijvoorbeeld herbevestigd in zaak C-461/03, *Gaston Schul*. Zie voor enige bondige achtergrond bij dit arrest de annotatie van Lauwaars in: Beukers e.a. 2010, p. 149-153.

[9] In r.o. 9 van het *Cilfit*-arrest maakt het Hof overigens duidelijk dat de prejudiciële procedure geen rechtsmiddel is voor partijen, maar toehoort aan de rechter om zich 'in voorkomend geval ambtshalve tot het Hof te wenden.'

[10] Zie zaak *Cilfit*, r.o. 14. Deze uitzondering werd in het arrest in de gev. zaken 28-30/62, *Da Costa* al aanvaard, maar werd in het *Cilfit*-arrest uitgebreid tot vaste rechtspraak. In r.o. 13 van het arrest *Cilfit* neemt het Hof van Justitie de benadering uit het arrest *Da Costa*: 'het gezag van een door het hof reeds krachtens gegeven uitlegging [kan de verplichting om te verwijzen] van haar grond beroven en derhalve van haar inhoud ontdoen; dat dit met name het geval is, wanneer de opgeworpen vraag zakelijk gelijk is aan een vraag welke reeds in een gelijksoortig geval voorwerp van een prejudiciële beslissing is geweest.'

[11] Zaak 283/81, *Cilfit*.

> 'de juiste toepassing van het gemeenschapsrecht kan zo evident zijn, dat redelijkerwijze geen twijfel kan bestaan omtrent de wijze waarop de gestelde vraag moet worden opgelost.'

Voordat de nationale rechter tot die conclusie komt, haast het Hof van Justitie in zijn arrest mee te geven dat de nationale rechter ervan overtuigd dient te zijn:

> 'dat die oplossing even evident zou zijn voor de rechterlijke instanties van de andere lidstaten en voor het Hof van Justitie. Enkel wanneer aan deze voorwaarden is voldaan, kan de nationale rechter ervan afzien de vraag aan het Hof voor te leggen, en ze op eigen verantwoordelijkheid oplossen.'[12]

In de rechtsoverwegingen die hierop volgen, geeft het Hof van Justitie strikte aanvullende criteria. De rechter 'moet rekening houden met de kenmerken van het gemeenschapsrecht en de bijzondere moeilijkheid bij de uitlegging ervan.' Verder is belangrijk dat de Europeesrechtelijke teksten in de verschillende taalversies gelijkelijk authentiek zijn en de uitlegging ervan dan ook 'een vergelijking van de verschillende taalversies vereist.' Bovendien dient de rechter rekening te houden met het karakter van de rechtsbegrippen in het Europees recht en moet een bepaling 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.'[13] In de literatuur is wel betoogd dat deze eisen aan de *acte clair*-uitzondering op de verwijzingsplicht met gezond verstand ofwel met *common sense* dienen te worden begrepen,[14] toch heeft het Hof van Justitie tot op heden geen reden gezien tot een nadere nuancering in zijn rechtspraak te komen.

In de rechtspraak van het Hof van Justitie is wel duidelijk geworden dat de verwijzingsplicht als zodanig ook niet opgaat in die gevallen waarin de (beroeps-)rechter in een kort geding procedure rechtspreekt, zolang er de mogelijkheid voor partijen bestaat een bodemprocedure op te starten.[15] Voor de volledigheid zij vermeld dat bij de navolgende bespreking van het prejudicieel verwijzingsrecht in relatie tot nationale rechterlijke autonomie alleen de mogelijkheid voor de nationale rechter om uitleggingsvragen voor te leggen aan het Hof van Justitie aan de orde komt. Kwesties rond de prejudiciële procedure betreffende de geldigheid van Europese maatregelen vallen buiten het bestek

---

12 Zaak 283/81, *Cilfit*, r.o. 16.

13 Zaak 283/81, *Cilfit*, r.o. 17-20.

14 Zie bijvoorbeeld het *Report of the working on the preliminary ruling procedure*, Europese Vereniging van Raden van State en hoogste bestuursrechters, Newsletter no 20, 2008, p. 11 en Kapteyn 2009, p. 205.

15 Vgl. zaak 107/76, *Hoffmann-La Roche* en gev. zaken 35/82 en 36/82, *Morson and Jhanjan*.

van de bespreking, om de eenvoudige reden dat deze procedure in het achtergrondonderzoek naar Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak in relatie tot Europese maatregelen in het kader van de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer niet aan de orde is geweest.[16]

4.2 Een wereld voor verwijzen

Voordat een nationale rechter tot verwijzen komt, speelt zich een wereld af die buiten het zicht blijft wanneer de aandacht alleen uitgaat naar de Europeesrechtelijke rechtspraak van het Hof van Justitie. In de vorige hoofdstukken werd al duidelijk dat in lang niet alle vrijverkeerzaken voor de nationale rechter de volledige toetsingssystematiek wordt doorlopen. In sommige zaken slaagt het beroep op een vrijheid naar het oordeel van de rechter simpelweg niet, is het bestaan van het interstatelijk effect niet aangetoond of kan er van een belemmering in het concrete geval geen sprake zijn. In dat licht zijn er wel wat parallellen te maken met de fase voorafgaand aan de vraag of prejudiciële verwijzing noodzakelijk is: het prejudicieel verwijzingsrecht laat zich in de onderzochte rechtspraak niet zonder meer beschrijven aan de hand van de verwijzingsplicht en de door het Hof van Justitie daarop geaccepteerde uitzonderingen.

In de praktijk van de Nederlandse rechter zien we dat er diverse voorvragen spelen. Deze komen aan de orde in de fase die ik de 'wereld voor het verwijzen' zou willen noemen. In deze fase speelt de feitelijke autonomie van de nationale rechter een rol van betekenis. De rechter beoordeelt het karakter van de zaak, vergelijkt de zaak met bestaande rechtspraak en gaat na of er reden zou kunnen zijn om na te denken over prejudiciële verwijzing. De context van het geschil is erg belangrijk: is het een geschil in eerste aanleg? Is het een zaak met als doel een voorlopige voorziening? Wat zijn de beroepsmogelijkheden na deze uitspraak? Welke eerdere Nederlandse rechtspraak bestaat er over dit geschil? Heeft een partij erop aangedrongen?

Verschillende elementen spelen een wezenlijke rol in deze voorafgaande fase aan al dan niet prejudicieel verwijzen. Vanzelfsprekend is van belang of de beoordeling van de zaak in handen is van een rechter in eerste instantie, dan wel in beroep of (tevens) laatste instantie. Daarmee samenhangend speelt de 'rijpheid van het geding' een belangrijke rol. De context waarbinnen de zaak moet worden gesitueerd, heeft invloed op de vormgeving van al dan niet verwijzen. Ten slotte is het van belang of een partij of partijen gezamenlijk

[16] Zie daarover bijvoorbeeld de annotatie van Lauwaars bij het arrest *Foto-Frost* in Beukers e.a. 2010, p. 183-186

verzoeken tot het stellen van prejudiciële vragen of dat de verwijzing, kennelijk, ambtshalve plaatsvindt. Laten we deze elementen aan de hand van de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak nader onder de loep nemen.

De Verdragsrechtelijke basis van de prejudiciële procedure werd geciteerd in hoofdstuk 2. Artikel 267 VWEU leert dat iedere rechterlijke instantie van de lidstaten de bevoegdheid heeft om vragen van uitleg over het Europees recht te stellen en rechterlijke instanties in laatste aanleg soms de plicht daartoe hebben. Die bevoegdheid is zeer duidelijk: uit hoofde van het Europees recht heeft de nationale rechter een autonome bevoegdheid tot prejudiceel verwijzen naar het Hof van Justitie bij rechtsvragen van Europees recht waaraan niet kan worden getornd. Het richtinggevende arrest in dit verband is nog altijd het arrest *Rheinmühlen*, in 2010 door Timmermans opnieuw geannoteerd.[17] Het Hof van Justitie overweegt daarin onder meer dat de

> 'nationale rechterlijke instanties de meest uitgebreide bevoegdheid bezitten zich tot het Hof van Justitie te wenden, indien zij menen dat een bij hen aanhangig geding vragen opwerpt welke een uitlegging of een beoordeling van de geldigdheid van bepalingen van gemeenschapsrecht verlangen en ter zake waarvan zij een beslissing moeten nemen.'

Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt in het bijzonder de autonome positie van lagere rechters ten opzichte van het nationale recht: naar het oordeel van het Hof mag de nationale wetgeving of een nationaal voorschrift de bevoegdheid van een nationale rechter om een vraag van Europees recht voor te leggen, niet inperken.

In de Europese rechtsontwikkeling bij het Hof van Justitie zien we het nut van dit aspect van de nationale rechterlijke autonomie terugkeren, ook wat de rechtsontwikkeling met betrekking tot de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer betreft. Door rechters in eerste aanleg of lagere rechters hebben belangrijke verwijzingen op het terrein van deze vrijheden plaatsgevonden. Juist in de Nederlandse rechtspraak bestaan daarvan kenmerkende voorbeelden die tot sprekende arresten hebben geleid.

> Om een paar voorbeelden te noemen: de verwijzing van het Gerechtshof 's-Gravenhage in de zaak 352/85, *Bond van adverteerders*.[18] Het Kantongerecht Roermond in de zaak C-115/97 tot C-117/97, *Brentjes*.[19] De rechtbank Roermond in

[17] Zaak 166/73, *Rheinmühlen*. Herbevestigd in zaak C-210/06, *Cartesio* en zaak C-173/09, *Elchinov*. Zie Timmermans 2010.

[18] Gerechtshof 's-Gravenhage, 30 oktober 1985, KG 1985/374.

[19] Kantongerecht Roermond, 18 maart 1997, JAR 1997/81, PRG 1997/4753.

> de zaak C-157/99, *Smits Peerbooms*.[20] Het Kantongerecht Amsterdam in de zaak C-167/01, *Inspire Art*,[21] en bijvoorbeeld de rechtbank 's-Gravenhage, zp Assen in de zaak C-327/02, *Panayotova e.a.*[22]

Zo zien we een eigenwijze rechter in eerste of tweede aanleg opereren die niet verder laat procederen tot een vonnis in hoogste beroep, maar voor de beslechting van het geschil zelf voorlichting wenst van het Hof van Justitie.

Tegelijkertijd bestaat overigens ook de rechter in laatste aanleg die zijn eigen wijsheid voorop stelt en koerswijzigingen doorvoert zonder verwijzing naar het Hof van Justitie.

> Zo is het boeiend om te zien dat binnen de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak over een bepaald terrein, zoals bijvoorbeeld de rechtspraak omtrent de Wet arbeid vreemdelingen in het licht van de vestingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer, de lijnen in de jurisprudentie van de Afdeling kunnen wijzigen zonder dat, in eerste instantie althans, over deze materie verwijzing naar het Hof van Justitie heeft plaatsgevonden.[23]

Dat hoogste nationale rechtscolleges te maken kunnen hebben met de verwijzingsplicht, staat buiten kijf. Bij hun praktijk zal in de volgende paragraaf in het bijzonder worden stilgestaan, omdat voor hen de vraag van al dan niet verwijzen pregnanter aanwezig is dan bij lagere rechters. Maar in bepaalde zaken zijn niet altijd de hoogste nationale rechtscolleges aan te merken als rechter in laatste aanleg. In die omstandigheden geldt dan ook de verwijzingsplicht voor lagere rechters. Hier speelt het nationale procesrecht een doorslaggevende rol. Voor bepaalde geschillen kan de sector kanton van een Nederlandse rechtbank bijvoorbeeld de rechter in laatste instantie zijn en dus te maken hebben met de verwijzingsplicht. Toch ben ik dergelijke voorbeelden in de onderzochte Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak niet

---

20 Rechtbank Roermond, 28 april 1999.

21 Kantongerecht Amsterdam, 5 februari 2001, JOR 2001/200.

22 Rechtbank 's-Gravenhage, zp. Assen, 16 september 2002, LJN AF1211, waarna de Afdeling bestuursrechtspraak verwees over vergelijkbare thematiek in de uitspraak van ABRVS, 4 februari 2003, LJN AF4459 onder verwijzing naar de de prejudiciële verwijzing van de zittingsplaats Assen.

23 Zie hierover bijvoorbeeld de noot van Tjebbes bij de uitspraak ABRvS, 30 januari 2008, LJN BC3078 opgenomen in JV 2008/134. Hij verwoordt het als volgt: 'De Afdeling lijkt na enige m.i. ongelukkig uitgevallen uitspraken met betrekking tot grensoverschrijdende dienstverlening, of detachering (de uitspraken van 2 augustus 2006, JV 2006/360 en 361, RV 2006, 44; de uitspraak van 5 september 2007 ve07001614 JV 2007/454) een nieuwe koers te volgen, die is ingezet met de uitspraak van 14 november 2007 JV 2007/544, ve07002139, en wordt vervolgd door de bovenstaande uitspraak en de eveneens in deze aflevering van JV opgenomen uitspraak van 5 maart 2008 JV 2008/147, ve08000426.' Deze jurisprudentie komt nog aan bod in hoofdstuk 5 over nationale Europeesrechtelijke precedenten.

tegengekomen. Dat maakt echter niet dat er geen andere interessante observaties met betrekking tot de lagere rechters en het prejudicieel verwijzingsrecht vermeldenswaard zijn.

In het merendeel van de zaken waarin de nationale rechter op de vraag naar prejudiciële verwijzing ingaat, heeft een van de partijen daarop aangedrongen[24] of hebben de partijen dat zelfs gezamenlijk gedaan. Toch lijkt het er zo nu en dan ook op dat de nationale rechter ambtshalve tot de afweging van al dan niet verwijzen komt en die afweging expliciet onderdeel van het vonnis laat zijn. De problematiek van al dan niet verwijzen gebeurt zo, kennelijk, op eigen initiatief. Dit is niet altijd duidelijk te herleiden, wanneer we alleen de uitspraak van de rechter tot onze beschikking hebben.

> In dit verband is vermeldenswaard de procedure voor het Gerechtshof 's-Hertogenbosch in de zaak *Van de Coevering*. Uit de einduitspraak blijkt dat de belanghebbende en zijn gemachtigde, die opkomen tegen een naheffingsaanslag BPM, niet ter zitting zijn verschenen, maar het Gerechtshof bij (tussen)uitspraak van 31 mei 2005 het Hof van Justitie wel om uitleg van het Europees recht heeft gevraagd.[25]

Misschien is enerzijds 'verzocht' of anderzijds 'ambtshalve' geen goede tegenstelling; formeel vinden alle prejudiciële verwijzingen ambtshalve plaats: het is de nationale rechter die uit hoofde van zijn autonome bevoegdheid de vraag aan het Hof van Justitie voorlegt en beslist over de noodzakelijkheid van deze vraag voor de beslechting van het geding. Kijkend naar de onderzochte Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak ontstaat evenwel het beeld dat praktisch altijd een verzoek van een partij de eerste aanzet is tot het mogelijk verwijzen van de zaak naar het Hof van Justitie.

Het mag evident zijn dat niet in iedere zaak voor de rechter in eerste aanleg de prejudiciële procedure überhaupt een rol speelt. Toch had ik voorafgaand aan het onderzoek niet gedacht dat bij zoveel zaken voor de lagere rechters de prejudiciële procedure wel degelijk tot de overwegingen van het vonnis behoort. Het is opvallend dat partijen die zich op het Europese recht beroepen, de mogelijkheid tot verwijzing met regelmaat nadrukkelijk in de stellingen opnemen.

---

24 Zie bijvoorbeeld Hoge Raad, 8 mei 1998, NJ 1998, 496.

25 Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 25 april 2007, LJN BA6625. Bij het nader onderzoek, na de beschikking van het Hof van Justitie verschijnt de belanghebbende in deze procedure overigens wel ter zitting.

In eerstelijnsrechtspraak voeren partijen die zich beroepen op de vrijheden, regelmatig aan dat de rechter bij twijfel vooral dient te verwijzen naar het Hof van Justitie. Zo valt te lezen in een uitspraak van de rechtbank Haarlem dat een partij, in de woorden van de rechtbank, oproept:

> 'Voor het geval de rechtbank het standpunt van eiseres niet deelt, verzoekt zij de rechtbank op de voet van artikel 234 EG het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: HvJ EG) te verzoeken over de vraag in geding een uitspraak te doen.'[26]

Vaak doet de rechter weinig substantieels met het verzoek om bij twijfel vooral te verwijzen, soms zelfs zonder er in de uitspraak aandacht aan te schenken.[27] In het geval van de zojuist geciteerde uitspraak van de rechtbank Haarlem motiveert de rechter de afwijzing om niet te prejudicieel te verwijzen met een beroep op het feit dat er op het moment van de uitspraak over vergelijkbare thematiek nog een procedure bij de Hoge Raad loopt. In die procedure heeft de advocaat-generaal voorgesteld prejudiciële vragen te stellen, maar is het arrest van de Hoge Raad nog niet gewezen: 'Onder deze omstandigheden acht de rechtbank het niet nodig om de door eiseres opgeworpen vragen aan het HvJ EG voor te leggen.'[28] Soms lijkt het beroep op de vrijheid al dusdanig opmerkelijk of impliciet hypothetisch dat de rechter niets ziet in verwijzen en bovendien de aard van de procedure zich er, naar een begrijpelijk oordeel van de rechtbank, niet voor leent.[29]

Ook valt in de rechtspraak van de lagere rechters waar te nemen dat *acte clair*-motiveringen gebruikt worden. De rechtbank 's-Gravenhage ziet bijvoorbeeld in een uitspraak geen aanleiding tot het stellen van prejudiciële vragen, omdat 'geen sprake is van twijfel'.[30] Dat is een variatie op de in Nederland gangbare 'eigen' termen, gemunt voor de bepaling van de aanwezigheid van de

---

[26] Rechtbank Haarlem, 17 januari 2008, LJN BC3724.

[27] Rechtbank 's-Gravenhage, zp 's-Hertogenbosch, 6 maart 2007, LJN BA2120. Weliswaar wordt vastgesteld dat de ABRvS in haar uitspraak van 19 juli 2005, JV 2005/331 over samenhangende materie prejudicieel heeft verwezen, maar op het verzoek van de Turkse zelfstandige in het onderhavig geval wordt niet ingegaan.

[28] Rechtbank Haarlem, 17 januari 2008, LJN BC3724. Zie ook bijvoorbeeld: Rechtbank 29 januari 2008, LJN BD1614.

[29] Zie bijvoorbeeld rechtbank Breda, 26 juli 2007, LJN BB2328. In dit geval verplaatst een textielonderneming zich van Twente naar België. Een werknemer verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens verandering van omstandigheden. De onderneming beroept zich op de vestigingsvrijheid en het vrije verkeer van personen, de verplaatsing komt niet voor risico van de ondernemer en verzoekt om prejudiciële verwijzing. Kantonrechter ziet daarvoor geen aanleiding, 'nog afgezien van het feit dat de door verzoeker gewenste spoedige en onvoorwaardelijke ontbinding daarmee illusoir wordt'.

[30] Rechtbank 's-Gravenhage, 29 januari 2008, LJN BD1614.

uitzondering op de verwijzingsplicht. De Hoge Raad spreekt in zijn uitspraken met regelmaat over 'naar redelijkerwijze niet voor twijfel vatbaar is' in een oordeel over Europeesrechtelijke aspecten van een zaak. Dat is in wezen een Nederlandse hertaling van de *acte clair*-uitzondering op de verwijzingsplicht. Door deze zinsnede op te nemen in de uitspraak tracht de rechter nog eens extra duidelijk te maken dat het rechtsoordeel evident juist is: er zijn redelijkerwijs geen twijfels over mogelijk, zodat verwijzing zeker niet noodzakelijk is. Dit is een aanpak waar verderop in dit hoofdstuk nog bij zal worden stilgestaan.

Zoals gezegd, is het opvallend dat de zinsnede 'naar redelijkerwijze niet voor twijfel vatbaar is' betrekkelijk vaak bij de lagere rechter en eerste beroepsinstanties naar voren komt. De rechtbank Breda geeft in dit verband een eerste voorbeeld van een *acte clair*-overweging:

> '4.7. De rechtbank acht zijn hiervoor gegeven oordelen inzake de toepassing van het gemeenschapsrecht redelijkerwijs niet voor twijfel vatbaar. Mitsdien zal de rechtbank ook niet, anders dan belanghebbende heeft voorgesteld, overgaan tot het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie.'[31]

Een tweede voorbeeld biedt een uitspraak van het Gerechthof 's-Hertogenbosch van 11 augustus 2006. Daarin wordt de zinsnede 'redelijkerwijs niet voor twijfel vatbaar' gebruikt voor zowel de aanname dat er sprake is van een belemmering, als bij het oordeel dat de maatregel, artikel 25 van de Wet geregelde vermindering van belasting voor kleine ondernemers, geschikt is om in dit geval het nagestreefde doel te waarborgen.[32]

Een derde voorbeeld biedt het Gerechtshof Amsterdam in een procedure over de verlenging van de navorderingstermijn van artikel 16, lid 4 AWR tegen de achtergrond van de vestigingsvrijheid en het vrijekapitaalverkeer, De eventuele belemmering wordt ''naar redelijkerwijze niet voor twijfel vatbaar is' in een geval als het onderhavige voldoende gerechtvaardigd'.[33]

Maar ook de andere 'standaard'-uitzondering, de *acte éclairé*, zien we terug in de rechtspraak van de lagere rechters. In de kwestie tussen De Lotto en Ladbrokes over het aanbieden van kansspelen via het internet in het licht van het vrijedienstenverkeer dringt Ladbrokes bij de rechtbank Arnhem aan om gebruik te maken van de bevoegdheid om te verwijzen naar het Hof van Justitie.[34] De

---

31 Rechtbank Breda, 14 januari 2006, LJN AV0996.

32 Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 11 augustus 2006, LJN AZ8215.

33 Gerechtshof Amsterdam, 18 januari 2006, LJN AU9845 en LJN AU9848. Ook bijvoorbeeld Gerechtshof Amsterdam, 1 februari 2006, LJN AV1218.

34 Rechtbank Arnhem, 2 juni 2004, LJN AP0418, r.o. 4.40.

rechtbank verwerpt dit verzoek in een tussenvonnis, omdat naar haar oordeel en onder verwijzing naar arresten van het Hof van Justitie in de zaken *Schindler*, *Läärä*, *Anomar*, *Gambelli*, sprake is van een *acte éclairé*.[35] Uit die rechtspraak van het Hof van Justitie valt af te leiden dat de nationale rechters moeten beoordelen of belemmeringen op het vrijedienstenverkeer al dan niet gerechtvaardigd zijn.

Het Gerechtshof hanteert in de beroepsprocedure eenzelfde aanpak en overweegt summier:

> 'Gezien het voorgaande bestaat geen aanleiding om, zoals door Ladbrokes is verzocht, vragen omtrent de uitleg van het EG-verdrag te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap.'[36]

Maar de aanhouder wint: ook in de uiteindelijke procedure bij de Hoge Raad verzoekt Ladbrokes tot verwijzing naar het Hof van Justitie. [37] De Hoge Raad besluit dat te doen. De stellingen van partijen lijken voor de Hoge Raad de primaire reden te zijn om toch te verwijzen, al lijken de prejudiciële vragen in dit geval ook bijzonder geinspireerd te zijn door de voorzet daartoe in de conclusie van de advocaat-generaal Keus.

Verduidelijking van het Europees recht door een nationale Europeesrechtelijke precedent kan er ook toe leiden dat de rechter geen aanleiding ziet om van zijn prejudicieel verwijzingsrecht gebruik te maken. Een illustratie daarvan biedt een uitspraak van de rechtbank Zwolle:

> 'Nu de Afdeling over de vraag of het bepaalde in artikel 2 van de Wav strijdig is met artikel 49 EG-Verdrag reeds haar oordeel heeft uitgesproken ziet de rechtbank, anders dan namens eiseres is verzocht, geen aanleiding hieromtrent prejudiciële vragen aan het HvJ te stellen.'[38]

Een van de belangrijkste voorvragen komt in wezen neer op de 'rijpheid van het geding'. Daarmee wordt bedoeld dat de zaak in feiten en recht voldoende ontwikkeld is, zodat een mogelijk prejudicieel antwoord van het Hof niet wordt doorkruist door een andere voorstelling van de zaak in een latere fase van de nationale procedure. Deze voorwaarde wordt ook in de Europeesrechtelijke

35 Zaak C-275/92, *Schindler*, zaak C-124/97, *Läärä*, zaak C-300/01, *Anomar*, zaak C-243/01, *Gambelli*.
36 Gerechtshof Arnhem, 17 oktober 2006, LJN AZ0222.
37 Hoge Raad, 13 juni 2008, LJN BC8970.
38 Rechtbank Zwolle, 7 juli 2008, LJN BD8988.

doctrine opgemerkt.[39] Ook het Hof van Justitie signaleert in zijn handreiking voor de nationale rechter met betrekking tot de procedure dat voorafgaand aan de verwijzing het geschil al goed op weg moet zijn.

De rijpheid van het geding verklaart natuurlijk dat rechters in eerste aanleg terughoudender zijn in prejudicieel verwijzen. Het geding kan zich mogelijk nog verder ontwikkelen in een beroepsprocedure. Een andere reden kan zijn dat met prejudiciële verwijzing de primaire geschilbeslechtingsfunctie voorlopig aan de horizon verdwijnt. Soms zien we dat de Nederlandse rechter dit expliciet terug laat komen in zijn vonnis. Een voorbeeld biedt de rechtbank Arnhem in een procedure over de beperking van de fiscale eenheid voor in Nederland gevestigde vennootschappen. De rechtbank overweegt, na toetsing aan de vestigingsvrijheid:

> 'Ten slotte merkt de rechtbank op dat artikel 234 EG de nationale rechterlijke instanties waarvan de uitspraken vatbaar zijn voor hoger beroep, de mogelijkheid biedt aan het Hof van Justitie prejudiciële vragen over de uitlegging van het EG-Verdrag te stellen. De rechtbank acht het evenwel niet opportuun in dit stadium aan het Hof van Justitie vragen te stellen over de verenigbaarheid van de Nederlandse regeling van de fiscale eenheid met het gemeenschapsrecht.'[40]

Dat laat onverlet dat de autonome bevoegdheid om in dergelijke gevallen te verwijzen, nog steeds aanwezig is, maar naar het autonome oordeel van de Nederlandse rechter het 'niet opportuun' is. Het uiteindelijke oordeel over de vraag of een zaak voldoende rijp voor verwijzing is, behoort toe aan de nationale rechter. Soms wijst de rechter op het feit dat er nog een andere procedure loopt die kennelijk geschikter is voor prejudiciële verwijzing.[41]

Aan te nemen valt dat het criterium van de rijpheid van het geding in het algemeen vervuld is in zaken van hoger beroep en in laatste instantie. Met het gegeven dat er geen of beperkte beroepsmogelijkheden openstaan tegen de beslissing van de rechter, is verbonden dat de rechtsstrijd tussen partijen zich heeft ontwikkeld en zich concentreert op de eindbeslechting van het geschil.

De 'rechterlijke omgeving' speelt impliciet, en soms expliciet, een belangrijke rol voorafgaand aan de vraag of al dan niet tot prejudiciële verwijzing moet worden overgegaan. Dat kan verduidelijkt worden aan de hand van een

---

39 Zie hierover bijvoorbeeld Broberg en Fenger 2010, p. 304 e.v. Prechal 2006, p.440-441. En met zoveel woorden Kapteyn/VerLoren van Themaat 2003, p. 398.

40 Rechtbank Arnhem, 7 juli 2006, LJN AY6200.

41 Rechtbank Haarlem, 17 januari 2008, LJN BC3724.

voorbeeld uit de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak met betrekking tot de Europeesrechtelijke houdbaarheid van de Nederlandse kansspelregulering.

Zoals in het vorige hoofdstuk al duidelijk werd, bestaat er op dit vlak een aanzienlijke hoeveelheid Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak. Ondanks het feit dat verschillende partijen opriepen om bepaalde kwesties voor te leggen aan het Hof van Justitie, werd tot voor kort niet verwezen. Het Gerechtshof Arnhem zag in de bodemprocedure *Lotto t. Ladbrokes*, zoals hierboven aan de orde kwam, geen aanleiding om prejudiciële vragen van uitleg aan het Hof van Justitie te stellen.[42] Pas nadat de Afdeling in het geval *Betfair* tot verwijzing overging, ging ook de Hoge Raad in de bodemprocedure *Ladbrokes t. Lotto* overstag.[43]

Een ander element dat van doen heeft met de rechterlijke omgeving wordt gevormd door hangende prejudiciële zaken die van invloed zijn op zaken bij de Nederlandse rechter. Waar hebben we het dan over? In de eerste plaats gevallen waarin tijdens de loop van de procedure blijkt dat er een relevante zaak op hetzelfde terrein bij het Hof van Justitie aanhangig is. Dan bestaan er, grofweg, drie opties:

1) schorsen en afwachten,[44] of
2) schorsen en ook verwijzen,[45]
3) de uitspraak desalniettemin doen,[46] al dan niet nadat partijen in de gelegenheid zijn gesteld op het arrest te reageren.[47]

---

42 Gerechtshof Arnhem, 17 oktober 2006, LJN AZ0222.

43 ABRVS, 14 mei 2008, LJN BD1483, Hoge Raad, 13 juni 2008, LJN BC8970.

44 Een voorbeeld geeft het arrest Hoge Raad, 8 augustus 2008, LJN BD1501 waarin gelegenheid wordt gegeven aan partijen om te reageren op zaak C-379/05, *Amurta*. In een uitspraak van de rechtbank Breda, 25 augustus 2006, LJN BG6482, verzoekt een belanghebbende zijn beroep aan te houden tot het Hof van Justitie uitspraak heeft gedaan op de verwijzing van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 31 mei 2005, de zaak C-242/05, *Van de Coevering*. In een uitspraak van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 11 januar i 2006, LJN AV1522, blijkt op verzoek van belanghebbende en met instemming van de Inspecteur besloten de zaak aan te houden tot het Hof van Justitie arrest wees in zaak C-376/03, *zaak D*. Interessant gegeven is dat in deze zaak zelf ook al werd verwezen naar het Hof van Justitie. Dat leverde het arrest C-364/01, *Erven Barbier* op. Na het arrest in *zaak D* zijn partijen in de gelegenheid gesteld daarop te reageren, voordat het Gerechtshof tot een eindbeslissing kwam.

45 Een belangrijke reden voor de Hoge Raad om alsnog te verwijzen in de zaak *Ladbrokes*, zie Hoge Raad, 13 juni 2008, LJN BC8970. Ook zien we dit terug in de loop van de procedure in de zaak Betfair bij de ABRvS, 14 mei 2008, LJN BD1483, waarin overigens eerst ook aan partijen de mogelijkheid is geboden om te reageren op zaak C-260/04, *Commissie t. Italië*.

46 Zie bijvoorbeeld rechtbank 's-Gravenhage, 6 maart 2007, LJN BA2120, waarin vastgesteld wordt dat de Afdeling heeft besloten prejudiciële vragen te stellen over de reikwijdte van artikel 41 van het Aanvullend Protocol in het licht van het mvv-vereiste. Zelfde aanpak over dezelfde prejudiciële vragen is te vinden in rechtbank 's-Gravenhage, zp.

De variatie in deze rechterlijke praktijk zou bekritiseerd kunnen worden uit het oogpunt van het onafhankelijke karakter dat de directe werking van de Verdragsbepalingen met betrekking tot de vrijheden in zich draagt,[48] maar moet toch uit proceseconomische motieven als zeer wel verdedigbaar worden beschouwd. Hier naderen we de kernvraag in de prejudiciële procedure: het al dan niet verwijzen en, wanneer wordt verwezen, de manier waarop dat wordt gedaan.

4.3 *To refer or not to refer*

Het tweede centrale thema in dit hoofdstuk kan eenvoudig worden samengevat:

a) De rechter verwijst niet,
b) De rechter verwijst.[49]

Als de rechter er toe besluit om te verwijzen, dan komt direct aan de orde hoe de rechter dat daadwerkelijk doet, en dat is het tweede onderwerp van deze paragraaf. In deze paragraaf leggen we de nadruk op de uitspraken van de hoogste Nederlandse rechtscolleges.

Eerst een opmerking over de keuze om al dan niet te verwijzen. Hier zien we de nationale rechterlijke autonomie onmiskenbaar naar voren treden. Centraal staat de vraag voor de rechter of prejudicieel verwijzen noodzakelijk en wenselijk is. Die beoordeling doet niemand anders dan de nationale rechter zelf. Het is een autonome beslissing, waarop soms het bestaan van de verwijzingsplicht kan inwerken, maar of de verwijzingsplicht in het concrete geval bestaat, is wederom ter beoordeling van de nationale rechter. Zoals al in de inleiding bij dit hoofdstuk aan de orde kwam, is de noodzakelijkheidsvraag daarom de crux in het al dan niet verwijzen naar het Hof van Justitie.

Arnhem, 31 augustus 2007, LJN BB6013. Zie over de verlengde navorderingtermijn voor buitenlandse spaartegoeden rechtbank 's-Gravenhage, 20 mei 2009, LJN BI6310, r.o. 4.7-4.8.

[47] Zie bijvoorbeeld Hoge Raad, 5 januari 2007, waarin gelegenheid wordt gegeven om te reageren op zaak C-170/03, *Feron*. Of Hoge Raad, 30 november 2007, LJN AX7244 waarin gelegenheid wordt geboden om te reageren op zaak C-170/05, *Denkavit*.

[48] Vgl. Jans en Prinssen 2002, p. 108: '*... the Court of Appeal refused to apply a directly effective provision of the Nitrate Directive by reference to a pending infringement procedure before the ECJ. In order to avoid divergent rulings the Court of Appeal decided to stay the procedure and wait for the judgment of the ECJ. In our view this is incompatible with the independent nature of the doctrine [of direct effect]*.'

[49] Deze titel werd eerder al eens gehanteerd door B.H. ter Kuile, 'To Refer or not to Refer', in: D. Curtin en T. Heukels (eds), *Institutional Dynamics of European Integration,* Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers 1994, p. 381-390.

A De rechter verwijst niet

In de onderzochte rechtspraak heeft *niet* verwijzen de overhand. De verwijzing vormt een uitzondering. In de regel verwijst de Nederlandse rechter, en dan spreek ik zowel over de lagere als hoogste rechters, niet naar het Hof van Justitie voor de beslechting van een geschil waarin de vestigingsvrijheid of het vrijedienstenverkeer aan de orde is. Vandaag de dag is dat in ieder geval niet meer de gangbare praktijk. Daarvoor zijn verschillende factoren en redenen aan te wijzen.

-Oordeel over de vrijheden niet noodzakelijk voor de beslechting van het geschil

Als een beroep op de vrijheden niet concreet is onderbouwd en/of er naar het oordeel van de rechter geen belemmering bestaat, is daarmee gegeven dat er naar het oordeel van de rechter geen rechtsvraag naar Europees recht is en dus ook geen noodzaak om eventueel verplicht te zijn om te verwijzen.[50]

Een voorbeeld wordt geboden door de *Albany*-zaak bij de Hoge Raad.[51] Nadat het kantongerecht in Arnhem deze zaak met mededingingsrechtelijk georiënteerde vragen naar het Hof van Justitie had verwezen,[52] procedeerden beide partijen tegen de beslissing om te verwijzen. Albany stelde zich op het standpunt dat voorlichting van het Hof van Justitie over de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer ook noodzakelijk zou zijn. De Hoge Raad oordeelt, in navolging van advocaat-generaal Mok, dat de essentiële karakteristieken van de regulering in dit geval binnen de sfeer van het mededingingsrecht moeten worden geplaatst, zodat prejudiciële vragen over de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer niet noodzakelijk zijn.

-De vraag betreft een 'acte clair', expliciet of impliciet

De genuanceerde uitwerking van de *acte clair*-uitzondering van het Hof van Justitie in het arrest *Cilfit*, die hierboven aan de orde kwam, komt in de onderzochte rechtspraak praktisch niet voor. Een vergelijking van verschillende taalversies vindt bijvoorbeeld in de onderzochte rechtspraak, in de rechterlijke uitspraak althans, niet zichtbaar plaats. Ook de andere aanvullende criteria komen in de rechterlijke uitspraken praktisch niet woordelijk voor, dat is althans een signaal over de doorwerking van deze criteria in de onderzochte Nederlandse rechtspraak. In dit verband is het interessant dat Lauwaars uit het arrest *Köbler* afleidt dat ook het Hof van Justitie de band met de aanvullende

[50] Zie bijvoorbeeld ABRvS, 18 januari 2006, LJN AU9796, ABRvS, 27 juli 2005, LJN AU0104.

[51] Hoge Raad, 5 februari 1999, NJ 2000, 451.

[52] Zaak C-67/96, *Albany*.

criteria iets losser heeft gemaakt: daarin wordt alleen nog naar de beknopte variant van *acte éclairé* en *acte clair* verwezen.[53]

De Nederlandse rechter, in het bijzonder de Hoge Raad, gebruikt wel met regelmaat de beperkte *acte clair*-variant in de expliciete bewoordingen: dat de interpretatie van de rechtsvraag 'redelijkerwijs niet voor twijfel vatbaar' is.
Tot de vele voorbeelden behoort een arrest van 14 april 2006:

> '3.9 Middel 2 bestrijdt 's Hofs oordeel dat in dit geval geen sprake is van een (destijds) door artikel 44 van de Europa-overeenkomst verboden belemmering van het recht van vestiging. Volgens het middel heeft dat artikel een even ruime strekking als artikel 43 EG. Voor die opvatting biedt, naar redelijkerwijs niet voor twijfel vatbaar is, een vergelijking van de bewoordingen van beide bepalingen echter geen steun, terwijl ook anderszins aanknopingspunten ontbreken voor een uitlegging van artikel 44 van de Europa-Overeenkomst in die zin dat deze bepaling er – mede – toe zou strekken belemmeringen weg te nemen die onderdanen van een lidstaat aan de zijde van die lidstaat ondervinden indien zij zich in Polen (willen) vestigen. Middel 2 faalt derhalve eveneens.'[54]

Een ander voorbeeld wordt geboden door een arrest van de belastingkamer van de Hoge Raad uit 2008 over de aftrek van deelnemingskosten.[55] Dit voorbeeld is interessant, omdat in dit geval het Gerechtshof Amsterdam een niet gerechtvaardigde belemmering aanwezig achtte, terwijl het niet bestaan van een belemmering voor de Hoge Raad een *acte clair* betreft (!).

In deze procedure heeft het Gerechtshof een beroep van een belanghebbende tegen de opgelegde vennootschapsbelasting gegrond verklaard.[56] De belanghebbende hield in 1997 deelnemingen in vennootschappen in Luxemburg, Spanje en Zwitserland. Deze vennootschappen bezaten meerderheids-deelnemingen in (klein)dochtermaatschappijen gevestigd in derde landen. Volgens het Gerechtshof is de kostenaftrekbeperking van artikel 13, lid 1 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 toegepast in strijd met de vrijheid van vestiging, dan wel de vrijheid van kapitaalverkeer. De kosten die gerelateerd zijn aan de winst van de door de deelnemingen gehouden vennootschappen, zijn, naar oordeel van het Gerechtshof, te relateren aan de winst van de deelnemingen zelf. Daarom is de toegepaste aftrekbeperking een beperking van de vestigingsvrijheid, dan wel het vrijekapitaalverkeer.

---

53 Lauwaars, p. 153 in Beukers e.a. 2010 onder verwijzing naar zaak C-224/01, *Köbler*, r.o. 118.
54 Hoge Raad, 14 april 2006, LJN AV0834.
55 Hoge Raad, 8 februari 2008, LJN AZ0890.
56 Gerechtshof Amsterdam, 1 februari 2006, LJN AV1218.

De Staatssecretaris komt tegen dit oordeel in cassatie op. Er is, volgens de Staatssecretaris, geen sprake van een beperking, omdat er geen verschil wordt gemaakt of de in derde landen gevestigde (klein)dochtervennootschappen worden gehouden door een dochtervennootschap in Nederland of een in een andere EG-lidstaat gevestigde dochtervennootschap.

Advocaat-generaal Wattel concludeert dat het principale beroep doel treft. Ook de Hoge Raad laat het middel slagen: de kostenaftrekbeperking vormt een nadeel voor belanghebbende, maar het nadeel is niet afhankelijk van de plaats van vestiging van de deelnemingen. Dat de aftrek van die kosten niet wordt toegestaan, vormt geen ontmoedigende factor om een deelneming te vestigen of aan te houden in een andere lidstaat dan Nederland. De Hoge Raad komt tot de conclusie:

> 'Naar redelijkerwijs niet voor twijfel vatbaar is, levert in het onderhavige geval de omstreden kostenaftrekbeperking, anders dan het Hof heeft geoordeeld, dan ook geen beperking op van de vrijheid van vestiging of vrijheid van kapitaalverkeer binnen de Europese Gemeenschap.'

De Hoge Raad gebruikt in dit geval dus de *acte clair*-uitzondering op de prejudiciële verwijzingsplicht voor een geval waarin het Gerechtshof Amsterdam wel degelijk een belemmering van de vestigingsvrijheid, dan wel het vrijekapitaalverkeer aanwezig achtte. In hoeverre kan dan met droge ogen worden volgehouden dat de juiste uitleg boven alle twijfel verheven is? Met andere woorden, kan nog wel van een *acte clair* worden gesproken op het moment dat een eerder rechtscollege over dezelfde thematiek oordeelde dat er van een strijdige beperking van vrijheden sprake is?

> *Pour la petite histoire*: het Gerechtshof Amsterdam kwam in zijn oordeel in deze zaak zelfs tot het diametraal tegenovergestelde standpunt, met gebruikmaking van dezelfde zinsnede, om niet te verwijzen naar het Hof van Justitie (!): '5.24 Het Hof acht zijn hiervoor gegeven oordelen inzake de toepassing van het gemeenschapsrecht redelijkerwijs niet voor twijfel vatbaar. Mitsdien zal het Hof niet overgaan tot het stellen van prejudiciële vragen aan het HvJ EG.'[57]

De vraag of nog wel gesproken kan worden van de *acte clair*-uitzondering, kan natuurlijk ook gesteld worden in zaken waarin de adviseur van dit hoogste rechtscollege in zijn conclusie adviseert tot het stellen van prejudiciële vragen en de Hoge Raad een zaak eveneens afdoet op de *acte clair*-uitzondering.[58]

---

[57] Gerechtshof Amsterdam, 1 februari 2006, LJN AV1218, r.o. 5.24.

[58] Zie bijvoorbeeld Hoge Raad, 8 juli 2005, LJN AR8934, waarin advocaat-generaal Niessen primair concludeert dat artikel 1a Besluit gemeentelijke parkeerbelastingen, waardoor het in Rotterdam alleen mogelijk was om een parkeerkaartje met chipknip te betalen,

Het voorbeeld toont het risico aan dat bestaat wanneer inflatie van het begrip *acte clair* optreedt. In dit soort situaties is het wellicht wenselijker dat de Hoge Raad gebruik maakt van de *acte éclairé*-uitzondering, dus door verwijzing naar de precedenten uit de rechtspraak van het Hof van Justitie waarop het oordeel gebaseerd wordt.

> In het geval van hierboven genoemde kostenaftrekbeperking komt advocaat-generaal Wattel na analyse van de rechtspraak van het Hof van Justitie tot zijn oordeel en al bevindt 'de tussenhoudster zich in een andere lidstaat, over welk geval het HvJ EG zich strikt genomen nog niet heeft uitgelaten' leidt hij uit de bestaande jurisprudentie af dat er door de hele keten naar de vennootschap waar het uiteindelijk om gaat, moet worden gekeken.[59]

In een andere zaak waarover de Hoge Raad zich moest buigen, is het opvallend dat de *acte clair*-uitzondering wordt gebruikt voor een zaak met betrekking tot het vrijekapitaalverkeer op basis van uitleg van het Hof in een vestigingsvrijheid-zaak.[60] De Hoge Raad overweegt:

> 'Het is buiten redelijke twijfel dat zulks ook heeft te gelden wanneer, zoals in het onderhavige geval, sprake is van een minderheidsdeelneming en de toepassing van artikel 56 EG aan de orde is.'

Soms lijkt de rechter impliciet uit te gaan van een *acte clair*. Een voorbeeld geeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven:

> '6.5 Voorzover A heeft betoogd dat het reclameverbod van artikel 5, eerste lid, Tabakswet buiten toepassing dien te worden gelaten, omdat het strijdig is met het in artikel 28 en/of 43 van het EG-Verdrag neergelegde vrije verkeer van goederen en het vrije vestigingsrecht, is het College van oordeel dat – daargelaten of in de hier voorliggende gevallen wel intercommunautaire handel aan de orde is – het verbod op elke vorm van tabaksreclame de handel in tabaksproducten vanuit een verplaatsbaar tabaksverkooppunt niet in de weg staat. Het exploiteren van een dergelijk verkooppunt is, anders dan A meent, op zichzelf niet verboden, slechts het daarbij maken van reclame voor tabaksproducten – bijvoorbeeld door de aandachttrekkende vormgeving of uitvoering van zo'n verkooppunt – is niet toegestaan. Van een ongeoorloofde handelsbeperking is naar het oordeel van het College dan ook geen sprake.'[61]

Impliciete *acte clair* lijkt de Afdeling ook aan te nemen in een zaak rond het karakter en de eisen die gesteld kunnen worden aan de activiteiten als

neerkwam op indirecte discriminatie en niet gerechtvaardigd is en subsidiair concludeert dat de Hoge Raad zou moeten verwijzen naar het Hof van Justitie.

59 Conclusie AG Wattel bij Hoge Raad, 8 februari 2008, LJN AZ0890.

60 Hoge Raad, 30 november 2007, LJN AX7244, r.o. 3.5.

61 CBB, 16 september 2008, LJN BG1604.

zelfstandige in het kader van de vrijheid van vestiging die volgt uit artikel 41, eerste lid Aanvullend Protocol bij de Associatieovereenkomst tussen de Europese Economische Gemeenschap en de Republiek Turkije. Omdat een vreemdeling zich 'herhaaldelijk heeft begeven in de wereld van de handel in verdovende middelen, hetgeen tot verschillende langdurige gevangenisstraffen heeft geleid' oordeelde de rechtbank dat hij uitdrukkelijk afstand heeft genomen van zijn legale activiteiten als zelfstandige en omdat hij geen kenbare pogingen heeft ondernomen om weer als zodanig actief te worden, kan hij niet als zelfstandige in de zin van de Associatieovereenkomst worden aangemerkt. Daartegen komt de vreemdeling op bij de Afdeling. De Afdeling overweegt:

> '2.2.1 Uitgaande van de door de vreemdeling gestelde bedrijfsmatige activiteiten als zelfstandige op de legale arbeidsmarkt, overweegt de Afdeling dat deze slechts van betrekkelijk korte duur zijn geweest en in ieder geval medio 1994, dus geruime tijd vóór het nemen van het bij de rechtbank bestreden besluit, zijn beëindigd. Voorts is niet in geschil dat de vreemdeling zodanige activiteiten niet heeft hervat. Reeds op grond hiervan kan hij niet als zelfstandige in de zin van artikel 13 van Associatieovereenkomst worden aangemerkt. De rechtbank heeft derhalve terecht overwogen dat artikel 41, eerste lid, van het Protocol niet aan het besluit van 25 februari 2003 in de weg kan staan.
> De grief faalt.'[62]

Zonder dat aan de orde komt of verwijzing al dan niet noodzakelijk is, geeft de Afdeling haar oordeel. De vraag is of er een tijdsspanne aan de zelfstandigheid is verbonden. Betreft dit nu wel echt de situatie van een *acte clair*?

Als extreemste vorm van gebruik van de *acte clair*-uitzondering zou kunnen worden gewezen op de zaken waarin het beroep op het vrijedienstenverkeer of de vestigingsvrijheid bij de Hoge Raad wordt afgedaan in de sfeer van artikel 81 RO. In die gevallen blijft het zelfs impliciet dat de uitleg 'redelijkerwijs niet voor twijfel vatbaar is', de uitleg kennelijk dusdanig evident is dat verwijzing beslist niet nodig is en daarbij ook nog eens het beroep 'niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling'. Van dat laatste is sprake in bijvoorbeeld twee arresten van de Hoge Raad van 5 januari 2007.[63] Daarin gaat het om de Europeesrechtelijke houdbaarheid van het ontbreken van een vorm van een teruggaafregeling in de Wet BPM 1992. In de concrete zaken lijkt weliswaar eerder het zwaartepunt te liggen op goederenhandel dan sprake te zijn van diensten, volgens advocaat-generaal De Wit die in beide zaken concludeerde, maar dit betreft een terrein waarop nu niet direct gesteld kan worden dat alle rechtsvragen beantwoord zijn.

---

62 ABRvS, 2 februari 2005, JV 2005/130.

63 Hoge Raad, 5 januari 2007, LJN AU8958 en LJN AV0830.

Ook biedt de uitspraak *Betfair* bij de Hoge Raad een voorbeeld: het beroep op het vrijedienstenverkeer komt in de uitspraak in het geheel niet naar voren.[64] De beoordeling van het middel bestaat alleen uit het oordeel dat de aangevoerde klachten niet tot cassatie kunnen leiden. Wellicht komt dit omdat er sprake is van een beroep naar aanleiding van een oordeel in kort geding, zodat om die reden de Hoge Raad ook niet verplicht is tot het stellen van prejudiciële vragen. Toch is de aanpak opmerkelijk, gezien het feit dat de Hoge Raad later in de bodemprocedure *Lotto t. Ladbrokes* wel besluit prejudiciële vragen te stellen.[65]

Een laatste hier vermeldenswaardig voorbeeld biedt mijns inziens een procedure tussen de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit en onder meer het NVV (Nederlands Vakverbond van Varkenshouders). In dit geval heeft de Hoge Raad op 16 november 2001 geoordeeld dat er in de Wet herstructurering varkenshouderij (Whv) geen sprake was van een verboden invoerbeperking of van een verboden beperking van de vrijheid van vestiging.[66] Het eventuele stellen van prejudiciële vragen komt in dat arrest niet naar voren, maar het arrest van het Gerechtshof 's-Gravenhage wordt vernietigd om andere redenen en de zaak wordt verwezen naar het Gerechtshof Arnhem. Voor het Gerechtshof Arnhem komt het element met betrekking tot de vrijheid van vestiging niet meer expliciet aan de orde. NVV c.s. betogen echter wel dat de Europeesrechtelijke beoordeling door de Hoge Raad onjuist is en ten onrechte is nagelaten prejudiciële vragen te stellen.

Naar oordeel van NVV c.s. is, zoals samengevat door het Gerechtshof Arnhem, 'er geen sprake van een "acte clair", noch van een "acte éclairé", zodat de Hoge Raad verplicht was geweest prejudiciële vragen te stellen. Door dit niet te doen, is artikel 234 EG geschonden.'[67] Het arrest is interessant, omdat het Gerechtshof wel ingaat op het gebruik van de prejudiciële procedure:

> 3.4.15 Uit het voorgaande volgt dat er naar het oordeel van het hof geen omstandigheden zijn die meebrengen dat een dreigende schending van rechtstreeks werkende bepalingen van communautair recht het onaanvaardbaar maakt om vast te houden aan de door de Hoge Raad in het verwijzingsarrest gegeven rechtsoordelen inzake de verenigbaarheid van de Whv met het communautaire recht. Het hof ziet derhalve geen termen om prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie EG.'

64 Hoge Raad, 21 april 2006, LJN AV0641.

65 Hoge Raad, 21 april 2006, LJN AV0641. De Europeesrechtelijke dimensie komt aan de orde in de conclusie van advocaat-generaal Keus.

66 Hoge Raad, 16 november 2001, NJ 2002, 469, r.o. 5.3.3. en 5.3.4.

67 Gerechthof Arnhem, 29 augustus 2006, LJN AY7535, r.o. 3.4.8.

-*Voldoende duidelijkheid in de bestaande rechtspraak van het Hof van Justitie (toepassing vaste rechtspraak of de lijn in de rechtspraak is duidelijk)*
De toepassing van de *acte éclairé*-uitzondering is vaak impliciet: er wordt niet expliciet overwogen dat er sprake is van *acte éclairé,* maar uit de uitspraak van de Nederlandse rechter blijkt dan dat onder verwijzing naar de rechtspraak van het Hof van Justitie er voldoende duidelijkheid bestaat om de zaak zelf af te doen. Op deze manier benaderd, komt deze uitzondering op de verwijzingsplicht veelvuldig voor.

Een concreet voorbeeld geeft een arrest van de Hoge Raad waarin het arrest *Amurta* en *Denkavit* van het Hof van Justitie wordt gebruikt als leidraad voor de beoordeling van een naheffingsaanslag in de dividendbelasting tegen de achtergrond van de vestigingsvrijheid.[68]

Ook een stellig arrest van de Hoge Raad omtrent de afbakening tussen de vestgingsvrijheid en het vrijekapitaalverkeer in een zaak over de aftrekbaarheid van deelnemingskosten in verband met meerderheidsdeelnemingen in derde landen past in deze categorie.[69] Advocaat-generaal Wattel heeft in deze en een daaraan verbonden vergelijkbare zaak gezamenlijk geconcludeerd tot het stellen van prejudiciële vragen over de reikwijdte van het vrijekapitaalverkeer en de Associatieovereenkomst met Tsjechië.[70] De Hoge Raad kan de zaak echter afdoen door het feit dat naar zijn oordeel de vestigingsvrijheid van toepassing is en dat daardoor de vragen met betrekking tot het kapitaal niet relevant zijn.[71] Onder verwijzing naar verschillende arresten van het Hof van Justitie volgt deze lijn:

> 'Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen volgt dat de onderhavige aftrekuitsluiting deswege valt binnen de materiële werkingssfeer van de bepalingen van het EG-verdrag inzake de vrijheid van vestiging, en dat voor zover deze aftrekuitsuiting het in artikel 56 EG voorziene vrije verkeer kapitaal beperkt, die beperking een onvermijdelijk gevolg is van een eventuele belemmering van de vrijheid van vestiging. In zulk een geval rechtvaardigt volgens evenbedoelde rechtspraak die beperking niet dat de maatregel waaruit zij voortvloeit, wordt getoetst aan de artikelen 56 EG tot en met 58 EG, ook niet indien het betreft kapitaalverkeer met een land buiten de Europese Unie (vgl. HvJ EG 3 oktober 2006, Fidium Finanz, C-452/04, Jurispr. Blz. I-9521, HvJ EG 12 december 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation, C-446/06, BNB

[68] Hoge Raad, 8 augustus 2008, LJN BD1501.
[69] Hoge Raad,26 september 2008, LJN BF2266.
[70] Conclusie bij 26 september 2008, LJN BF2266 en LJN AZ4366 van 28 november 2006.
[71] In het andere hieraan gelieerde arrest in de zaak LJN AZ4366 uitgesproken op dezelfde dag gaat het om minderheidsdeelneming in de Tsjechische republiek, zodat het beroep op het vrijekapitaalverkeer wel succesvol is.

> 2007/130 en HvJ EG 13 maart 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, C-524/04, V-N 2007/15.9).' (r.o. 3.2.2, LJN BF2266.)

Terwijl advocaat-generaal Wattel zijn twijfels uit over het *acte clair*-gehalte van de stelling dat het vrijekapitaalverkeer betekenisloos is bij meerderheidsdeelnemingen in derde landen,[72] oordeelt de Hoge Raad dat de lijn in de jurisprudentie van het Hof van Justitie voldoende duidelijk is om niet te hoeven verwijzen en dus de zaak op basis van de *acte éclairé*-uitzondering af doet.

Interessant genoeg beargumenteert de Hoge Raad dat met een eigen oordeel in expliciete reactie op suggesties in de literatuur:

> '3.2.4. Uit verschillende arresten van het Hof van Justitie waarin is vastgesteld dat een bepaalde nationale regeling, gelet op haar voorwerp, zowel onder artikel 43 EG als onder artikel 56 EG kan vallen, is in de literatuur wel afgeleid dat in een concreet geval van samenloop van een belemmering van de vrijheid van vestiging en een belemmering van de vrijheid van kapitaalverkeer, in afwijking van het hiervoor in 3.2.2 overwogene wel een beroep kan worden gedaan op artikel 56 EG indien de nationale regeling waaruit de belemmering voortvloeit zowel gevallen van vestiging als gevallen van (alleen) kapitaalverkeer bestrijkt. De Hoge Raad onderschrijft deze gevolgtrekking niet. Indien een nationale regeling zowel onder artikel 43 EG als onder artikel 56 EG valt, vindt dit zijn oorzaak in het feit dat de concrete gevallen waarop die regeling toepasbaar is, door hun onderlinge verschillen onder verschillende artikelen van het EG-verdrag kunnen vallen. Hieruit volgt derhalve niet dat in een concreet geval ook diezelfde verschillende verdragsbepalingen van toepassing kunnen zijn (vgl. HvJ EG 26 juni 2008, Burda, C-284/06, punten 71 en 72, NTFR 2008/1325). Evenmin volgt daaruit dat wegens de reikwijdte van de nationale regeling niet meer zou opgaan dat in het concrete geval de beperking van de vrijheid van kapitaalverkeer het omvermijdelijke gevolg is van een belemmering van de vrijheid van vestiging. De Hoge Raad heeft in de te dezen van belang zijnde arresten van het Hof van Justitie ook overigens geen aanwijzing kunnen vinden die de veronderstelling kan voeden dat het Hof van Justitie het toepassingsbereik van artikel 56 EG afhankelijk heeft willen maken van de keuze van de nationale wetgever om gevallen die onder artikel 43 EG vallen, en gevallen die (alleen) onder artikel 56 EG vallen, al dan niet op te nemen in een en dezelfde nationale regeling.'

Daaruit volgt dat de cassatieklachten falen en de zaak is afgedaan. De Hoge Raad spreekt verder met geen woord over al dan niet prejudicieel verwijzen. Dat daar geen noodzaak toe bestaat, blijkt, zoals veel vaker, impliciet uit het arrest.

Duidelijk wordt dat de rechtspraak van het Hof van Justitie de nodige manoeuvreerruimte biedt. Met de jurisprudentie van het Hof van Justitie is creatief om te gaan. Met andere woorden, het hoeft helemaal niet te betekenen

[72] Conclusie advocaat-generaal, overweging 4.6.

dat het bestaan van *acte éclairé* ertoe leidt dat de uitkomst voorspelbaar of steeds dezelfde is. De rechtspraak van het Hof van Justitie biedt manoeuvreerruimte om in het licht van de stand van de jurisprudentie van het Hof van Justitie tot verschillende oordelen te komen. Veel hangt af van de selectie van rechtspraak van het Hof van Justitie die voor de beslechting van het geschil wordt gebruikt.

Een voorbeeld biedt het oordeel van de Afdeling bestuursrechtspraak in de zaak *CFR*. Daarin gaat het om het Nederlandse éénvergunningstelsel voor casino's. De conclusie van de Afdeling is dat het

> 'in de procedure onvoldoende aannemelijk is geworden dat de beperking, die artikel 27h, eerste lid, van de Wok vormt op de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten, *in het licht van de stand van de jurisprudentie van het Hof,* niet gerechtvaardigd zou zijn.'[73] (cursivering HVH.)

Hieruit lijkt impliciet te volgen dat er voldoende duidelijkheid bestaat in de huidige jurisprudentie van het Hof van Justitie. In de zaak *Schindler*, die bij de Afdeling iets later is uitgesproken, namelijk op 18 juli 2007, dient dezelfde jurisprudentie als toetsingskader voor de vraag of de afwijzing van een vergunning voor het organiseren van een goededoelenloterij de toets aan het Europees recht kan doorstaan.[74] Interessant is dat dan dezelfde jurisprudentie een basis vormt om een besluit van de minister van Justitie te vernietigen wegens strijd met het Europese evenredigheidsbeginsel:

> 'Ter zitting heeft de Minister bevestigd dat thans bij de verlening van deze vergunningen, noch bij de elders in de wet geregelde vergunningen voor kansspelen, die met uitzondering van die voor de staatsloterij en casinospelen eveneens telkens voor een periode van vijf jaar worden verleend, enige vorm van aanbesteding plaatsvindt. Dit kan, *in het licht van de in de jurisprudentie van het Hof gestelde eisen van geschiktheid en proportionaliteit,* zoals verwoord in de arresten […] en […], niet worden gerechtvaardigd door de verwijzing naar het belang van greep op de markt, nu dit belang voldoende wordt gediend door de vergunningverlening aan objectieve criteria te binden, waarbij elke potentiële aanbieder op dezelfde voorwaarden naar het verkrijgen daarvan kan meedingen.' (r.o. 2.5.8., cursivering HVH.)

Soms ondersteunt de Nederlandse rechter een bepaalde lijn van het Hof van Justitie, waar andere lijnen tegenover staan. Denk in dit kader aan de afbakening van de werkingssfeer tussen de vrijheden die in hoofdstuk 3 naar voren kwam.

---

73 ABRvS, 14 maart 2007, LJN BA0670.

74 ABRvS, 18 juli 2007, LJN BA9831.

De selectie van gehanteerde Europeesrechtelijke jurisprudentie door de Nederlandse rechter is soms te beperkt, zodat er een op accenten andere beoordeling plaatsvindt. In dit kader is de jurisprudentie van de Afdeling met betrekking tot de Wet arbeid vreemdelingen in het licht van het vrijedienstenverkeer en de vestigingsvrijheid een beeldend voorbeeld. In een eerste reeks van uitspraken van de Afdeling werd, uit de uitspraak af te lezen, kennelijk alleen gebruik gemaakt van het arrest *Rush Portuguesa*.[75] Alleen van dat arrest werden rechtsoverwegingen gebruikt om de zaken via de impliciete *acte éclairé*-uitzondering af te doen. Sinds een uitspraak van 30 januari 2008 wordt ook de jurisprudentieontwikkeling na het *Rush Portuguesa*-arrest uit 1990 meegenomen.[76] Op deze verschuiving wordt in het kader van het volgende hoofdstuk nog stilgestaan.

In sommige gevallen is het opmerkelijk dat de Nederlandse rechter zich baseert op een ander arrest van het Hof van Justitie, dan voor de hand lag. Zo'n voorbeeld wordt gegeven door een arrest van de strafkamer van de Hoge Raad met betrekking tot *cold calling* van Nederlandse consumenten door twee Duitse financiële dienstverleners.[77] De Hoge Raad casseert dit geval onder verwijzing naar het arrest *Säger*,[78] omdat het Gerechtshof onvoldoende motiveert waarom de belemmering van het vrijedienstenverkeer gerechtvaardigd is. Voor de hand had gelegen dat de Hoge Raad in dit verband gebruikt had gemaakt van het arrest *Alpine Investments*.[79] Voor de materiële uitkomst van het oordeel had het waarschijnlijk overigens weinig uitgemaakt. Het voorbeeld geeft wel de manoeuvreerruimte van de nationale rechter met betrekking tot de *acte éclairé*-uitzondering beeldend weer.

De Centrale Raad van Beroep lijkt ook een *acte éclairé* te hanteren wanneer de Raad oordeelt in een procedure over de weigering van het verlenen van studiefinanciering voor een masteropleiding natuurkunde in het Verenigd Koninkrijk. De Centrale Raad van Beroep komt tot de conclusie dat er geen onderscheid bestaat dat 'in verband met het verbod op discriminatie niet is toegestaan' en dat het door een student aangevoerde *Morgan*-arrest op zijn situatie niet van toepassing is. Eventuele verwijzing naar het Hof van Justitie komt verder niet aan de orde.[80] In een ander geval rond vergelijkbare materie die in hetzelfde jaar een maand later is uitgesproken, acht de Centrale Raad van

75 Zaak 113/89, *Rush Portuguesa*.
76 ABRvS, 30 januari 2008, LJN BC3078. In zelfde zin de noot van Tjebbes JV 2008/134.
77 Hoge Raad, 2 februari 1999, NJ 1999, 554.
78 Zaak C-76/90, *Säger*.
79 Zaak C-384/93, *Alpine investments*.
80 Centrale Raad van Beroep, 20 juni 2008, LJN BD7492.

Beroep voor een belemmering op het vrijedienstenverkeer onvoldoende rechtvaardiging aanwezig en wordt de zaak zelfstandig afgedaan zonder dat vraag naar eventuele verwijzing naar het Hof van Justitie aan de orde komt.[81]

Ook in de grensoverschrijdende zorgzaken is het zeker geen automatisme om overwegingen te wijden aan eventueel verwijzen. In een procedure over de vergoeding van een icsi/mesa-behandeling in België, is naar oordeel van de Centrale Raad van Beroep duidelijk dat er 'ten tijde van belang voor ziekenfondsverzekerden geen (pseudo-)aanspraak op vergoeding van een icsi/mesa-behandeling' is. De behandeling viel niet binnen de in Nederland gegarandeerde dekking van de geregelde ziektekostenverzekering, zodat er, tegen de achtergrond van het arrest C-385/99, *Müller/Fauré*, naar het oordeel van de Centrale Raad van Beroep geen sprake is van het bemoeilijken van het verrichten van diensten tussen de lidstaten en er dus geen belemmering van het vrij verkeer van diensten is.[82]

Eerder passeerde in hoofdstuk 3 de uitspraak van het College van de Beroep voor het bedrijfsleven inzake de Regeling eenmalig bedrag landelijke commerciële radio-omroepen.[83] De beperking in het meedingen naar een vergunning was gesteld, noch gebleken, zodat van strijdigheid met het vrijedienstenverkeer geen sprake kon zijn in het licht van het arrest *Mobistar* van het Hof van Justitie.[84]

-Nationale precedenten die aanleiding geven om de kwestie niet (nog eens) aan het Hof van Justitie voor te leggen

Deze uitzondering komt ook met regelmaat voor en bij dit thema staan we in het volgende hoofdstuk nog uitgebreid stil. Op deze plaats laat ik het bij een kenmerkend voorbeeld, gevormd door de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak over de Wet arbeid vreemdelingen tegen de achtergrond van de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer. Het is opmerkelijk dat in die rechtspraak de vraag van eventueel verwijzen nauwelijks of niet naar voren komt, terwijl dit toch ook rechtspraak in laatste instantie is.[85] De verhouding tussen de Wet arbeid vreemdelingen en het vrijedienstenverkeer en/of de

81 Centrale Raad van Beroep, 22 juli 2008, LJN BD8764 en LJN BD8765.
82 Centrale Raad van Beroep, 14 februari 2007, LJN AZ9694.
83 CBB, 4 april 2007, LJN BA2169.
84 Zaak C-544/03, *Mobistar*.
85 Zie bijvoorbeeld ABRvS, 23 april 2008, LJN BD0232, ABRvS, 23 april 2008, LJN BD0352, ABRvS, 29 april 2008, LJN BD0784, ABRvS, 28 mei 2008, LJN BD2642, ABRvS, 23 juli 2008, LJN BD8360, ABRvS, 6 augustus 2008, LJN BD9459, ABRvS, 6 augustus 2008, LJN BD9469, ABRvS, 6 augustus 2008, LJN BD9458, ABRvS, 5 september 2007, LJN BB2923.

vestigingsvrijheid is geen reden geweest om te verwijzen naar het Hof van Justitie.

In dit verband wil ik eveneens wijzen op het arrest *Albany* bij de Hoge Raad,[86] dat hierboven aan de orde kwam. Daarin spelen eerdere uitspraken van de Hoge Raad een rol van betekenis in het besluit om niet te verwijzen. In navolging van zijn arresten in de *Van Schijndel*-zaak[87] en de zaak *Drijvende bokken*[88] viel het

> 'redelijkerwijs niet […] te betwijfelen dat in het onderhavige geval niet mede sprake is van beperkingen van deze vrijheden.
> Daarmee is gezegd dat, zo in zaken als de onderhavige sprake is van onverenigbaarheid van de nationale regeling met het EG-Verdrag, het wezenlijke kenmerk daarvan ligt binnen het toepassingsgebied van de art. 101, 102 en 106 VWEU, en dat derhalve vragen op het stuk van de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverlening overbodig zijn.'

Tegelijkertijd bestaan er overigens juist ook nationale precedenten waarin al naar het Hof van Justitie wordt verwezen, die een argument vormen om deze zaak eveneens te verwijzen.[89]

-*Varia*
Ten slotte kunnen er natuurlijk andere redenen zijn waarom met name een hoogste rechter besluit om niet te verwijzen.

Soms is er sprake van een interne situatie, zodat de toepassing van het vrijedienstenverkeer niet voor de hand ligt en daarom verwijzing achterwege kan blijven. Dit vindt bijvoorbeeld plaats in de uitspraak van de Hoge Raad over de wettelijke maximumleeftijd van een lid van de Raad van Commissarissen van een Nederlandse vennootschap tegen de achtergrond van het vrijedienstenverkeer.[90] De Hoge Raad beslist op het Europeesrechtelijke beroep onder verwijzing naar twee uitspraken van het Hof van Justitie, *Société générale de banque* en *Debauve,* dat een beroep op het vrijedienstenverkeer niet openstaat in een interne situatie en lost de rechtsvraag dus in wezen op via de weg van de *acte éclairé*.[91] In dit geval een logische aanpak, want er is inderdaad evident sprake van een puur interne situatie.

---

86 Hoge Raad, 5 februari 1999, NJ 2000, 451.
87 Hoge Raad, NJ 1994/94.
88 Hoge Raad, 6 juni 1997, NJ 2000, 232.
89 Bijvoorbeeld: ABRvS, 14 mei 2008, LJN BD1483, Hoge Raad, 13 juni 2008, LJN BC8970.
90 Hoge Raad, 8 mei 1998, NJ 1998, 496.
91 Zaak 15/78, *Société générale de banque,* zaak 52/79, *Debauve.*

Tegelijkertijd – en dit gaat in wezen op voor elke Europeesrechtelijke uitspraak die niet wordt verwezen – wordt aan het Hof van Justitie een kans onthouden om de rechtspraak met betrekking tot de werking van het vrijedienstenverkeer in interne situaties verder te verduidelijken. In het licht van jaren later gewezen arresten, zoals bijvoorbeeld in een arrest als *Coname,* lijkt de duidelijkheid inmiddels niet meer zo duidelijk te zijn als de Hoge Raad suggereert.[92]

In de zaak *Rotterdamse parkeerboete* concludeert advocaat-generaal Niessen primair dat er strijdigheid met het Europees recht bestaat en adviseert subsidiair om de kwestie voor te leggen aan het Hof van Justitie.[93] In dit geval gaat het om een parkeerboete van een Engelse consultant die niet zonder een chipknip haar parkeerkaartje kon kopen. De Hoge Raad gaat niet mee met het oordeel van AG Niessen en stelt dat er een toereikend alternatief voor een rekeninggebonden chipkaart bestond, een oplaadbare niet-rekeninggebonden chipkaart. Daarom:

> 'kan niet worden gezegd dat het Voorschrift in strijd is met het gemeenschapsrecht. Daarvoor is ook onvoldoende dat aan dit alternatief enige kosten verbonden zijn. Het gaat hier om een bescheiden bedrag (€ 2,50) dat noch onevenredig is aan de kosten van het bieden van de voorziening noch een wezenlijke belemmering opwerpt voor het gebruik ervan.
> Daar komt nog het volgende bij. Blijkens de Nota van Toelichting op artikel 1a van het Besluit is de regeling ingevoerd in verband met problemen van diefstal uit en vernieling van muntautomaten en gevallen van grootschalige fraude rondom de afhandeling van contante kasstromen. Aldus is de regeling mede gericht op het terugdringen van criminaliteit en van de daaruit voortvloeiende overlast voor het publiek vanwege niet functionerende parkeerautomaten. Voor zover al door het Voorschrift een relevante belemmering zou worden opgeworpen voor onderdanen van andere lidstaten, wordt zulks in ieder geval gerechtvaardigd door de zojuist vermelde dwingende redenen van openbaar belang.'[94]

De Hoge Raad creeërt hier een categorie van een 'relevante belemmering', die door het Hof van Justitie nog nooit is aangenomen; op het subsidiare verzoek van advocaat-generaal Niessen wordt in het geheel niet ingegaan.

Vanzelfsprekend leent ook niet ieder geschil zich voor de prejudiciële verwijzing. Het is voorstelbaar dat niet ieder geschil de vertraging die met verwijzing gepaard gaat, aan kan. Voorbeelden daarvan komen overigens niet heel expliciet naar voren in de voor dit boek onderzochte Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak, al adviseert de advocaat-generaal bij de Hoge Raad weleens dat verwijzing 'niet opportuun' is en oordeelt een kantonrechter van de rechtbank Breda dat via een prejudiciële verwijzing de spoedige en

92 Zaak C-231/03, *Coname*.
93 Hoge Raad, 8 juli 2005, LJN AR8934.
94 R.o. 3.6.

onvoorwaardelijke ontbinding van een arbeidsovereenkomst illusoir wordt. Kennelijk zijn kwesties met betrekking tot de economische vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer niet snel levensbepalend of zeer spoedeisend.

B De rechter verwijst

Hoewel de prejudiciële verwijzing uitzonderlijk lijkt te zijn in de onderzochte Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak, lijkt tegelijkertijd de rechtsontwikkeling wat betreft de interpretatie van de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer toch nog niet uitontwikkeld te zijn: in de afgelopen jaren zijn er meerdere verwijzingen van Nederlandse rechters over deze vrijheden geweest. Ook de implementatie en reikwijdte van de dienstenrichtlijn zal eraan bijdragen dat er voorlopig nog wel voldoende redenen zullen zijn om op dit terrein in voorkomend geval de noodzaak aanwezig te achten om prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie.

De reden om te verwijzen is erg zaakafhankelijk. Meer nog dan de formele uitzonderingen op de verwijzingsplicht lijken andere overwegingen een rol te spelen, hoewel een verwijzing in de regel wel wordt ingekleed in de formele bewoordingen dat voorlichting door het Hof van Justitie noodzakelijk is.

In de verwijzing door de Afdeling in de zaak *Betfair* lijkt de Afdeling bijvoorbeeld de belangrijkste aanleiding te zien in de standpunten van de partijen:

> '2.9 Zoals hierna zal worden toegelicht, ziet de Afdeling *in de stellingen van partijen aanleiding* op grond van artikel 234 van het EG-Verdrag aan het Hof van Justitie drie prejudiciële vragen te stellen.' [Curs. HVH][95]

Tegelijkertijd merkt de Afdeling verderop in de uitspraak op:

> 'Om elke twijfel uit te sluiten ziet de Afdeling aanleiding de volgende prejudiciële vraag te stellen, waarbij de Afdeling opmerkt dat het haar bekend is dat Duitse Verwaltungsgerichte in de gevoegde zaken C-316/07, C-358/07, C-360/07, C-409/07 en C-410/07, Markus Stoss en anderen, een vraag aan het Hof van Justitie hebben voorgelegd over de wederzijdse erkenning in de sector sportweddenschappen.'

En vervolgens:

> '2.20.2 Deze overweging 67 [bedoeld wordt rechtsoverweging 67 van het arrest Gambelli, HVH] geeft geen antwoord op de vraag of verlenging van de vergunning

95 ABRvS, 14 mei 2008, LJN BD1483.

> van de bestaande vergunninghouder zonder dat potentiële gegadigden de kans krijgen mee te dingen naar deze vergunning een geschikt en proportioneel middel is ter realisering van dwingende redenen van algemeen belang. Nu de Afdeling geen uitspraken van het Hof van Justitie bekend zijn die ingaan op deze vraag, ziet de Afdeling zich genoodzaakt de volgende prejudiciële vraag te stellen:'

Bestond er kennelijk in de zaak *Schindler* bij de Afdeling voldoende duidelijkheid in de jurisprudentie van het Hof van Justitie, ook over het feit dat vergunningverlening zonder enige vorm van aanbesteding niet zou voldoen aan de eisen van geschiktheid en proportionaliteit,[96] in de zaak Betfair ziet de Afdeling zich *genoodzaakt* om verzoeken om uitleg aan het Hof van Justitie voor te leggen.[97] Zo kan de visie van de nationale rechter, ongetwijfeld aan de hand van wat partijen te berde brengen en de feiten en omstandigheden van het geschil, evolueren in opvatting.

De primaire reden van de Hoge Raad om te verwijzen naar het Hof van Justitie in de cassatieprocedure *Ladbrokes t. Lotto* lijkt ook gelegen in de stellingen van partijen:

> '3.6.2. De hiertegen gerichte onderdelen van het middel stellen in enkele opzichten vragen van uitleg van het gemeenschapsrecht aan de orde die zich ertoe lenen op de voet van art. 234 aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen te worden voorgelegd. Daarbij gaat het ten dele om kwesties waarvan niet kan worden gezegd dat zij eerder voorwerp zijn geweest van prejudiciële vraagstelling of dat uit eerdere arresten van het Hof van Justitie buiten gerede twijfel kan worden afgeleid hoe het gemeenschapsrecht moet worden uitgelegd.'[98]

En ook hierop volgt in het arrest het gegeven dat het bekend is voor de Hoge Raad dat rechters uit andere lidstaten en de Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State op 14 mei 2008 prejudiciële vragen over deze materie hebben gesteld. In de toelichting van de derde prejudiciële vraag wordt zelfs gesteld:

> '3.6.6. Wat de derde vraag betreft, wordt opgemerkt dat deze overeenstemt met de (eerste) vraag die in een andere context door de Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State in haar uitspraak van 14 mei 2008 is gesteld.'

Interessant is de verwijzing van de Afdeling en de Hoge Raad naar prejudiciële verwijzingen van andere nationale rechters. Dit is een recente typerende ontwikkeling. Anders gezegd: het bestaan van een nationale precedent waarin

---

96 ABRvS, 18 juli 2007, LJN BA9831.

97 Overigens werd een eerdere zijdelingse procedure bij de Hoge Raad door Betfair geinitieerd afgedaan als artikel 81 Ro zaak. Betrof het een procesprobleem of een andere houding van de nationale rechter?

98 Hoge Raad, 13 juni 2008, LJN BC8970.

wordt verwezen naar het Hof van Justitie voor prejudiciële uitleg, ondersteunt in deze gevallen dus een nieuwe prejudiciële verwijzing.

Soms lijkt de verwijzer het antwoord zelf al te weten, maar verwijst 'toch maar' om een antwoord van het Hof van Justitie over de materie te ontvangen. Een voorbeeld daarvan is het verwijzingsarrest over de verlengde navorderingstermijn van 12 jaar voor buitenlandse spaartegoeden in artikel 16 lid 4 Awr. In het arrest van de Hoge Raad valt te lezen:

> '3.12 Hoewel er derhalve goede argumenten lijken te zijn om de toepassing van artikel 16, lid 4, van de AWR in gevallen als het onderhavige verenigbaar te achten met het gemeenschapsrecht, is niet boven redelijke twijfel verheven dat zich hier geen strijd met het gemeenschapsrecht voordoet. De Hoge Raad zal daarom op de voet van artikel 234 EG het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen verzoeken om een prejudiciële beslissing inzake de hierna onder 4 te vermelden vraag.'[99]

De verwijzingsarresten van de Hoge Raad bieden desalniettemin voor de rechtbank 's-Gravenhage voldoende beoordeling om zelfstandig te concluderen dat wachten op het prejudiciële antwoord niet noodzakelijk is om te besluiten dat voor de belemmering van het vrijediensten- of kapitaalverkeer een toereikende rechtvaardigingsgrond bestaat.[100]

Tegelijkertijd kan zo'n verwijzingsarrest een reden zijn om een beroep te splitsen. Dat blijkt uit een uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam:

> 'Ter zitting van 20 oktober 2008 heeft het Hof aan partijen meegedeeld dat in verband met door de Hoge Raad gestelde vragen, zoals verwoord in zijn arrest met rolnummer 43.050 van 21 maart 2008, gepubliceerd op www.rechtspraak.nl onder LJN BA8179, aan het Hof van Justitie over de toepassing van artikel 16 lid 4 Awr, is besloten het beroep te splitsen in enerzijds een beroep inzake navorderingsaanslagen die zijn opgelegd met toepassing van artikel 16, lid 4, AWR en anderzijds een beroep inzake navorderingsaanslagen die zijn opgelegd met toepassing van artikel 16, lid 3, AWR.'[101]

Na het prejudiciële antwoord van het Hof van Justitie werd de splitsing vervolgens echter weer ongedaan gemaakt:

---

99 Hoge Raad, 21 maart 2008, LJN BC7249. In de zogeheten KBLux-zaak heeft de Hoge Raad op dezelfde datum eveneens prejudicieel verwezen, met gebruikmaking van dezelfde zinsnede, Hoge Raad, 21 maart 2008, LJN BA8179. Bij deze laatste zaak concludeerde advocaat-generaal Wattel ook tot het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie.

100 Rechtbank 's-Gravenhage, 20 mei 2009, LJN BI6310, r.o. 4.7-4.8.

101 Gerechtshof Amsterdam, 8 oktober 2009, LJN BK0067, r.o. 1.11.

> 'Gelet op het antwoord van het Hof van Justitie op deze vragen, zoals verwoord in het arrest van 11 juni 2009 onder nummer C-155/08 en C-157/08, LJN BI8987, ziet het Hof reden van dit besluit terug te komen.' [102]

Het zijn de laatste jaren, op het beperkte onderzoeksterrein van deze studie, vaker hoogste rechters die prejudicieel verwijzen dan lagere rechters. We zouden dat kunnen plaatsen in het licht van de verwijzingsplicht. Maar een dergelijke verklaring komt mij gezien het overzicht over de zaken wat onbevredigend over. Mag het Hof van Justitie het dwingende karakter van de verwijzingsplicht dan al benadrukken, uit de Nederlandse praktijk komt mijns inziens een beeld naar voren dat de verwijzingsplicht, omdat deze direct samenhangt met het oordeel omtrent de noodzakelijkheid van de rechtsvraag voor het geschil, veel minder dwingend wordt opgevat. Als mij iets duidelijk is geworden, dan is het wel dat de verwijzingsplicht in de praktijk geen wet van Meden en Perzen is.

Een mooi voorbeeld geeft de conclusie van advocaat-generaal Keus in de zaak *Ladbrokes t. Lotto*. Hij stelt eerst voorop dat 'in de onderhavige (bodem)procedure voor de Hoge Raad niet slechts een bevoegdheid, maar ook een verplichting tot prejudiciële verwijzing geldt, voor zover redelijke twijfel over de beantwoording van een daarin opgeworpen vraag van gemeenschapsrecht zou bestaan', om vervolgens dat wat nader toe te lichten en precies het spanningsveld weer te geven:

> '4.3 De vraag of het stellen van prejudiciële en voor de beslissing van het geschil relevante vragen *vanwege een voldoende twijfel* over de beantwoording daarvan is aangewezen, is niet steeds eenvoudig te beantwoorden. De nationale rechter moet in dat verband zijn weg vinden tussen enerzijds de in de rechtspraak van het HvJ EG streng geformuleerde verwijzingsplicht en anderzijds de wens het HvJ EG niet onnodig (verder) te belasten en de nationale procedure *niet zonder voldoende zwaarwegende redenen* aanzienlijk te vertragen. Een gezichtspunt in verband met dat laatste is voorts dat aanhangige prejudiciële procedures tot rechtsonzekerheid kunnen leiden en dat zij in de praktijk de rechtshandhaving kunnen verlammen, zoals in de jaren 80 van de vorige eeuw in verband met de visserijquoteringsregelingen het geval was.' [103] (cursivering HVH.)

Het gebruik van de woorden 'voldoende twijfel', en 'voldoende zwaarwegende redenen' suggereert mijns inziens een andere positie en benadering ten aanzien van de prejudiciële verwijzingsplicht: eerder 'nee, tenzij', in plaats van 'ja, mits'.

---

102 Gerechtshof Amsterdam, 8 oktober 2009, LJN BK0067, r.o. 1.11.

103 Conclusie bij Hoge Raad, 13 juni 2008, LJN BC8970.

Soms lijkt de prejudiciële vraagstelling echter volkomen vanzelfsprekend te zijn. In een procedure bij de Hoge Raad over de weigering van een grensoverschrijdende fiscale eenheid tegen de achtergrond van de vestigingsvrijheid, suggereert advocaat-generaal Wattel een viertal prejudiciële vragen te stellen, omdat de zaak een kans biedt om het arrest *Marks & Spencer II* te verduidelijken. De Hoge Raad schrijft de beoordeling van het middel vrijwel volledig af: er is sprake van een beperking, maar ingevolgde het arrest *Marks & Spencer II* bestaan er rechtvaardigingsgronden en mogelijke gesignaleerde bezwaren zou de Nederlandse wetgever kunnen ondervangen. Maar:

> 'De vraag rijst echter of het gemeenschapsrecht ertoe noopt dat die weg wordt ingeslagen. Indien het uitgangspunt moet zijn dat hoe dan ook de optie van opname in een fiscale eenheid gelijkelijk dient open te staan voor binnenlandse en buitenlandse vennootschappen, ligt een bevestigend antwoord in de rede. De juistheid van vorenbedoeld uitgangspunt staat nu echter juist ter discussie. Enerzijds lijkt het gemeenschapsrecht niet te verlangen dat beperkingen van de vrijheid van vestiging die het gevolg zijn van de omstandigheid dat lidstaten op belastinggebied soeverein zijn en verschillende belastingstelsels kennen, door een bepaalde lidstaat worden opgeheven. Anderzijds sluit de eventuele omstandigheid dat Nederland niet is gehouden een grensoverschrijdende fiscale eenheid toe te staan niet uit dat sommige voordelen die Nederlandse in een fiscale eenheid gevoegde venootschappen kunnen genieten, zoals horizontale verliescompensatie, ook moeten worden toegekend aan een Nederlandse moedervennootschap met een buitenlandse dochtervennootschap, namelijk indien het onthouden van die voordelen een achterstelling oplevert die niet wordt gedekt door rechtvaardigingsgronden als genoemd in het arrest Marks & Spencer II.'[104]

En de conclusie is: '3.8 Aangezien het hier een vraag betreft van uitlegging van communautair recht, zal de Hoge Raad op de voet van artikel 234 EG aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen verzoeken om een prejudiciële beslissing.'[105]

Stelde advocaat-generaal Wattel vier vragen voor, de Hoge Raad neemt genoegen met één vraag:

> 'Moet artikel 49 VWEU in verbinding met artikel 54 VWEU aldus worden uitgelegd dat dit artikel eraan in de weg staat dat een nationale regeling van een lidstaat zoals omschreven in onderdeel 3.4. van dit arrest, volgens welke regeling een moedervennootschap en haar dochtervennootschap ervoor kunnen kiezen dat de belasting van hen wordt geheven bij de in die lidstaat gevestigde moedervennootschap alsof er één belastingplichtige is, die keuzemogelijkheid

104 Hoge Raad, 11 juli 2008, LJN BB3444

105 Eenzelfde aanpak vinden we in verwijzingsarrest Hoge Raad, 12 september 2009, LJN BB6415.

> voorbehoudt aan venootschappen die voor de belasting van hun winst zijn onderworpen aan de fiscale jurisdictie van de betrokken lidstaat?'

Het voorbeeld maakt duidelijk dat de rechter soms doelbewust een bepaalde afgebakende kwestie aan het Hof van Justitie wil voorleggen. Een belangrijk deel van de analyse verricht de Hoge Raad zelf, maar op een specifiek element lijkt de Hoge Raad bewust het recht door het Hof van Justitie te willen laten verduidelijken.

In het verlengde van dit soort afgebakende vragen liggen verwijzingen in gevallen waarin misschien naar de bekende weg wordt gevraagd. Het Hof van Justitie wordt bijvoorbeeld bij prejudiciële verwijzing om een evenredigheidstoetsing gevraagd die passender door de nationale rechter zelf kan worden uitgevoerd.

> In wezen komen de verwijzingen in de zaken over de verlengde navorderingstermijn voor buitenlandse spaartegoeden daar op neer. [106]

Ook kan worden gewezen op zaken waarin de mogelijke doorwerking van het Europees recht op een gevoelig en nationaal beladen beleidsterrein aan de orde is. De kwestie wordt dan voorgelegd aan het Hof van Justitie zonder dat de rechter zelf in lijn met de eerdere rechtspraak van het Hof van Justitie tot een zelfstandig eindoordeel komt. Een treffend voorbeeld biedt in dit verband de prejudiciële verwijzing van de Afdeling in de zaak *Josemans*.[107] Met zo'n verwijzing is op zichzelf natuurlijk niets mis. Het behoort immers tot de blijvende autonome bevoegdheid van een nationale rechterlijke instantie om, als hij dat noodzakelijk acht voor de beslechting van het geschil, te besluiten een kwestie voor te leggen aan het Hof van Justitie. Als de rechter dit noodzakelijk acht, en één van de partijen of beide partijen verwijzing ook wenselijk achten, worden er dan niet spijkers op laag water gezocht wanneer we daar kritisch ten opzichte van zouden staan? Dat gesteld hebbende, ontslaat het de nationale rechter er toch ook niet van om bij dit soort zaken een eigen verantwoordelijkheid te nemen.

In dat licht kan de strikte *Cilfit*-doctrine als boemerang op het Hof van Justitie afkomen: een nationale rechter doet nooit iets verkeerd door de zaak aan het Hof van Justitie voor te leggen. Voor de vragen geldt een 'vermoeden van relevantie'. Zo kan de nationale rechter zich strategisch verschuilen achter de

106 Hoge Raad, 21 maart 2008, LJN BA8179 en LJN BC7249.

107 ABRvS 8 april 2009, LJN BI0424 (Josemans). Het gaat in deze zaak in de kern om de Europeesrechtelijke houdbaarheid van een woonlandbeginsel voor de toegang tot coffeeshops in Maastricht.

verwijzingsplicht om de gordiaanse knoop in 'hard cases' bij het Hof van Justitie te leggen. Anders verwoord: soms lijkt het erop dat de Nederlandse rechter te behoedzaam met zijn verwijzingsplicht om gaat. In dat geval brengt de Nederlandse rechter vragen naar het Hof van Justitie die bij de stand van het Europees recht in wezen ook door nationale rechters zelf kunnen worden afgedaan. Moeten vragen met betrekking tot het evenredigheidsbeginsel wel door het Hof van Justitie worden opgelost? Ligt het niet veel meer voor de hand om dat, gezien de aard van de toetsing, zelf op te lossen? Om 'zeker te weten', stelt de nationale rechter vragen in gevallen die misschien even goed zelf kunnen worden berecht.

Hoe stelt de vraagsteller zijn vraag?
De nationale rechter draagt de verantwoordelijkheid voor de formulering van de vraag. Ook daarin zit een krachtig element van autonomie verscholen. De nationale rechter bij wie het geschil omgaat, bepaalt over welke aspecten voorlichting door het Hof van Justitie wenselijk is. Belangrijk is natuurlijk de manier waarop de vragen gesteld worden; ze moeten wel een verband hebben met het geding. Sinds 1999 spreekt de jurisprudentie van het Hof van Justitie in dit verband van een 'vermoeden van relevantie': het Hof van Justitie acht zichzelf om op de vraag te beantwoorden, tenzij

> 'de gevraagde uitlegging van het gemeenschapsrecht geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, of wanneer het vraagstuk van hypothetische aard is en 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.'[108]

Komt het tot een prejudiciële beslissing van het Hof van Justitie, dan is de ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen tegenwoordig vrijwel altijd een gegeven.

In recente verwijzingen van de Afdeling valt een stapsgewijze opbouw van de prejudiciële vragen waar te nemen. De Afdeling motiveert per vraag waarom deze gesteld wordt en wat het vraagpunt is. Een voorbeeld biedt de verwijzingsuitspraak in de zaak *Betfair*.[109] Er wordt een context gegeven, en diverse citaten uit de rechtspraak van het Hof van Justitie zelf zijn opgenomen in de uitspraak. Zo wordt het Hof van Justitie een kans geboden zijn rechtspraak op specifieke punten nader te verduidelijken of een dwarsverband te maken. Elke vraag is een kans voor verduidelijking van het recht. Eenzelfde aanpak van

108 Zaak C-355/97, *Beck*.
109 Zie bijvoorbeeld ABRvS, 14 mei 2008, LJN BD1483.

enige inkleding zien we terug in de verwijzingsuitspraak van de Hoge Raad over dezelfde problematiek in de zaak *Lotto t. Ladbrokes*.[110]

Soms zijn de vragen casusspecifiek en gekoppeld aan concrete verwijzingen naar de rechtspraak van het Hof van Justitie,[111] andere vragen lijken een bredere werking te bedoelen, bijvoorbeeld de vraag of de nationale rechter steeds in een concreet geval aan de hand van de concrete omstandigheden van de kwestie als zodanig moet nagaan of de maatregel voldoet aan de doelstelling van de rechtvaardigingsgrond en de belemmering van het vrijedienstenverkeer niet onevenredig is.[112]

Een andere aanpak is er een waarbij de prejudiciële vraag als zodanig al geformuleerd lijkt als een dictum van het Hof van Justitie. De Hoge Raad is geneigd juist deze aanpak te hanteren. Een voorbeeld biedt een verwijzing van de Hoge Raad over de verlengde navorderingstermijn terzake van buitenlandse spaartegoeden. De Hoge Raad gebruikt de volgende bewoordingen:

> 'Moeten de artikelen 56 en 63 VWEU aldus worden uitgelegd dat deze artikelen niet eraan in de weg staan dat een lidstaat, voor gevallen waarin (inkomsten uit) buitenlandse spaartegoeden voor de belastingdienst van die lidstaat zijn verzwegen, een wettelijke regeling toepast die ter compensatie van een gebrek aan effectieve controlemogelijkheden ten aanzien van buitenlandse tegoeden, voorziet in een navorderingstermijn van twaalf jaren, terwijl voor (inkomsten uit) spaartegoeden die in het binnenland worden aangehouden, waar die effectieve controlemogelijkheden wèl voorhanden zijn, een navorderingstermijn geldt van vijf jaren?'[113]

De zinssnedes 'de artikelen 56 en 63 [moeten] aldus worden uitgelegd' en 'niet eraan in de weg staan dat' zou direct uit een arrest van het Hof van Justitie kunnen volgen.[114]

Soms zet de vraagstellende rechter de weg open om toch een bredere uitleg te krijgen dan in eerste instantie is bedoeld. In een verwijzingsuitspraak van de

110 Hoge Raad, 13 juni 2008, LJN BC8970.

111 Hoge Raad, 13 juni 2008, LJN BC8970, eerste prejudiciële vraag:

112 Hoge Raad, 13 juni 2008, LJN BC8970, tweede prejudiciële vraag:

113 Hoge Raad, 21 maart 2008, LJN BC7249. In de andere verwijzing van de Hoge Raad over dezelfde problematiek op diezelfde dag worden drie vragen gesteld die iets specifieker ingaan op twee aspecten, Hoge Raad, 21 maart 2008, LJN BA8179. Vgl. ook de prejudiciële vraagstelling van de Hoge Raad over de eventuele strijdigheid met de vestigingsvrijheid van de weigering van een grensoverschrijdende fiscale eenheid, Hoge Raad, 11 juli 2008, LJN BB3444 en de verwijzing van de Hoge Raad over de uren die een buitenlandse belastingplichtinge besteedt aan het behalen van niet-Nederlandse, maar wel Europese winst uit onderneming, Hoge Raad 12 september 2008, LJN BB6415..

114 Vgl. Hoge Raad, 12 januari 2007, LJN AV2318 (primair over het vrijekapitaalverkeer).

Hoge Raad met betrekking tot de Europeesrechtelijke dimensie van de niet-aftrekbaarheid van overbedelingsschulden uit hoofde van ouderlijke boedelverdeling worden de pijlen gericht op uitleg over het vrijekapitaalverkeer en komt relevante jurisprudentie over de vestigingsvrijheid alleen aan de orde in de conclusie van advocaat-generaal Wattel.[115] Toch luidt de derde vraag van de Hoge Raad:

> '3. Maakt het voor de beoordeling van de eventuele uit het EG-Verdrag voortvloeiende verplichting van de lidstaat waarin de onroerende zaak is gelegen om aftrek van de overbedelingsschulden geheel of gedeeltelijk toe te staan, verschil of die aftrek leidt tot een lagere tegemoetkoming ter voorkoming van dubbele belasting in de lidstaat die zich ter zake van de nalatenschap heffingsbevoegd acht op grond van de woonplaats van de erflaten?'

Daarmee wordt, lijkt mij, voor het Hof van Justitie de mogelijkheid geschapen om in de beoordeling van de prejudiciële verwijzing het vrijverkeerrecht breder te trekken, in feite tot maar liefst 'de eventuele uit het EG-Verdrag voortvloeiende verplichting van de lidstaat' als zodanig.

Binnen bepaalde Nederlandse rechterlijke instanties is het tegenwoordig gebruikelijk om concepten van de vragen te laten rondgaan tussen partijen. De Afdeling geeft dit bijvoorbeeld te kennen in zijn verwijzingsuitspraken.[116]

Een voorbeeld van deze praktijk biedt de verwijzingsuitspraak in de zaak *Josemans*.[117] De Afdeling heropent het onderzoek met toepassing van artikel 8:68 Awb en deelt aan partijen mee dat

> 'de Afdeling voornemens is het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: Hof van Justitie) te verzoeken bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen op een aantal vragen.'

De Afdeling voegt in dat geval de tekst van de vragen in concept toe en biedt de mogelijkheid daarop te reageren.

Deze praktijk is uit oogpunt van een goede procesorde begrijpelijk en wenselijk. Tegelijkertijd moet in de praktijk niet de indruk ontstaan dat partijen een 'recht' hebben op prejudiciële vragen, dat strookt mijns inziens niet met de aard van de prejudiciële procedure als rechterlijke samenwerking. De verantwoordelijkheid voor al dan niet verwijzen en de onderwerpen waarover voorlichting van het Hof

115 Hoge Raad, 12 januari 2007, LJN AV2318.
116 Zie bijvoorbeeld ABRvS, 14 mei 2008, LJN BD1483 (Betfair).
117 ABRvS 8 april 2009, LJN BI0424 (Josemans).

van Justitie noodzakelijk is voor de beslechting van het geschil berust feitelijk bij de nationale rechter die het geschil dient te beslechten.

Of dit soort pragmatische praktijk in het prejudicieel verwijzingsrecht nu overigens werkelijk iets van recente tijden is, is nog maar de vraag. In de beschrijving van Tromm van de procedure van in de zaak *Walrave en Koch* bij de rechtbank Utrecht wordt duidelijk:

> 'Twee gangmakers van professie, Walrave en Koch, die door de bedoelde maatregel hun 'markt' beperkt zagen tot de Nederlandse[118] deelnemers aan de wereldkampioenschappen, vroegen daarover een uitspraak in een kort geding voor de President van de Rechtbank Utrecht. Er dienden eerst twee prealabele vragen beantwoord te worden: a. zijn gangmakers werknemers in de zin van artt. 48 en 49? b. geldt het EEG-Verdrag ook, indien die activiteiten in derde landen plaatsvinden (in casu Spanje)? De President beantwoordde beide vragen bevestigend, erkende inderdaad de gestelde strijdigheid met het Verdrag en achtte de gewraakte bepaling (voorlopig) onverbindend. Interessant is dat de President de geldigheidsduur van zijn uitspraak afhankelijk stelde van een voorwaarde: binnen 6 weken na de uitspraak moesten partijen een bodem-geding hebben aangespannen, opdat de rechter in de gelegenheid zou zijn prejudiciële vragen te stellen. Aan deze voorwaarde werd inderdaad voldaan en op 15 mei 1974 wees de Rechtbank te Utrecht een interlocutoir vonnis, waarbij een aantal prejudiciële vragen werden geformuleerd.'[119]

4.4 Na verwijzing

Nadat het Hof van Justitie zijn uitspraak heeft gedaan, stopt het verhaal vaak in de Europeesrechtelijke doctrine. De uitleg van het recht is gegeven, de nationale rechter hoeft die uitleg alleen nog toe te passen op het geval en de zaak af te doen. Andere zaken bij het Hof van Justitie eisen de aandacht op.

Binnen de Europeesrechtelijke doctrine bestaat de neiging om het zwaartepunt te leggen bij de prejudiciële uitspraak van het Hof van Justitie. Verbazend is dat niet: het Hof van Justitie is een rechter met een machtspositie binnen de Europese rechtsorde. En het is al moeilijk genoeg om de rechtspraak van het Hof van Justitie bij te houden. Verbazend is het wel om te ondervinden hoeveel moeite het kost om de nationale uitspraken te achterhalen waarin de eindbeslissing voor het verwezen geding wordt gegeven. Dit gegeven vraagt uit zichzelf al om aandacht.

---

118 President Rechtbank Utrecht, 11 mei 1973, BNO Walrave en L.J.V. Koch vs. AUCI en KNWU, niet gepubliceerd, Asser Bundel nr. 24.

119 J.J.M. Tromm, 'De Nederlandse Jurisprudentie inzake het recht der Europese Gemeenschappen, overzicht van de periode 1973-1977', in: *SEW* 1981, p. 461.

Los daarvan betekent de uitspraak van het Hof van Justitie niet het einde van het recht; juist daarna breekt nog een spannende fase in het prejudicieel verwijzingsrecht aan. Hoewel het Hof van Justitie een bindende voorlichting aan partijen geeft, blijft nog steeds de vraag in hoeverre het noodzakelijk en bruikbaar is voor de definitieve beslechting van het geschil. Wat doet de nationale rechter met de voorlichting door het Hof van Justitie? Ook hier treedt nationale rechterlijke autonomie in de praktijk naar de voorgrond.

Veelal krijgen partijen de ruimte om te reageren op de prejudiciële beslissing.[120] Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch heeft bijvoorbeeld na de beschikking in de zaak *Van de Coevering* partijen de mogelijkheid gegeven daarop te reageren en een nader onderzoek ter zitting belegd.[121] Ter zitting, na de beschikking van het Hof van Justitie, blijkt dat de belanghebbende in deze zaak de in België gehuurde auto voornamelijk in Nederland gebruikt. Derhalve is naar het oordeel van het Gerechtshof tegen de achtergrond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie de heffing van de belasting op personenauto's en motorrijwielen in dit geval gerechtvaardigd. De partij die aanleiding gaf tot de verwijzing, kan zich dus niet met recht beroepen op het vrijedienstenverkeer om de naheffingsaanslag buiten toepassing te laten.

De prejudiciële beslissing van het Hof van Justitie hoeft voor partijen geen eenduidige uitkomst te hebben. Uit de einduitspraak van het Gerechtshof Arnhem in de N-zaak blijkt dat de belanghebbende zich op het standpunt stelt dat uit de prejudiciële beslissing van het Hof van Justitie primair volgt dat artikel 49 VWEU zich verzet tegen het opleggen van de in geschil zijnde aanslag, omdat de zekerheid die moest worden gesteld om uitstel van betaling te krijgen, hem belemmerde in de ongestoorde uitoefening van de vestigingsvrijheid.[122] In nader standpunt neemt de Inspecteur daarentegen aan dat uit het arrest van het Hof van Justitie valt af te leiden dat de aanslag niet in strijd is met het Europees recht, alleen het vragen van zekerheid was daarmee strijdig. Het Gerechtshof komt tot het eindoordeel dat het Nederlandse systeem, toen het belastbare feit zich voordeed, onverenigbaar was met het gemeenschapsrecht: 'Het systeem van heffing over fictieve aanmerkelijkbelangwinsten als geheel – en niet alleen de verplichte zekerheidsstelling – in strijd was met artikel 43 EG-Verdrag en dat daar geen

120 Zie bijvoorbeeld Hoge Raad, 14 november 2008, LJN BG4211, Gerechtshof 's-Hertogenbosch 25 april 2007, LJN BA6625 (Van de Coevering), Gerechtshof Arnhem, 31 augustus 2007, LJN BB3047 (C-470/04, N-zaak)

121 Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 25 april 2007, LJN BA6625.

122 Gerechtshof Arnhem, 31 augustus 2007, LJN BB3047.

voldoende rechtvaardiging voor was wegens strijdigheid met – kort gezegd – het evenredigheidsbeginsel.' (r.o. 4.15)

Net als bij de vraag in hoeverre de verwijzingsplicht opgaat uit oogpunt van de noodzakelijkheid voor de beslechting van het geschil, bestaat wat de gebondenheid van de nationale rechter aan het oordeel van het Hof van Justitie betreft, bij de operationalisering van het prejudiciële antwoord ook een feitelijke autonomie voor de nationale rechter. In de onderzochte praktijk besluit de rechter zo nu en dan te variëren op de uitleg van het Hof van Justitie of vertaalt de betekenis van de prejudiciële beslissing voor de nationaalrechtelijke context.

Soms geeft de Hoge Raad een verdere lijn over de toepassing van het evenredigheidsbeginsel voor bepaalde zaken. Met het eindoordeel van de Hoge Raad in de zaken ten grondslag aan de prejudiciële beslissing C-155/08, en C-157/08 *X en E.H.A. Passenheim-Van Schoot*[123] ontstond er een aanpak om vergelijkbare zaken af te doen. Of, zoals de Hoge Raad zelf overweegt:

> 'Naar aanleiding van voornoemd arrest van het Hof van Justitie heeft de Hoge Raad in zijn arresten […] regels geformuleerd die in verband met het door het Hof van Justitie genoemde evenredigheidsbeginsel in acht moeten worden genomen bij het opleggen van een navorderingsaanslag met gebruikmaking van de termijn van artikel 16, lid 4, Algemene wet inzake Rijksbelastingen (hierna: AWR) op een tijdstip waarop de ten aanzien van binnenlandse tegoeden geldende vijfjaarstermijn van artikel 16, lid 3, AWR is verstreken.'[124]

Een ander voorbeeld biedt een kort arrest van de Hoge Raad.[125] Dit arrest volgde op de beschikking van het Hof van Justitie in de zaak *Ilhan,* genomen naar aanleiding van het verzoek om een prejudiciële beslissing van de Hoge Raad.[126] De Hoge Raad overweegt:

> '2.4.2 De rechter zal in het algemeen slechts dan zelf in een gebrek dat aan een wettelijke regeling op het gebied van belastingen kleeft, kunnen voorzien indien zich uit het stelsel van de wet, de daarin geregelde gevallen en de daaraan ten grondslag liggende beginselen, of de wetsgeschiedenis, voldoende duidelijk laat afleiden hoe zulks dient te geschieden (vgl. HR 12 mei 1999, nr. 33320 BNB 1999/271). In het onderhavige geval is sprake van een aan de Wet op de belasting van personenauto's en motorrijwielen 1992 (hierna: de Wet) klevend gebrek dat niet kan worden hersteld binnen het stelsel van de Wet. Dat stelsel is immers gebaseerd op heffing van bpm naar rato van de waarde van de personenauto of het motorrijwiel. Evenmin laat zich uit de bepalingen van de Wet of de

123 Hoge Raad, 26 februari 2010, LJN BJ9092 en LJN BJ9120

124 Hoge Raad, 7 mei 2010, LJN BM3301. Ook gebruikt in Hoge Raad, 7 mei 2010, LJN BM3304.

125 Hoge Raad, 14 november 2008, LJN BG4211.

126 Hoge Raad, 18 januari 2008, LJN AZ8429. zaak C-42/08, *Ilhan*.

> wetsgeschiedenis eenduidig afleiden welk bedrag aan bpm de wetgever voor het onderhavige geval zou hebben bepaald indien hij de strijdigheid met het EG-verdrag van een heffing als waartoe in dit geval de Wet leidt, zou hebben onderkend en deze strijdigheid zou hebben willen vermijden.
> Het zo-even overwogene brengt mee dat de onderhavige naheffingsaanslag, wegens het ontbreken van een deugdelijke wettelijke grondslag voor de heffing van bpm in een geval als dit, moet worden vernietigd. De Hoge Raad kan derhalve de zaak afdoen.'

In een ander geval dat speelde bij het Gerechtshof 's-Hertogenbosch, werd nadat het Hof van Justitie op prejudiciële vragen arrest had gewezen,[127] op verzoek van de belanghebbende en met instemming van de Inspecteur, de eindbeslissing aangehouden, totdat het Hof van Justitie ook in een ander geval arrest wees (de zaak C-376/03, *D*).[128] Aan de hand van het dictum in de 'eigen' prejudiciële beslissing wordt de zaak echter afgedaan; het Gerechtshof hoeft er weinig meer aan te doen:

> '3.2 Gelet op de hiervoor vermelde verklaring voor recht is het gelijk met betrekking tot de in geschil zijnde vraag aan belanghebbenden en dient de leveringsverplichting op de totale verkrijging in mindering te worden gebracht.'

Interessant is om te zien dat het intrekken van prejudiciële vragen door de Nederlandse rechter ook een zeker precedentwerking kan hebben voor andere zaken aanhangig bij de lagere Nederlandse rechter. Zie bijvoorbeeld de rechtbank 's-Gravenhage, zittingsplaats Utrecht, in een zaak over de aanvraag om een verblijfsvergunning regulier voor arbeid als zelfstandige van een persoon met de Turkse nationaliteit. De rechtbank overweegt:

> 'De door de Raad van State bij uitspraak van 19 juli 2005 aan het Hof gestelde prejudiciële vragen zijn recentelijk ingetrokken. Naar het oordeel van de rechtbank vloeit uit het vorenstaande, en met name uit het hierbovengenoemde arrest van het Hof voort dat het hoogst twijfelachtig is of het standpunt van verweerder inhoudende dat het mvv-vereiste van toepassing kan worden geacht bij Turkse zelfstandigen houdbaar kan worden geacht'.[129]

De rechtbank baseert beslechting van het geschil in het bijzonder op het *Tum & Dari*-arrest van het Hof van Justitie, maar laat zich eveneens leiden door het feit dat de Afdeling prejudiciële vragen heeft ingetrokken. Zo geeft het intrekken

---

127 Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 11 januari 2006, LJN AV1522, na zaak C-364/01, *Erven Barbier*. De verwijzingsuitspraak betrof Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 5 september 2001, LJN AD3864.

128 Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 11 januari 2006, LJN AV1522. De zaak D speelde in wezen geen rol, maar werd door belanghebbende aangevoerd om de daadwerkelijk door hen gemaakte proceskosten te vergoeden.

129 Rechtbank 's-Gravenhage, zp Utrecht, 5 maart 2008, LJN BC6274.

van prejudiciële vragen een signaalfunctie voor de oordeelsvorming van een andere rechter.

Een dag later verscheen overigens het eindoordeel van de Afdeling in de zaak waarin de prejudiciële vragen waren gesteld, die vervolgens werden ingetrokken.[130] In de uitspraak maakt de Afdeling melding van het feit dat naar aanleiding van het arrest *Tum & Dari* 'vanwege het Hof gevraagd [is] of de Afdeling aanleiding zag de door haar gestelde vragen te handhaven.' De Afdeling heeft vervolgens bij brief van 8 november 2007 het Hof medegedeeld dat het verzoek om een prejudiciële beslissing werd ingetrokken.

Een ander voorbeeld wordt geboden door een uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State van 4 februari 2005.[131] Bij uitspraak van 4 februari 2003 heeft de Afdeling verzocht uitspraak te doen over de Associatieovereenkomst tussen de Europese Gemeenschappen en hun lidstaten en Bulgarije.[132] Naar aanleiding van het arrest van het Hof van Justitie op 16 november 2004 in de zaak C-327/02, *Panayotova*, na vragen van de rechtbank 's-Gravenhage, zittingsplaats Assen,[133] heeft de Afdeling op 21 december 2004 besloten bij brief de prejudiciële verwijzing in te trekken. In de zaak *Panayotova* heeft het Hof van Justitie namelijk uitspraak gedaan over de geschilpunten die aan de orde zijn in de zaak bij de Afdeling. Uit deze einduitspraak van de Afdeling blijkt niet of de Afdeling daarzelf toe is gekomen of dat dit door het Hof van Justitie is gesuggereerd. Nadat partijen de mogelijkheid hebben gehad hun reactie op het arrest te geven, doet de Afdeling einduitspraak.

4.5 Conclusies

Uit het hoofdstuk wordt duidelijk dat het prejudicieel verwijzingsrecht in de praktijk nadrukkelijk feitelijke elementen van nationale rechterlijke autonomie bezit. Dit concentreert zich in de zelfstandige beslissing van de rechter over de noodzakelijkheid van de verwijzing. In de onderzochte praktijk van het verwijzingsrecht zien we de tegenstelling tussen *law in the books* en *law in action*. Het verwijzingsrecht blijkt in de onderzochte rechtspraak gelaagder te zijn dan de enkele bevoegdheid van de nationale rechter, de verwijzingsplicht bij een noodzakelijke rechtsvraag en de uitzonderingen daarop. Dat komt in de drie beschreven fases tot uitdrukking. De vragen voorafgaand aan al dan niet

130 ABRvS, 6 maart 2008, LJN BC6595.
131 ABRvS, 4 februari 2005, LJN AS8214, AB 2005/86
132 ABRvS, 4 februari 2003, LJN AF4459. Dit werd, wachtend op prejudiciële beslissing, zaak C-58/03, *Encheva* bij het Hof van Justitie.
133 Rechtbank 's-Gravenhage, zp. Assen, 16 september 2002, LJN AF1211.

verwijzen, komen zelden aan bod als we ons alleen op de rechtspraak van het Hof van Justitie zouden concentreren. Wanneer het Hof van Justitie zijn arrest of beschikking heeft gewezen, dient de Nederlandse rechter veelal nog een operationaliseringsslag moet maken.

Dit hoofdstuk maakt duidelijk dat het moeilijk is om Europeesrechtelijke verplichtingen te operationaliseren. Dat zien we concreet bij de verwijzingsplicht voor rechterlijke instanties in laatste aanleg. Wat deze verplichting inhoudt en hoe deze in een concreet geval geoperationaliseerd wordt, hangt grotendeels af van de attitude van de rechterlijke instantie waar het geschil speelt. Van de uitzonderingen op de verwijzingsplicht wordt grif gebruik gemaakt, al is het lang niet altijd duidelijk in de motivering van het rechterlijk oordeel welke redenen doorslaggevend zijn geweest om niet te verwijzen en in bepaalde gevallen wel te verwijzen. De motivering om niet te verwijzen of waarom tot een specifiek Europeesrechtelijke interpretatie is gekomen, kan zichtbaar worden verbeterd. Met name de Nederlandse rechters in laatste instantie zouden er goed aan doen nader te motiveren waarom verwijzing niet op zijn plaats is en er zelf verantwoordelijkheid voor de uitleg wordt genomen. Dit laatste gaat in zijn algemeenheid niet op voor de overwegingen van de advocaat-generaal in conclusies bij zaken in beroep bij de Hoge Raad. Daarin wordt regelmatig gemotiveerd waarom al dan niet verwezen zou moeten worden naar het Hof van Justitie. Bij de categorie van zaken waarin wel wordt verwezen, is overigens, opvallend genoeg, de motivering om te verwijzen over het algemeen zwaarder aangezet. Opmerkelijk vaak komt zowel bij lagere als hoogste rechters de *acte clair*-uitzondering in de praktijk van het oordeel over de vestigingsvrijheid en/of het vrijedienstenverkeer aan de orde.

Doordat de Europeesrechtdoctrine in zijn algemeenheid de nadruk legt op de *Cilfit*-doctrine zonder daarbij de rechterlijke praktijk van de lidstaten in ogenschouw te nemen, ontstaat een verwijdering tussen het Europees recht in theorie en de uitlegging in de nationale rechterlijke praktijk ervan. Dit heeft in wezen consequenties voor de manier waarop het prejudicieel verwijzingsrecht moet worden begrepen. Als begrip van het prejudicieel verwijzingsrecht slechts gebaseerd is op een beschouwing van de *Cilfit*-doctrine, wordt de rechtswerkelijkheid tekortgedaan. Het onderwerp kent een bredere praktijk. Onder het verwijzingsrecht valt ook de wereld voorafgaand aan het verwijzen, de verantwoordelijkheid van de nationale rechter om *niet* te verwijzen en zelf een definitief oordeel te geven, en in de gevallen waarin de nationale rechter heeft verwezen, de fase nadat het Hof van Justitie recht heeft gesproken. Dat is namelijk ook van betekenis voor de stand van het Europees recht.

Door de jaren heen hebben ook lagere rechters in de onderzochte rechtspraak als motor van de Europese rechtsontwikkeling gewerkt door prejudicieel te verwijzen naar het Hof van Justitie. Deze praktijk lijkt de laatste jaren wat af te zwakken: verwijzingen worden over het algemeen overgelaten aan met name de hogere rechtscolleges.

De wezenlijke vraag die onlosmakelijk aan dit onderwerp is verbonden, is hoeveel rechtseenheid binnen de Europese geïntegreerde rechtsorde wenselijk is en hoeveel verantwoordelijkheid de nationale rechterlijke colleges gelaten moet worden. Zeker is dat eenheid niet afhankelijk zou moeten zijn van alleen de prejudiciële procedure. Een zekere verdere emancipatie van de nationale rechter in de rechtspraak van het Hof van Justitie zou op dit punt aanbeveling genieten. Als aanleiding daarvoor geldt eveneens de ontwikkeling van nationale Europeesrechtelijke precedenten in de onderzochte rechtspraak: het onderwerp van het volgende hoofdstuk.