Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. BOBEK
van 15 april 2021 [1]

Zaak C-561/19

Consorzio Italian Management,
Catania Multiservizi SpA
tegen
Rete Ferroviaria Italiana SpA

[verzoek van de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië) om een prejudiciële beslissing]

„Verzoek om een prejudiciële beslissing – Artikel 267, derde alinea, VWEU – Nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep – Verwijzingsverplichting – Omvang – Uitzonderingen en criteria die voortvloeien uit het arrest Cilfit e.a.”

Inhoud

I. Inleiding . . . 2

II. Toepasselijke bepalingen . . . 3

III. Feiten, nationale procedure en prejudiciële vragen . . . 4

IV. Beoordeling . . . 6

A. Lagen . . . 7

1. Buitenste laag: het is steeds de nationale rechter die beslist . . . 7

2. Diepere laag: moeten werkelijk alle vragen worden voorgelegd voor een prejudiciële beslissing? . . . 9

B. Cilfit (en wat daarna kwam) . . . 11

1. Redenen voor de verwijzingsverplichting . . . 12

[1] Oorspronkelijke taal: Engels.

2. Uitzonderingen op de verplichting 14

3. Latere toepassingspraktijk (van dit Hof) 16

C. Problematiek omtrent het arrest Cilfit 20

1. Begripsmatige problemen 21

2. Haalbaarheid 23

3. Systemische samenhang van rechtsmiddelen van het Unierecht 27

4. Ontwikkeling van het Unierecht en het rechtsstelsel 29

5. Tussentijdse samenvatting 31

D. Voorstel 31

1. Algemene (of veralgemeenbare) uitleggingsvraag van Unierecht 33

2. Andere uitleggingen die redelijkerwijs mogelijk zijn 36

3. Geen rechtspraak van het Hof 37

4. Motiveringsplicht (en de onbeantwoorde vraag over het afdwingen van de naleving van de verwijzingsverplichting) 39

V. Conclusie 42

I. Inleiding

1. Ik vermoed dat studenten Europees recht, in tegenstelling tot nationale rechters in laatste aanleg, altijd een zwak hebben gehad voor het arrest Cilfit e.a.[2]. Wanneer studenten Europees recht in de afgelopen twee decennia bij hun examens of essayopdrachten „Cilfit", „uitzonderingen op de verwijzingsverplichting" en „argumentatie" voorgelegd kregen, gingen waarschijnlijk hun harten sneller kloppen en gaven zij een zucht van verlichting. Nagaan of de uitzonderingen van Cilfit kunnen worden toegepast op de verplichting om een prejudiciële vraag te stellen, met name de uitzondering met betrekking tot de afwezigheid van redelijke twijfel bij de nationale rechter in laatste aanleg, is wellicht niet een van de moeilijkste argumentatieopdrachten. Moeten die rechters daadwerkelijk (alle) even authentieke taalversies van de Unievoorschriften met elkaar vergelijken? Hoe moeten zij, praktisch gezien, vaststellen of de oplossing even evident is voor de rechterlijke instanties van de andere lidstaten en voor het Hof van Justitie (hierna: „Hof")?

2. De verplichting om een prejudiciële vraag te stellen krachtens artikel 267, derde alinea, VWEU, de uitzonderingen op die verplichting en vooral het afdwingen van de naleving ervan, zijn al een aantal jaren in overdrachtelijke zin de slapende honden van het Unierecht. Het bestaan ervan is bekend, er kan over worden gediscussieerd of er kunnen zelfs wetenschappelijke verhandelingen over worden geschreven, maar eigenlijk worden zij beter ongemoeid gelaten. Vanuit pragmatisch

[2] Arrest van 6 oktober 1982 (283/81, EU:C:1982:335; hierna: „arrest Cilfit").

(of cynisch) oogpunt werkt het hele systeem van de prejudiciële verwijzing omdat Cilfit door niemand daadwerkelijk, en al helemaal niet letterlijk, wordt toegepast. Vaak is het idee van een hond beter dan te moeten omgaan met het levende dier.

3. Om verschillende hieronder uiteengezette redenen geef ik het Hof in overweging de Cilfit-rechtspraak opnieuw te bekijken. Mijn voorstel hierover is simpel: wijzig de verwijzingsverplichting van artikel 267, derde alinea, VWEU en de uitzonderingen daarop om in de behoeften van het huidige rechtsstelsel van het Unierecht te voorzien en ervoor te zorgen dat zij in de praktijk kunnen worden toegepast (en de naleving ervan mogelijk ooit kan worden afgedwongen).

4. Voor een dergelijke wijziging is echter een enorme verschuiving in het denkkader noodzakelijk. In het kader van de verwijzingsverplichting en de uitzonderingen daarop moet worden geredeneerd vanuit en moet de nadruk komen te liggen op een meer *objectieve noodzaak* om een *eenvormige uitlegging* van de *rechtspraak* van de Unie in de hele Europese Unie te verzekeren, en niet de afwezigheid van redelijke twijfel met betrekking tot de juiste *toepassing* van het Unierecht in een *concreet geval* omdat er ruimte is voor *subjectieve* juridische twijfel. De verplichting om een prejudiciële vraag te stellen, moet derhalve niet draaien om de juiste antwoorden maar meer om het vaststellen van de juiste vragen.

II. Toepasselijke bepalingen

5. Artikel 267 VWEU bepaalt:

„Het Hof van Justitie van de Europese Unie is bevoegd, bij wijze van prejudiciële beslissing, een uitspraak te doen:

a) over de uitlegging van de Verdragen,

b) over de geldigheid en de uitlegging van de handelingen van de instellingen, de organen of de instanties van de Unie.

Indien een vraag te dien aanzien wordt opgeworpen voor een rechterlijke instantie van een der lidstaten, kan deze instantie, indien zij een beslissing op dit punt noodzakelijk acht voor het wijzen van haar vonnis, het Hof verzoeken over deze vraag een uitspraak te doen.

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.

[...]”

6. Artikel 99 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof bepaalt:

„Wanneer een gestelde prejudiciële vraag identiek is aan een vraag waarover het Hof reeds uitspraak heeft gedaan, wanneer het antwoord op een dergelijke vraag duidelijk uit de rechtspraak kan worden afgeleid of over het antwoord op een prejudiciële vraag redelijkerwijs geen twijfel kan bestaan, kan het Hof in elke stand van het geding op voorstel van de

rechter-rapporteur, de advocaat-generaal gehoord, beslissen om bij met redenen omklede beschikking uitspraak te doen."

III. Feiten, nationale procedure en prejudiciële vragen

7. Op 23 februari 2006 hebben Consorzio Italian Management en Catania Multiservizi SpA (hierna: „verzoeksters") van Rete Ferroviaria Italiana SpA (hierna: „RFI") de opdracht gekregen voor de uitvoering van „schoonmaakdiensten, onderhoud van de decoratie van de lokalen en andere ruimten die openstaan voor het publiek en bijkomende diensten in stations, vestigingen, kantoren en bureaus verspreid over het gebied van de Direzione compartimentale movimento di Cagliari (regionaal verkeersbureau van Cagliari)".

8. De overeenkomst bevatte een beding dat prijsherziening uitsloot. Tijdens de uitvoering van de overeenkomst hebben verzoeksters RFI verzocht om herziening van het bedrag van de aanbesteding wegens hogere contractuele kosten als gevolg van een stijging van de personeelskosten. RFI heeft dat verzoek afgewezen.

9. Verzoeksters hebben bij de Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna (bestuursrechter in eerste aanleg Sardinië, Italië; hierna: „TAR") beroep ingesteld tegen RFI. Bij uitspraak van 11 juni 2014 heeft de TAR het beroep verworpen. Die rechterlijke instantie was van oordeel dat artikel 115 van wetsbesluit 163/2006 niet van toepassing was op opdrachten voor bijzondere sectoren, zoals schoonmaakdiensten, wanneer die noodzakelijke onderdelen zijn van de spoorwegonderneming. De TAR heeft tevens vastgesteld dat de prijsherziening niet verplicht was op grond van artikel 1664 van de Codice Civile (burgerlijk wetboek) en dat de partijen van die bepaling mochten afwijken.

10. Verzoeksters hebben tegen die uitspraak hoger beroep ingesteld bij de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië). Zij hebben betoogd dat artikel 115 van wetsbesluit nr. 163/2006 of, subsidiair, artikel 1664 van het burgerlijk wetboek, van toepassing was. Bovendien zijn verzoeksters van mening dat de nationale regels waarin prijsherzieningen in de vervoerssector en daarmee verwante schoonmaakovereenkomsten zijn uitgesloten, indruisen tegen richtlijn 2004/17/EG[3]. Die regels leidden tot een onrechtvaardig en onevenredig gebrek aan contractueel evenwicht, waarbij uiteindelijk de regels voor het functioneren van de markt werden gewijzigd. Indien richtlijn 2004/17 aldus moet worden uitgelegd dat prijsherziening wordt uitgesloten in alle in het kader van de bijzondere sectoren gesloten en toegepaste overeenkomsten, zou die ongeldig zijn.

11. In die omstandigheden heeft de Consiglio di Stato op 24 november 2016 besloten het Hof de volgende prejudiciële vragen te stellen:

„1) Is het verenigbaar met het recht van de Unie (inzonderheid artikel 3, lid 3, VEU, de artikelen 26, 56 tot en met 58 en 101 VWEU, en artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie) en met richtlijn 2004/17, wanneer op grond van intern recht prijsherziening is uitgesloten voor overeenkomsten betreffende de zogenoemde bijzondere sectoren, in het bijzonder bij opdrachten die een ander voorwerp hebben dan die vermeld in genoemde richtlijn, maar met deze laatste functioneel verbonden zijn?

[3] Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (PB 2004, L 134, blz. 1).

2) Is richtlijn 2004/17 (ervan uitgaande dat de uitsluiting van prijsherziening in alle in het kader van de zogenoemde bijzondere sectoren gesloten en toegepaste overeenkomsten er rechtstreeks uit voortvloeit) verenigbaar met de beginselen van de Europese Unie (in het bijzonder artikel 3, lid 1, VEU, de artikelen 26, 56 tot en met 58 en 101 VWEU, en artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie] wegens ‚onrechtvaardigheid, onevenredigheid alsook verstoring van contractueel evenwicht en, bijgevolg, van de regels van een doeltreffende markt'?"

12. Het Hof heeft in zijn arrest van 19 april 2018 hierop geantwoord.[4] Met betrekking tot de eerste vraag heeft het Hof opgemerkt dat de verwijzende rechter niet had gemotiveerd waarom de uitlegging van artikel 3, lid 3, VEU en van de artikelen 26, 57, 58 en 101 VWEU noodzakelijk was voor de beslechting van het hoofdgeding. Artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest") is, net als andere bepalingen van het Handvest, aan de lidstaten gericht uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen. In het betrokken hoofdgeding was daarvan geen sprake. Het Hof heeft derhalve geoordeeld dat de eerste vraag niet-ontvankelijk was met betrekking tot die bepalingen.[5]

13. Met betrekking tot richtlijn 2004/17 en de eraan ten grondslag liggende algemene beginselen, met name het beginsel van gelijke behandeling en het beginsel van transparantie, heeft het Hof evenwel geoordeeld dat zij aldus moeten worden uitgelegd dat zij niet in de weg staan aan nationale rechtsregels die niet bepalen dat de prijzen na het plaatsen van opdrachten die vallen onder de in die richtlijn bedoelde sectoren periodiek kunnen worden herzien. Met het oog op dit antwoord heeft het Hof geoordeeld dat de tweede vraag van hypothetische aard was.

14. Op 28 oktober 2018, nadat het Hof het arrest had gewezen en vóór de openbare zitting op 14 november 2018, hebben verzoeksters de Consiglio di Stato gevraagd om het Hof opnieuw prejudiciële vragen voor te leggen. In wezen betogen verzoeksters dat het Hof in zijn uitspraak geen standpunt inneemt over het functionele verband tussen de schoonmaakdiensten en de vervoersdiensten. Zij merken op dat het Hof in zijn arrest ervan uit is gegaan dat de termijn van de contractuele verhouding niet kon worden verlengd, overeenkomstig de eerste aankondiging van de opdracht. Dit is echter anders in Italië waar dienstenovereenkomsten vaak door de aanbestedende dienst worden verlengd, soms voor onbepaalde tijd, wat leidt tot een gebrek aan contractueel evenwicht. Ter ondersteuning van hun standpunt beroepen verzoeksters zich op de overwegingen 9, 10 en 45 van richtlijn 2004/17, alsmede op artikel 57 ervan.

15. Volgens de Consiglio di Stato, die ook hier de verwijzende rechter in het hoofdgeding is, hebben verzoeksters derhalve nieuwe prejudiciële vragen opgeworpen. De verwijzende rechter vraagt zich echter af of hij in de omstandigheden van het hoofdgeding die vragen aan het Hof moet voorleggen krachtens artikel 267, derde alinea, VWEU. Hij is van oordeel dat de op een rechter in laatste aanleg rustende verplichting tot het stellen van een prejudiciële vraag niet kan worden losgekoppeld van een stelsel van „procedurebeletsels" dat erop is gericht de partijen ertoe te brengen „eenmaal" bij de nationale rechter vragen in te dienen over alle aspecten van nationaal recht waarvan zij vermoeden dat zij in strijd zijn met het Unierecht. Anders zouden herhaalde of voortdurende verzoeken om een prejudiciële beslissing – nog afgezien van het feit dat dit misbruik en, in extreme gevallen, daadwerkelijk „misbruik van de procedure" kan vormen – uiteindelijk, als gevolg van de verwijzingsverplichting, ertoe leiden dat het recht op rechterlijke bescherming wordt uitgehold en dat afbreuk wordt gedaan aan het beginsel dat gerechtelijke procedures snel en doeltreffend moeten worden afgerond.

4 Arrest Consorzio Italian Management en Catania Multiservizi (C-152/17, EU:C:2018:264).

5 Ibidem, punten 33-35.

16. Gelet op deze feitelijke en juridische omstandigheden heeft de Consiglio di Stato het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Is de nationale rechter wiens beslissingen niet vatbaar zijn voor hoger beroep, op grond van artikel 267 VWEU in beginsel ook verplicht het Hof te verzoeken om een prejudiciële beslissing betreffende een vraag over de uitlegging van het Unierecht wanneer die vraag door een partij wordt gesteld nadat de zaak aanhangig is gemaakt of de terechtzittingen zijn begonnen, of nadat de zaak al een eerste keer in beraad is geweest of het Hof van Justitie van de Europese Unie al een eerste prejudiciële vraag is voorgelegd?

2) Zijn om de hierboven uiteengezette redenen de artikelen 115, 206 en 217 van wetsbesluit nr. 163/2006, zoals uitgelegd in het bestuursrecht, voor zover zij prijsherziening uitsluiten voor overeenkomsten betreffende de zogenoemde bijzondere sectoren – in het bijzonder bij opdrachten die een ander voorwerp hebben dan die welke zijn vermeld in richtlijn 2004/17, maar met deze laatste functioneel verbonden zijn – verenigbaar met het Unierecht (met name met artikel 4, lid 2, artikel 9, artikel 101, lid 1, onder e), artikel 106, artikel 151 VWEU en in het bijzonder met het op 18 oktober 1961 te Turijn ondertekende Europees Sociaal Handvest en het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van de werkenden van 1989 die daarin zijn aangehaald, artikel 152, artikel 153 en artikel 156 VWEU; de artikelen 2 en 3 VEU, en artikel 28 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie)?

3) Zijn om de hierboven uiteengezette redenen de artikelen 115, 206 en 217 van wetsbesluit nr. 163/2006, zoals uitgelegd in het bestuursrecht, voor zover zij prijsherziening uitsluiten voor overeenkomsten betreffende de zogenoemde bijzondere sectoren – in het bijzonder bij opdrachten die een ander voorwerp hebben dan die welke zijn vermeld in richtlijn 2004/17, maar met deze laatste functioneel verbonden zijn – verenigbaar met het Unierecht (met name met artikel 28 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, het beginsel van gelijke behandeling dat is verankerd in de artikelen 26 en 34 VWEU, en het beginsel van vrijheid van ondernemerschap dat ook in artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie wordt erkend)?”

17. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door verzoeksters, RFI, de Italiaanse regering, alsmede door de Europese Commissie. Deze betrokkenen, alsmede de Duitse en Franse regering hebben allen deelgenomen aan de terechtzitting van 15 juli 2020.

IV. Beoordeling

18. Overeenkomstig het verzoek van het Hof richt ik mij in deze conclusie op de eerste vraag van de verwijzende rechter. Deze vraag bestaat uit twee lagen. Enerzijds kan de eerste vraag, gezien de bewoordingen ervan, wellicht gewoonweg worden opgevat als een wens om te vernemen of een nationale rechter in laatste aanleg zich tot het Hof moet wenden in specifieke feitelijke omstandigheden waarbij sprake is van drie elementen: i) de vraag wordt door een van de partijen gesteld; ii) de vraag wordt gesteld nadat door een partij de zaak aanhangig is gemaakt, en iii) zelfs nadat het Hof al een eerste prejudiciële vraag is voorgelegd. Deze vragen zijn makkelijk te beantwoorden. De antwoorden vloeien immers voort uit de vaste rechtspraak van het Hof (zoals hieronder in deel A wordt weergegeven).

19. Anderzijds denk ik niet dat een dergelijk antwoord recht doet aan de werkelijke problemen die de verwijzende rechter aan de orde heeft gesteld. Volgens deze rechter hebben de partijen nog andere vragen aan de orde gesteld die in feite kunnen worden opgelost op basis van de reeds door het Hof gegeven antwoorden. De verwijzende rechter erkent echter ook dat er nieuwe vragen zijn die niet op die manier kunnen worden afgedaan. Hij zegt daarover dat hij als rechter in laatste aanleg krachtens het nationale recht, is gehouden zich tot het Hof te wenden omdat er voor hem een vraag over de uitlegging van het Unierecht is opgeworpen. [6]

20. Tegen deze achtergrond wordt goed duidelijk wat de algemene problematiek van de eerste vraag is: vallen alle zaken waarin twijfel blijft bestaan over de juiste toepassing van het Unierecht in een concreet geval, ongeacht of er in die zaak al een eerste prejudiciële vraag is voorgelegd, onder de op de rechters in laatste aanleg rustende verwijzingsverplichting? Wat is de omvang van de verplichting om een prejudiciële vraag te stellen en de uitzonderingen daarop, met name met het oog op een geval zoals dat welke in het hoofdgeding aan de orde is?

21. Bij het formuleren van een antwoord op die vraag geef ik eerst weer wat de huidige contouren zijn van de verwijzingsverplichting en de uitzonderingen daarop (B). Daarna onderzoek ik de diverse met die rechtspraak verband houdende problemen die ik vervolgens opnieuw definieer, zodanig dat ik het Hof in overweging geef de verwijzingsverplichting in een ander licht te verwoorden (C). Ik sluit af met een specifiek voorstel hierover (D).

A. Lagen

22. De elementen waarop de verwijzende rechter zich beroept, hebben betrekking op drie problemen: i) de *rol van de partijen* wanneer zij een vraag opwerpen; ii) in welk *stadium* van de verschillende fasen waaruit een nationale gerechtelijke procedure kan bestaan, de vraag wordt gesteld, en iii) de mogelijkheid om binnen dezelfde procedure een *tweede prejudiciële vraag* te stellen. Als deze drie problemen moeten worden opgevat als drie afzonderlijke vragen en niet als drie aspecten van een en dezelfde vraag, kan het antwoord daarop goed uit de vaste rechtspraak van het Hof worden afgeleid.

1. Buitenste laag: het is steeds de nationale rechter die beslist

23. In de eerste plaats staat het uitsluitend aan de verwijzende rechter om te oordelen of een beslissing van dit Hof noodzakelijk is voor het wijzen van zijn vonnis. Natuurlijk zal een nationale rechter, net als iedere andere rechter, de standpunten van de partijen horen met betrekking tot de vraag of een prejudiciële beslissing noodzakelijk is. Artikel 267 VWEU brengt echter een rechtstreekse samenwerking tot stand tussen het Hof en de nationale rechterlijke instanties in de vorm van een procedure, waaraan ieder initiatief van partijen vreemd is. [7] Het enkele feit dat een van de partijen in het hoofdgeding vragen over het Unierecht heeft opgeworpen, is voor de betrokken rechter dus geen dwingende reden om aan te nemen dat er een vraag is opgeworpen in

[6] Op basis van de vaste rechtspraak van het Hof hierover, met name het arrest van 18 juli 2013, Consiglio Nazionale dei Geologi (C-136/12, EU:C:2013:489, punt 25).

[7] Zie bijvoorbeeld arresten van 12 februari 2008, Kempter (C-2/06, EU:C:2008:78, punt 41); 9 november 2010, VB Pénzügyi Lízing (C-137/08, EU:C:2010:659, punt 28), en 18 juli 2013, Consiglio Nazionale dei Geologi (C-136/12, EU:C:2013:489, punt 28).

de zin van artikel 267 VWEU, waardoor er verplicht een prejudiciële vraag moet worden gesteld. [8] Omgekeerd betekent dat ook dat een nationale rechter ambtshalve een prejudiciële vraag mag stellen. [9]

24. In de tweede plaats staat het ook uitsluitend aan de nationale rechter om te beslissen in welke stand van het geding hij het Hof een prejudiciële vraag dient voor te leggen. [10] De nationale rechter is het best in staat om te beoordelen in welke stand van het geding een prejudiciële beslissing van het Hof noodzakelijk is. [11] Het Hof eist alleen dat er op het moment van het verzoek om een prejudiciële beslissing bij de rechter een geding aanhangig is. [12]

25. Vanuit het oogpunt van het Hof en zijn wens om de verwijzende rechter zo volledig mogelijk bij te staan, kunnen situaties waarin de nationale rechter besluit het Hof pas om een prejudiciële beslissing te verzoeken nadat een geschil bij hem aanhangig is gemaakt en de gevolgen daarvan volledig duidelijk zijn geworden, natuurlijk alleen maar worden toegejuicht. In sommige gevallen kan het dus in het belang van een goede rechtsbedeling zijn dat het Hof pas wordt aangezocht nadat de verwijzende rechter beide partijen heeft gehoord. Op zichzelf is dit echter bepaald geen voorwaarde die dit Hof heeft opgelegd. [13]

26. Evenzo denk ik niet dat het Hof zich zou verzetten tegen nationale regels of bepalingen die de concentratie van procedures voorschrijven of verplicht stellen, met name voor een appelrechter of hoogste rechter, door partijen te verplichten om nieuwe of aanvullende argumenten op een bepaald moment of in een bepaald stadium van de gerechtelijke procedure aan te voeren. Het is echter wel zo dat het Hof zich eerder in algemene zin heeft uitgesproken tegen dergelijke termijnen of concentraties van procedures wanneer het daardoor voor de nationale rechterlijke instanties vrijwel onmogelijk wordt om vragen te stellen over de verenigbaarheid van nationale regels met het Unierecht. [14]

27. De logica van de rechtspraak van het Hof op dit gebied bestaat er dus in te verzekeren dat nationale procedureregels geen beletsel vormen voor het aan de orde stellen van vragen van Unierecht, zodat een verzoek om een prejudiciële beslissing kan worden ingediend, ongeacht het stadium van de procedure. In de praktijk zal dit waarschijnlijk ertoe leiden dat beperkende nationale regels buiten toepassing worden gelaten. [15]

28. In het kader van de onderhavige zaak is de vraag of er mogelijk sprake is van een verwijzingsverplichting krachtens artikel 267 VWEU „wanneer die vraag door een partij wordt gesteld aan [de nationale rechterlijke instantie] nadat de zaak aanhangig is gemaakt of de terechtzittingen zijn begonnen of nadat de zaak al een eerste keer in beraad is geweest”, evenwel blijkbaar gesteld met een ander antwoord in gedachten. In casu lijkt er feitelijk geen sprake te zijn

8 Zie reeds arrest Cilfit, punt 9. Zie tevens arrest van 10 januari 2006, IATA en ELFAA (C-344/04, EU:C:2006:10, punt 28).

9 Zie reeds arrest van 16 juni 1981, Salonia (126/80, EU:C:1981:136, punt 7). Zie tevens arrest van 15 januari 2013, Križan e.a. (C-416/10, EU:C:2013:8, punt 65).

10 Zie bijvoorbeeld arresten van 17 juli 2008, Coleman (C-303/06, EU:C:2008:415, punt 29 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 22 december 2008, Les Vergers du Vieux Tauves (C-48/07, EU:C:2008:758, punt 20 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

11 Zie bijvoorbeeld arrest van 11 juni 1987, X (14/86, EU:C:1987:275, punt 11).

12 Zie bijvoorbeeld arrest van 13 april 2000, Lehtonen en Castors Braine (C-176/96, EU:C:2000:201, punt 19).

13 Zie reeds arrest van 28 juni 1978, Simmenthal (70/77, EU:C:1978:139, punten 10 en 11). Zie tevens recentelijk bijvoorbeeld arrest van 1 februari 2017, Tolley (C-430/15, EU:C:2017:74, punten 32 en 33).

14 Zie bijvoorbeeld arrest van 14 december 1995, Peterbroeck (C-312/93, EU:C:1995:437, punten 19 en 20). Zie tevens in het bijzonder met het oog op de mogelijke beperking van de omvang van een (tweede) beroepsgang, arrest van 4 juni 2002, Lyckeskog (C-99/00, EU:C:2002:329, punten 17 en 18).

15 Zie tevens in meer algemene zin arrest van 5 oktober 2010 Elchinov (C-173/09, EU:C:2010:581, punt 25), of arrest van 15 januari 2013, Križan e.a. (C-416/10, EU:C:2013:8, punt 67).

van een beperkend nationaal voorschrift en kunnen de partijen elementen die reeds in een verzoek om een prejudiciële beslissing aan de orde zijn gesteld, kennelijk (opnieuw) voor de verwijzende rechter ter discussie stellen. Het zou op zijn zachtst gezegd echter zeer ongebruikelijk zijn om de hierboven vermelde „faciliterende" rechtspraak – waarin er steeds nadrukkelijk op is gewezen dat nationale rechterlijke instanties volledig vrij zijn om in *elk* stadium van de procedure om het even *welke* vraag van Unierecht op te werpen – in te roepen om plots het tegenovergestelde resultaat te willen bereiken, namelijk het afsluiten van elke door het nationale recht toegestane discussie nadat op nationaal niveau een beslissing van het Hof is ontvangen

29. In de derde plaats zou dat ook niet stroken met de benadering die het Hof normaal volgt met betrekking tot het derde element dat de verwijzende rechter heeft aangehaald: de mogelijkheid om opnieuw om een prejudiciële beslissing te verzoeken. In dit verband heeft het Hof steeds benadrukt dat het de nationale rechterlijke instanties volledig vrij blijft staan om zich tot het Hof te wenden indien zij dit wenselijk achten, zonder dat de omstandigheid dat de bepalingen waarvan om uitlegging wordt gevraagd, reeds door het Hof zijn uitgelegd, eraan in de weg staat dat het Hof opnieuw uitspraak doet. [16]

30. Hetzelfde geldt *binnen eenzelfde* nationale procedure. Volgens het Hof is „een dergelijk verzoek [...] gerechtvaardigd, wanneer de nationale rechter bij de uitlegging of toepassing van het arrest op moeilijkheden stuit, wanneer hij het Hof een nieuwe rechtsvraag stelt of wanneer hij het Hof nieuwe feiten ter beoordeling voorlegt die ertoe kunnen leiden dat het Hof een eerder gestelde vraag anders beantwoordt". [17] Het is dus altijd mogelijk een nieuwe prejudiciële vraag te stellen over dezelfde Unievoorschriften, maar ook over eventueel andere bepalingen of vraagstukken.

31. Hieruit volgt dat op de eerste vraag kort kan worden geantwoord dat een verzoek om een prejudiciële beslissing te allen tijde *kan* worden ingediend ongeacht een eerdere prejudiciële beslissing van het Hof binnen dezelfde procedure, voor zover de verwijzende rechter de beslissing van het Hof noodzakelijk acht voor het wijzen van zijn vonnis. Die beslissing dient altijd door de nationale rechter te worden genomen gelet op de redelijke twijfel die er nog bij hem bestaat over de juiste toepassing van het Unierecht in een bij hem aanhangig geding.

2. Diepere laag: moeten werkelijk alle vragen worden voorgelegd voor een prejudiciële beslissing?

32. Het komt erop neer dat uitsluitend de verwijzende rechter bevoegd is en dat het uitsluitend aan hem staat om te beoordelen of hij een beslissing van het Hof (subjectief) noodzakelijk acht. Maar is dit wel het juiste antwoord? Of is deze stelling eigenlijk een omschrijving van het probleem? Moet er nog wel een verwijzingsverplichting zijn in een zaak zoals de onderhavige?

33. Tegen deze achtergrond strekt de eerste vraag van de verwijzende rechter zich uit tot een andere, veel diepere laag. Dat wordt nog eens benadrukt door het feit dat *de drie elementen* die hierboven als afzonderlijke vragen zijn besproken, tegelijkertijd in het hoofdgeding aan de orde komen. De vraag wordt dus of de verwijzende rechter, ondanks al deze omstandigheden, nog steeds verplicht is om een prejudiciële vraag tot het Hof te richten.

16 Zie bijvoorbeeld arresten van 17 juli 2014, Torresi (C-58/13 en C-59/13, EU:C:2014:2088, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak); 20 december 2017, Schweppes (C-291/16, EU:C:2017:990, punt 26), en 6 november 2018, Bauer en Willmeroth (C-569/16 en C-570/16, EU:C:2018:871, punt 21).

17 Zie beschikking van 5 maart 1986, Wünsche (69/85, EU:C:1986:104, punt 15); arrest van 11 juni 1987, X (14/86, EU:C:1987:275, punt 12); arrest van 6 maart 2003, Kaba (C-466/00, EU:C:2003:127, punt 39), en beschikking van 30 juni 2016, Sokoll-Seebacher en Naderhirn (C-634/15, EU:C:2016:510, punt 19).

34. Om die reden denk ik niet dat die vraag naar behoren kan worden beantwoord op de in het vorige deel aangegeven wijze. Daarnaast denk ik niet dat de vraag kan worden beantwoord door ervan uit te gaan dat de onderhavige zaak slechts betrekking heeft op de bindende kracht en de eerbiediging van een eerder arrest van het Hof. Het is zonder meer waar dat reeds sinds het arrest Da Costa e.a. [18], en zoals later is bevestigd in het arrest Cilfit [19], het gezag van een door het Hof reeds krachtens artikel 267 VWEU gegeven uitlegging deze verplichting van haar grond kan beroven en derhalve van haar inhoud kan ontdoen. [20] Dat geldt a fortiori wanneer de opgeworpen vraag zakelijk gelijk is aan een vraag die reeds in een gelijksoortige nationale procedure voorwerp van een prejudiciële beslissing is geweest. [21]

35. De verwijzende rechter heeft echter duidelijk aangegeven dat hij bij deze zaak deels wordt geconfronteerd met nieuwe, aanvullende elementen die niet eerder door het Hof waren behandeld. Het probleem is niet dat een eerdere beslissing van het Hof wordt genegeerd.

36. In deze context kan niet worden gesteld dat het Unierecht in de weg staat aan een Italiaanse praktijk waarbij de partijen de mogelijkheid krijgen om opmerkingen in te dienen in verband met een antwoord van een hogere rechter over een verzoek in het kader van die procedure. De Italiaanse regering heeft ter terechtzitting opgemerkt dat dit niet alleen de praktijk is met betrekking tot een antwoord van het Hof, maar tevens met betrekking tot een antwoord van het nationale grondwettelijk hof waaraan een nationale rechter een vraag inzake de grondwettelijkheid had voorgelegd. Op die manier hebben de partijen in het hoofdgeding invloed op de gevolgen die aan hun zaak moeten worden verbonden gelet op de richtsnoeren van een hogere rechter.

37. Tenzij het Hof alleen opnieuw wilde bevestigen wat al geweten is, zonder verder in te gaan op de diepere laag van deze zaak, of anders enkele van de hierboven genoemde elementen op eerder radicale wijze wil herzien, komt het erop neer dat een discussie over de aard en de draagwijdte van de verplichting om een prejudiciële vraag te stellen in het kader van het onderhavige geval op zijn plaats is. De betrokken partijen hebben verschillende standpunten hierover kenbaar gemaakt.

38. De opmerkingen van verzoeksters en verweerder in het hoofdgeding hebben vooral betrekking op de tweede en de derde vraag. Met betrekking tot de eerste vraag betogen verzoeksters dat een verzoek om een prejudiciële beslissing overbodig is wanneer er al vaste rechtspraak over bestaat, behalve als de toepasselijke rechtspraak te oud is of wanneer er, zoals in het hoofdgeding, nieuwe argumenten voor de verwijzende rechter zijn aangevoerd. Verweerder is van mening dat de verwijzende rechter geen nieuwe prejudiciële vragen had moeten stellen, omdat de uitlegging van de betrokken Unievoorschriften duidelijk was en de rechtspraak van het Hof reeds voorzag in een antwoord.

39. De Duitse, Franse en Italiaanse regering, alsmede de Commissie gaan nader in op de eerste vraag en leggen daarover een aantal standpunten voor. De Duitse regering en de Commissie zijn van mening dat er geen enkele reden is om het arrest Cilfit te herzien. De Duitse regering wijst erop dat de Cilfit-criteria de tand des tijds goed hebben doorstaan en in stand moeten worden gelaten.

18 Arrest van 27 maart 1963 (28/62–30/62, EU:C:1963:6; hierna: „arrest Da Costa”).

19 Punten 13 en 14 van dit arrest.

20 Met de impliciete veronderstelling, die pas later uitdrukkelijk is geformuleerd, dat de nationale rechter gebonden is aan de reeds door het Hof gegeven uitlegging – zie recenter bijvoorbeeld arrest van 5 oktober 2010, Elchinov (C-173/09, EU:C:2010:581, punten 29 en 30), of arrest van 5 juli 2016, Ognyanov (C-614/14, EU:C:2016:514, punt 33).

21 Zie bijvoorbeeld arrest van 4 november 1997, Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517, punt 29).

40. De Italiaanse regering heeft gepleit voor een beter evenwicht tussen de verwijzingsverplichting en een goede rechtsbedeling. Volgens haar handelen de rechters in laatste aanleg uitsluitend in strijd met artikel 267, derde alinea, VWEU als zij de door de partijen opgeworpen vragen van het Unierecht niet in overweging nemen of zonder nadere motivering ongegrond verklaren. Zij is van mening dat die motivering van essentieel belang is. Daardoor zou zelfs de aansprakelijkheid van de lidstaten kunnen worden beperkt als hun rechters in laatste aanleg nalaten prejudiciële vragen te stellen.

41. Volgens de Franse regering moeten de Cilfit-criteria (opnieuw) worden uitgelegd in het licht van de algemene doelstelling van artikel 267 VWEU en de huidige stand van het Unierecht, waarbij rekening moet worden gehouden met de structurele wijzigingen die zich hebben voorgedaan. De verwijzingsverplichting moet zich richten op belangrijke uitleggingsvragen en op vragen die aanleiding kunnen geven tot uiteenlopende interpretaties binnen de Unie, en niet per se op een concreet geval in de lidstaten. De verwijzingsverplichting zou niet moeten gelden voor vragen over de toepassing van het Unierecht. Een dergelijke verplichting zou alleen moeten bestaan voor algemene vragen of voor vragen die het Hof dwingen een algemeen analytisch kader of de criteria voor juridische argumentatie vast te stellen, alhoewel die een meer casuïstisch karakter hebben. Hoewel rechters in laatste aanleg nog steeds kunnen besluiten zich met andere soorten vragen tot het Hof te wenden, moeten de nationale rechterlijke instanties de vereisten van goede rechtsbedeling en een redelijke beslissingstermijn in acht nemen, met name wanneer het Hof in dezelfde procedure een eerste prejudiciële vraag heeft beantwoord.

B. Cilfit (en wat daarna kwam)

42. Krachtens artikel 267, derde alinea, VWEU zijn nationale rechterlijke instanties waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep, verplicht zich tot het Hof te wenden met vragen over de uitlegging of de geldigheid van het Unierecht.

43. Uit de tekst van het Verdrag blijkt dus duidelijk dat de rechters in laatste aanleg[22] verplicht zijn om zich tot het Hof te wenden met vragen als bedoeld in de eerste alinea van dat artikel. Zoals het geval is met meerdere bepalingen van primair recht, is de rest echter in de rechtspraak ontwikkeld.

44. Ten eerste wordt in de tekst van het Verdrag geen onderscheid gemaakt tussen vragen over de uitlegging en vragen over de geldigheid wat de draagwijdte van de verwijzingsverplichting betreft. Het Hof heeft echter over vragen betreffende de *geldigheid* vastgesteld dat *alle* nationale rechterlijke instanties, dat wil zeggen niet alleen rechters in laatste aanleg, zonder enig voorbehoud verplicht zijn om dergelijke vragen aan het Hof voor te leggen. De nationale rechterlijke instanties zijn niet bevoegd om zelf de geldigheid van handelingen van de instellingen van de Unie vast te stellen.[23] De uniforme toepassing is inzonderheid geboden wanneer het gaat om de geldigheid van een handeling van de Unie. Verschillen van inzicht tussen

[22] In deze conclusie gebruik ik dit bekende begrip als afkorting voor „nationale rechterlijke instanties waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep”. Over welke rechters als zodanig kunnen worden aangemerkt in elke *specifieke* procedure, zie bijvoorbeeld arresten van 4 juni 2002, Lyckeskog (C-99/00, EU:C:2002:329, punt 16); 16 december 2008, Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723, punten 76-78); 15 januari 2013, Križan e.a. (C-416/10, EU:C:2013:8, punt 72), en 21 december 2016, Biuro podróży „Partner” (C-119/15, EU:C:2016:987, punten 52 en 53).

[23] Zie arresten van 22 oktober 1987, Foto-Frost (314/85, EU:C:1987:452, punt 20); 6 december 2005, Gaston Schul Douane-expediteur (C-461/03, EU:C:2005:742, punt 17), en 21 december 2011, Air Transport Association of America e.a. (C-366/10, EU:C:2011:864, punt 47).

de rechterlijke instanties van de lidstaten over de geldigheid van handeling van de Unie zouden de eenheid van de rechtsorde van de Unie zelf in gevaar kunnen brengen en afbreuk kunnen doen aan het fundamentele vereiste van rechtszekerheid. [24]

45. Door dergelijke overwegingen komen vragen over de geldigheid van Unierechtelijke handelingen op een ander, afzonderlijk spoor terecht. Aangezien de categorische verplichting van alle nationale rechterlijke instanties om vragen over de geldigheid naar het Hof te verwijzen, een andere grondslag heeft dan de verwijzingsverplichting betreffende uitleggingsvragen, geldt hetzelfde in het bijzonder voor de uitzonderingen daarop. De Cilfit-uitzonderingen *gelden niet* voor de verwijzingsverplichting betreffende vragen over de *geldigheid*. [25]

46. Hier moet reeds worden benadrukt dat de discussie hieronder uitsluitend betrekking heeft op een verzoek om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van het Unierecht.

47. Ten tweede moet eerlijkheidshalve worden erkend dat de tekst van artikel 267, derde alinea, VWEU voorziet in een categorische verwijzingsverplichting die *zonder uitzondering* op alle nationale rechters in laatste aanleg rust: „[i]ndien een vraag te dien aanzien wordt *opgeworpen* [...] is deze instantie *gehouden* zich tot het Hof te wenden". De rechtspraak van het Hof heeft er in dit verband voor gezorgd dat de Cilfit-uitzonderingen met betrekking tot vragen over de *uitlegging* aan de orde worden gesteld.

48. Met dit punt wil ik zeker niet suggereren dat dergelijke uitzonderingen onjuist of onrechtmatig zijn. Ik denk juist dat zij daadwerkelijk noodzakelijk zijn. Toch wil ik in de discussie hieronder de aandacht daarop vestigen, omdat ik wil benadrukken dat wanneer het gaat om de aard en de draagwijdte van de verwijzingsverplichting of de uitzonderingen daarop, het argument dat „wijziging ervan niet mogelijk is, omdat de tekst van het Verdrag zo luidt" enigszins merkwaardig is. Artikel 267 VWEU is wat betreft de exacte omvang van de verplichting om vragen naar het Hof te verwijzen opvallend open. Het Verdrag rept met geen woord over de uitzonderingen op die verplichting. Om precies te zijn, een zeurderige tekstcriticus zou zelfs opperen dat er op basis van de tekst van artikel 267 VWEU geen uitzonderingen op de verwijzingsverplichting mogelijk zijn.

1. Redenen voor de verwijzingsverplichting

49. In algemene zin omvat „[h]et bij artikel 267 VWEU ingevoerde stelsel [...] een rechtstreekse samenwerking tussen het Hof en de nationale rechterlijke instanties, in het kader waarvan deze laatste nauwlettend deelnemen aan de *juiste toepassing* en de *eenvormige uitlegging* van het recht van de Unie en aan de bescherming van de door die rechtsorde aan particulieren verleende rechten". [26]

50. Het Verdrag eist echter van nationale rechters in laatste aanleg die onder artikel 267, derde alinea, VWEU vallen, meer dan van rechterlijke instanties die onder de tweede alinea ervan vallen. Derhalve moeten er andere, structurele redenen zijn waarom, naast de *verwijzingsmogelijkheid* waarover alle nationale rechterlijke instanties beschikken, op de rechterlijke instanties in laatste aanleg een *verwijzingsverplichting* rust.

[24] Zie bijvoorbeeld arresten van 22 oktober 1987, Foto-Frost (314/85, EU:C:1987:452, punt 15); 6 december 2005, Gaston Schul Douane-expediteur (C-461/03, EU:C:2005:742, punt 21), en 28 maart 2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, punten 78-80).

[25] Zie arrest van 6 december 2005, Gaston Schul Douane-expediteur (C-461/03, EU:C:2005:742, punten 20 en 25).

[26] Advies 1/09 (Overeenkomst tot invoering van een gemeenschappelijk stelsel voor octrooigeschillenbeslechting) van 8 maart 2011 (EU:C:2011:123, punt 84). Cursivering van mij.

51. De structurele reden voor de verplichting die op rechters in laatste aanleg rust, is reeds in een vroeg stadium in het arrest Hoffmann-Laroche vastgesteld: „voorkomen dat zich in een lidstaat nationale rechtspraak ontwikkelt die niet met de regels van het Unierecht strookt”.[27] Artikel 267, derde alinea, VWEU beoogt met andere woorden specifiek „te voorkomen dat in de [Unie] uiteenlopende rechtspraak over vragen van [Unierecht] ontstaat”.[28] Dat die verplichting is beperkt tot rechters in laatste aanleg is in het bijzonder gerechtvaardigd door het feit dat „een in laatste aanleg rechtsprekende rechterlijke instantie per definitie de laatste instantie [is] waarbij particulieren de hun door het Unierecht toegekende rechten geldend kunnen maken. De rechterlijke instanties die uitspraak doen in laatste aanleg zijn ermee belast op nationaal niveau de eenvormige uitlegging van de rechtsvoorschriften te verzekeren.”[29]

52. Naast de wens om de nationale rechter in het concrete geval te helpen bij de juiste uitlegging of toepassing van het Unierecht, wat kennelijk de overkoepelende strekking van artikel 267 VWEU is, is de strekking van de verwijzingsverplichting op systematische en structurele wijze verwoord: het voorkomen van uiteenlopende rechtspraak van de Unie. Het is dan logisch dat die doelstelling het best wordt verwezenlijkt door die nationale rechterlijke instanties die doorgaans met het verzekeren van uniformiteit op nationaal niveau zijn belast.

53. Eerlijkheidshalve moet echter worden erkend dat het Hof door de jaren heen in zijn uitspraken (en in de toepassingspraktijk) de reden voor de verwijzingsverplichting niet altijd op consistente wijze heeft verwoord. De ene keer worden de woorden „eenvormige uitlegging en toepassing van het Unierecht” gebruikt[30]; de andere keer wordt „juiste toepassing” en „eenvormige uitlegging” gebruikt[31], en soms zelfs ook alleen „uniforme toepassing”[32].

54. Het kan zijn dat de formulering slechts onbedoeld is gewijzigd. In andere gevallen wijzen zij echter op een dieperliggende discrepantie. Zij impliceren dat er altijd een spanning bestaat tussen de uitlegging van de *verplichting* krachtens artikel 267, derde alinea, VWEU en van de *mogelijkheid* krachtens de tweede alinea.

55. Het is evident dat de *mogelijkheid* krachtens de tweede alinea en het algemene doel van de prejudiciële procedure dienen om de nationale rechterlijke instanties te helpen bij het beslechten van een *concreet geval* waarin elementen van het Unierecht aan de orde zijn. Dat op een specifieke zaak gerichte „microdoel” komt op de lange termijn zeker ten goede aan het meer systemische „macrodoel” van de prejudiciële procedure. Zo worden er geleidelijk aan precedenten geschapen (of vaste rechtspraak zoals het Hof zou zeggen) die helpen om het Unierecht binnen de Europese Unie op uniforme wijze toe te passen.

27 Arrest van 24 mei 1977 (107/76, EU:C:1977:89, punt 5); vervolgens herhaald in een aantal andere arresten, zoals arresten van 2 april 2009, Pedro IV Servicios (C-260/07, EU:C:2009:215, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak); 15 maart 2017, Aquino (C-3/16, EU:C:2017:209, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 4 oktober 2018, Commissie/Frankrijk (Roerende voorheffing) (C-416/17, EU:C:2018:811, punt 109).

28 Arrest van 24 mei 1977, Hoffmann-Laroche (107/76, EU:C:1977:89, punt 7).

29 Zie bijvoorbeeld arrest van 15 maart 2017, Aquino (C-3/16, EU:C:2017:209, punt 34).

30 Bijvoorbeeld arrest van 24 mei 1977, Hoffmann-Laroche (107/76, EU:C:1977:89, punt 5), of de „Aanbevelingen aan de nationale rechterlijke instanties over het aanhangig maken van prejudiciële procedures” van het Hof van Justitie van de Europese Unie (PB 2019, C 380, blz. 1).

31 Bijvoorbeeld arrest Cilfit, punt 7, en advies 1/09 (Overeenkomst tot invoering van een gemeenschappelijk stelsel voor octrooigeschillenbeslechting) van 8 maart 2011 (EU:C:2011:123, punt 84).

32 Bijvoorbeeld arresten van 21 december 2011, Air Transport Association of America e.a. (C-366/10, EU:C:2011:864, punt 47), en 28 maart 2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, punt 80).

56. Kan de *verwijzingsverplichting* echter gewoonweg worden beschouwd als een uitbreiding van de *mogelijkheid* daartoe, zodat gevallen kunnen worden vastgesteld waarin de mogelijkheid om vragen naar het Hof te verwijzen, plotseling een structurele verplichting wordt, waardoor de individuele nationale rechter die „subjectief twijfels" heeft, zich plotseling „objectief genoodzaakt" ziet om de hulp van het Hof in te schakelen?

2. Uitzonderingen op de verplichting

57. Het arrest Cilfit had betrekking op een geschil tussen importeurs van wol en het Italiaanse ministerie van Volksgezondheid betreffende de betaling van een vast recht voor sanitaire keuring van uit (destijds) derde landen ingevoerde wol. De importeurs beriepen zich op een bepaling van een verordening op grond waarvan het de lidstaten verboden werd om heffingen van gelijke werking als douanerechten toe te passen op bepaalde producten van dierlijke oorsprong. Het ministerie van Volksgezondheid betoogde dat wol niet in het Verdrag was vermeld en derhalve niet onder die verordening viel.

58. De Corte Suprema di Cassazione (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken, Italië) heeft tegen deze achtergrond een prejudiciële vraag gesteld over de uitlegging van artikel 177, derde alinea, EEG-Verdrag (thans artikel 267 VWEU), waarmee hij in wezen wenste te vernemen of de verwijzingsverplichting automatisch ontstaat of afhankelijk is van het bestaan van redelijke twijfel omtrent de uitlegging. Volgens het ministerie van Volksgezondheid was de uitlegging van de verordening zo evident dat van mogelijke twijfel geen sprake kon zijn, waardoor een prejudiciële verwijzing naar het Hof niet vereist was. De betrokken importeurs betoogden dat wanneer er een vraag is gesteld over de uitlegging van een verordening aan een hoogste rechterlijke instantie waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep, die rechter gehouden is zich tot het Hof te wenden.

59. In zijn arrest heeft het Hof eerst gewezen op het doel van de verwijzingsverplichting, namelijk „verzekering van de juiste toepassing en de eenvormige uitlegging van het gemeenschapsrecht in alle lidstaten [...]. De derde alinea van artikel 177 beoogt inzonderheid te voorkomen dat in de Gemeenschap uiteenlopende rechtspraak over vragen van het gemeenschapsrecht ontstaat. De draagwijdte van deze verplichting moet bijgevolg aan deze doelstellingen worden getoetst, [...]."[33]

60. *Met het oog op die doelstellingen* heeft het Hof vervolgens geoordeeld dat de verwijzingsverplichting geen absoluut karakter heeft. Het heeft drie uitzonderingen op de verwijzingsverplichting van rechters in laatste aanleg vastgesteld.

61. In de eerste plaats zijn rechters in laatste aanleg niet gehouden een vraag van uitlegging te verwijzen „wanneer die vraag *niet ter zake dienend* is, dat wil zeggen wanneer het antwoord erop, hoe het ook luidt, geen invloed kan hebben op de oplossing van het geschil".[34]

62. Ik ben het ermee eens dat er wel degelijk discussie kan worden gevoerd over de vraag of hier in feite sprake is van een uitzondering op een verplichting dan wel een bevestiging dat er geen verplichting is. Als er geen (ter zake dienende) vraag van Unierecht is, wat moet of kan er dan

[33] Arrest Cilfit, punt 7.

[34] Ibidem, punt 10. Cursivering van mij.

worden gevraagd? Wanneer de vraag niet ter zake dienend is voor de oplossing van het hoofdgeding, is er niet alleen geen verwijzingsverplichting, maar is die vraag ook niet-ontvankelijk. [35]

63. Volgens mij moet de eerste „uitzondering" echter op de juiste manier binnen het tijdskader ervan worden begrepen. Dit was de eerste keer dat het Hof heeft geoordeeld dat, ondanks de bewoordingen van artikel 267, derde alinea, VWEU, dezelfde voorwaarde als in de tweede alinea ook van toepassing is. Echter nog belangrijker is wellicht dat door deze twee alinea's van artikel 267 VWEU met elkaar te verbinden, de eerste uitzondering structureel werd gekoppeld aan het concrete geval en het microdoel van het verzoek om een prejudiciële beslissing, namelijk de nationale rechterlijke instanties (in eerste en laatste aanleg) te helpen bij de beslechting van een bij hen aanhangig concreet geschil, wanneer een vraag van Unierecht wordt opgeworpen.

64. In de tweede plaats is er geen verwijzingsverplichting wanneer „de opgeworpen vraag zakelijk gelijk is aan een vraag welke reeds in een gelijksoortig geval voorwerp van een prejudiciële beslissing is geweest" [36], en in omstandigheden waarin „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". [37]

65. De tweede uitzondering, een zogenoemde *acte éclairé* (die in andere talen ook zo wordt genoemd) betreft omstandigheden waarover reeds rechtspraak van het Hof bestaat. Zij kwam tot stand als een uitbreiding van de reikwijdte van het arrest Da Costa, waarin het Hof oordeelde dat „het gezag van een door het Hof [...] gegeven uitlegging deze [verwijzingsverplichting] van haar grond kan beroven en derhalve van haar inhoud kan ontdoen". [38]

66. In de derde plaats heeft het Hof tenslotte opgemerkt dat er geen verwijzingsverplichting is wanneer „de juiste toepassing van het [Unierecht] zo evident [kan] zijn, dat redelijkerwijze geen twijfel kan bestaan omtrent de wijze waarop de gestelde vraag moet worden opgelost". [39] Dit is in wezen hoe (misschien wel) de bekendste uitzondering is ontstaan: de uitzondering van „geen redelijke twijfel", in andere talen ook wel *acte clair* genoemd.

67. Het Hof heeft verder verschillende vereisten opgesomd waaraan volgens de nationale rechter moet zijn voldaan, voordat hij kan oordelen dat er redelijkerwijze geen twijfel kan bestaan over de wijze waarop het betrokken Unievoorschrift moet worden uitgelegd. Het is voor discussie vatbaar of het vereiste dat de nationale rechter „ervan overtuigd [dient] te zijn dat die oplossing even evident zou zijn voor de rechterlijke instantie van de andere lidstaten en voor het Hof van Justitie" [40], tot die specifieke vereisten behoort of dat het feitelijk een soort algemeen criterium is dat nader preciseert wanneer er redelijkerwijs geen twijfel kan bestaan.

68. Ervan uitgaande dat dit een „algemeen" criterium is, heeft het Hof vervolgens aanvullende kenmerken van het gemeenschapsrecht opgesomd waarmee de nationale rechter rekening zou moeten houden alvorens hij tot de conclusie komt dat een dergelijk geval zich voordoet. Deze

35 Voor een recent voorbeeld zie arrest van 26 maart 2020, Miasto Łowicz en Prokurator Generalny (C-558/18 en C-563/18, EU:C:2020:234).

36 Arrest Cilfit, punt 13.

37 Ibidem, punt 14.

38 Arrest Da Costa, punt 38.

39 Arrest Cilfit, punt 16.

40 Ibidem, punt 16.

kenmerken zijn: i) „de uitlegging van een bepaling van gemeenschapsrecht vereist [...] een vergelijking van de verschillende taalversies"[41]; ii) „rechtsbegrippen [hebben] in het gemeenschapsrecht niet noodzakelijkerwijs dezelfde inhoud als in de verschillende nationale rechtsstelsels"[42], en iii) „elke bepaling van gemeenschapsrecht [moet] in haar context worden geplaatst en 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".[43]

3. Latere toepassingspraktijk (van dit Hof)

69. In de loop der jaren is er geen gebrek geweest aan bijdragen van academici[44] of zelfs van de rechterlijke instanties[45] aan het debat over de vraag of de Cilfit-uitzonderingen, en met name de punten betreffende de *acte clair*, inderdaad moeten worden beschouwd als vereisten, waarmee een checklist voor de nationale rechters in laatste aanleg wordt vastgelegd, of meer als een niet letterlijk te nemen „algemeen systeem van richtsnoeren" of „toolkit"[46].

70. In dit verband is de latere rechtspraak van het Hof zelf hierover van belang. Uit die rechtspraak vloeien twee punten voort die bijzonder vermeldenswaardig zijn. In de eerste plaats heeft het Hof het arrest Cilfit nooit herzien of genuanceerd, ook al had een aantal advocaten-generaal het Hof meerdere malen verzocht om dat wel te doen. In de tweede plaats kan, wat de concrete toepassing van de Cilfit-criteria betreft, worden betoogd dat de toepassingspraktijk van het Hof enigszins uiteenlopend is geweest, vooral in de loop van het laatste decennium.

71. Ten eerste wenste de verwijzende rechter in het arrest Intermodal Transports[47] te vernemen of hij verplicht was prejudiciële vragen te stellen over de uitlegging van de gecombineerde nomenclatuur (GN) indien een belanghebbende in een geschil over de indeling in de GN van een bepaald goed zich beroept op het oordeel van een douaneautoriteit zoals dat tot uitdrukking is gebracht in een aan een derde afgegeven bindende tariefinlichting (BTI) voor een soortgelijk goed en de verwijzende rechter van oordeel is dat die BTI niet in overeenstemming is met de GN. Wordt een rechter, met andere woorden, geacht redelijke twijfels te hebben wanneer hij een andere rechtsopvatting heeft dan de administratieve autoriteit van een andere lidstaat?

41 Ibidem, punt 18.

42 Ibidem, punt 19.

43 Ibidem, punt 20.

44 Waaronder met name Rasmussen, H., „The European Court's Acte Clair Strategy in C.I.L.F.I.T. Or: Acte Clair, of Course! But What does it Mean?", *EL Rev*., 9, 1984, blz. 242; Bebr, G., „The Preliminary Proceedings or Article 177 EEC – Problems and Suggestions for Improvement", in Schermers, H. G., e.a. (red.), *Article 177 EEC: Experience and Problems*, North-Holland, Amsterdam, 1987, blz. 355; Vaughan, D., „The Advocate's View" in Andenas, M., *Article 177 References to the European Court – Policy and Practice*, Butterworths, Londen, 1994, blz. 61; Broberg, M., „Acte clair revisited: Adapting the acte clair criteria to the demands of time", *CMLR*, 45, 2008, blz. 1383, Broberg, M., en Fenger, N., *Preliminary References to the European Court of Justice*, 2e druk, Oxford University Press, Oxford, 2014, blz. 240-246.

45 Zie reeds bijvoorbeeld de nationale juridische opvattingen in Schermers, H. G., e.a. (red.), *Article 177 EEC: Experience and Problems*, North-Holland, Amsterdam, 1987, blz. 53-134; algemeen rapport bij het 18e Colloquium van de Vereniging van de Raden van State en van de hoge administratieve rechtscolleges van de lidstaten van de Europese Unie in Helsinki, 20 en 21 mei 2002 over „Het verzoek om een prejudiciële beslissing van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen", blz. 28-29, zie tevens Wattel, P. J., „Köbler, Cilfit and Welthgrove: We can't go on meeting like this", *CMLR*, 41, 2004, blz. 177.

46 Om de uitdrukking te gebruiken van advocaat-generaal Wahl in de recente gevoegde zaken X en van Dijk (C-72/14 en C-197/14, EU:C:2015:319, punt 67).

47 Arrest van 15 september 2005 (C-495/03, EU:C:2005:552).

72. Het Hof oordeelde dat nog steeds kon worden voldaan aan de derde Cilfit-uitzondering (*acte clair*), ondanks dat een overheidsinstantie in een andere lidstaat het Unierecht anders had uitgelegd. Het Hof was van oordeel dat de omstandigheid dat de douaneautoriteiten van een andere lidstaat een beslissing hadden afgegeven waarin een andere uitlegging van de GN leek te zijn gegeven dan die welke de verwijzende rechter meende te moeten geven voor een soortgelijk product dat in dat geding aan de orde was, „deze rechter er dus ongetwijfeld toe [moest] aanzetten om bijzondere aandacht te geven aan zijn beoordeling of er redelijkerwijze geen ruimte voor twijfel [kon] bestaan over de juiste toepassing van de GN". [48] Evenwel kon het enkele bestaan van een dergelijke BTI de verwijzende rechter niet beletten om tot de slotsom te komen dat de juiste toepassing van een GN-tariefpost zo evident was dat redelijkerwijze geen ruimte voor twijfel kon bestaan. [49]

73. Ten tweede heeft de verwijzende rechter (Hoge Raad der Nederlanden) in het arrest X en van Dijk [50] gevraagd of de Hoge Raad, ondanks het feit dat een lagere rechter in Nederland aan het Hof een prejudiciële vraag had gesteld over dezelfde problematiek, toch rechtsgeldig uitspraak kon doen in een geding zonder het Hof te verzoeken om een prejudiciële beslissing en zonder de beantwoording van de prejudiciële vragen van die rechter in eerste aanleg af te wachten.

74. Het Hof heeft geoordeeld dat de omstandigheid dat een lagere rechter in een lidstaat twijfels heeft over de uitlegging, niet wegneemt dat er sprake kan zijn van een *acte clair* voor een rechter in laatste aanleg van diezelfde lidstaat. Het heeft eerst benadrukt dat „het uitsluitend aan de nationale rechterlijke instanties waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep staat om, op eigen verantwoordelijkheid en op onafhankelijke wijze, vast te stellen of er sprake is van een *acte clair*". [51] Verder heeft het vastgesteld dat „[a]angezien de omstandigheid dat een lagere rechter aan het Hof een prejudiciële vraag heeft gesteld over dezelfde problematiek als die welke is opgeworpen in het geding dat aanhangig is bij de nationale rechter die uitspraak doet in laatste aanleg, *op zichzelf* niet betekent dat de voorwaarden van het arrest [Cilfit] niet meer kunnen worden vervuld, zodat laatstgenoemde rechter zou kunnen besluiten ervan af te zien zich tot het Hof te wenden en zou kunnen besluiten de voor hem opgeworpen vraag op eigen verantwoordelijkheid op te lossen, dient […]te worden geoordeeld dat een dergelijke omstandigheid de hoogste nationale rechter *niet* verplicht de beantwoording door het Hof van de door de lagere rechter gestelde prejudiciële vraag af te wachten". [52]

75. Ten derde hebben de verzoekers in het arrest Ferreira da Silva e Brito e.a. [53], in een beroep tot vaststelling van de niet-contractuele civielrechtelijke aansprakelijkheid tegen de Portugese Staat, de uitlegging betwist van „overgang van een vestiging" in de zin van richtlijn 2001/23/EG [54] die de Supremo Tribunal de Justiça (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken, Portugal) daaraan had gegeven. Volgens de verzoekers had de Supremo Tribunal de Justiça zijn verwijzingsverplichting moeten nakomen en een vraag daarover aan het Hof moeten voorleggen. De verwijzende lagere rechter heeft aan het Hof gevraagd of artikel 267 VWEU aldus moest worden uitgelegd dat de Supremo Tribunal de Justiça, gelet op het feit dat de lagere nationale rechtbanken die de zaak

48 Ibidem, punt 34.

49 Ibidem, punt 35.

50 Arrest van 9 september 2015 (C-72/14 en C-197/14, EU:C:2015:564).

51 Ibidem, punt 59.

52 Ibidem, punt 61. Cursivering van mij.

53 Arrest van 9 september 2015 (C-160/14, EU:C:2015:565; hierna: „arrest Ferreira da Silva e Brito").

54 Richtlijn van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen (PB 2001, L 82, blz. 16).

hebben beoordeeld, tegenstrijdige beslissingen hebben gegeven, verplicht was het Hof te verzoeken om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van het begrip „overgang van een vestiging" in de zin van richtlijn 2001/23.

76. Het Hof heeft vastgesteld dat „het feit dat andere nationale rechterlijke instanties tegenstrijdige beslissingen hebben gegeven, *op zichzelf* beschouwd niet beslissend is voor de vraag of de verplichting krachtens artikel 267, derde alinea, VWEU bestaat. De rechterlijke instantie die in laatste aanleg uitspraak doet, kan immers van oordeel zijn dat, ofschoon lagere rechterlijke instanties een bepaling van het Unierecht in zekere zin hebben uitgelegd, geen redelijke twijfel kan bestaan over de juistheid van de uitlegging die zij voornemens is van die bepaling te geven en die verschilt van de uitlegging van die instanties."[55] Anders dan in het arrest X en van Dijk was het Hof hier van oordeel dat, omdat er binnen de nationale rechtspraak tegenstrijdige stromingen bestaan en de uitlegging van dat begrip tevens herhaaldelijk moeilijkheden oplevert in de verschillende lidstaten, een nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep, een prejudiciële vraag aan het Hof moet stellen teneinde het gevaar voor een onjuiste uitlegging van het Unierecht af te wenden.[56]

77. Ten vierde heeft het Hof in het arrest Association France Nature Environnement[57] de toepassing van de Cilfit-uitzonderingen uitgesloten (in casu zowel de *acte clair* als de *acte éclairé*), zonder uitdrukkelijk in te gaan op het vraagstuk van de redelijke twijfel. In de specifieke omstandigheid dat een rechter in laatste aanleg overweegt gebruik te maken van de bijzondere bevoegdheid om bepaalde gevolgen van een met het Unierecht onverenigbare nationale handeling te handhaven, heeft het Hof met betrekking tot de verwijzingsverplichting gekozen voor een strikte benadering.

78. Het Hof heeft eerst de criteria voor het bestaan van een *acte clair*[58] herhaald waarbij het heeft opgemerkt dat „[a]angezien, ten eerste, de mogelijkheid voor een nationale rechterlijke instantie tot beperking in de tijd van bepaalde gevolgen van een verklaring dat een bepaling van nationaal recht die is vastgesteld in strijd met de verplichtingen van [een richtlijn] geen voorwerp is geweest van een andere beslissing van het Hof sinds het [eerste] arrest[59], en, ten tweede, een dergelijke mogelijkheid *buitengewoon* is, [...] moet de nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen niet vatbaar zijn voor hoger beroep zich, met betrekking tot een zaak als in het hoofdgeding, voor een prejudiciële beslissing tot het Hof wenden wanneer bij haar de *minste twijfel* rijst over de uitlegging of de juiste toepassing van het Unierecht".[60] „Meer bepaald is deze nationale rechterlijke instantie, aangezien de uitoefening van deze buitengewone mogelijkheid afbreuk kan doen aan de eerbiediging van de voorrang van het Unierecht, alleen dan niet gehouden zich voor een prejudiciële beslissing tot het Hof te wenden wanneer zij ervan overtuigd is dat over de uitoefening van deze buitengewone mogelijkheid redelijkerwijs geen twijfel bestaat. Het ontbreken van dergelijke twijfel moet bovendien uitvoerig worden aangetoond."[61]

79. Die rechtspraak in samenhang beschouwd, levert ten minste drie opmerkelijke elementen op.

55 Arrest Ferreira da Silva e Brito, punten 41 en 42. Cursivering van mij.

56 Ibidem, punt 44.

57 Arrest van 28 juli 2016 (C-379/15, EU:C:2016:603).

58 Ibidem, punt 48.

59 Arrest van 28 februari 2012, Inter-Environnement Wallonie en Terre wallonne (C-41/11, EU:C:2012:103).

60 Arrest van 28 juli 2016, Association France Nature Environnement (C-379/15, EU:C:2016:603, punt 51). Cursivering van mij.

61 Ibidem, punt 52. Cursivering van mij.

80. Hoewel in alle zaken naar het arrest Cilfit wordt verwezen en in sommige zelfs de daarin genoemde uitzonderingen worden ingeroepen, worden de Cilfit-criteria in geen van die zaken daadwerkelijk toegepast. Er zou kunnen worden gesuggereerd dat dit feitelijke gegevens zijn waarvan de toepassing aan de nationale rechter wordt overgelaten. Dat is echter niet helemaal juist omdat het Hof in deze zaken zelf had beoordeeld of de verwijzende rechter in die omstandigheden de Cilfit-uitzonderingen, meestal die van de *acte clair*, al dan niet terecht had kunnen inroepen. Zelfs als het Hof duidelijk een dergelijke beoordeling uitvoert, lijkt het erop dat het daarbij evenwel zijn eigen toets niet toepast.

81. Ten tweede laat bovenstaande rechtspraak goed zien wat de problemen zijn bij de toepassingspraktijk als gevolg van de begripsmatige onduidelijkheid over de vraag of de redelijke twijfel subjectief of objectief moet worden vastgesteld. Gaat het louter om subjectieve twijfel die zich in het hoofd van de nationale rechter afspeelt? Of is die twijfel uitsluitend subjectief zolang die niet wordt weggenomen door sterke objectieve aanwijzingen? Of had de rechter feitelijk zelf moeten begrijpen dat er objectieve twijfels bestaan? De eerste twee arresten, Intermodal Transports en X en van Dijk, neigen naar een subjectieve benadering en laten de beslissing dus aan de nationale rechter over (het is uiteindelijk de nationale rechter die het beste een oordeel kan vellen). In de andere twee arresten, Ferreira da Silva e Brito en Association France Nature Environnement, wordt duidelijk gekozen voor de objectieve benadering (gelet op de objectieve omstandigheden had de rechter beter moeten weten).

82. Ten derde leiden dergelijke verschillen bij de toepassing van de criteria uiteraard tot enigszins verschillende oplossingen. Iedere zaak kent natuurlijk andere feiten. Waar het gaat om de algemene benadering is echter niet direct duidelijk hoe bijvoorbeeld het arrest X en van Dijk in overeenstemming kan worden gebracht met het arrest Ferreira da Silva e Brito. Er kan van worden uitgegaan dat er redelijke twijfel kan bestaan (en er dus geen sprake is van een *acte clair*) wanneer er objectieve tegenstrijdige standpunten bestaan over de uitlegging van dezelfde bepalingen. Indien echter aspecten van formele bevoegdheid of scheiding der machten mee in aanmerking worden genomen, kan het arrest Intermodal Transports natuurlijk worden onderscheiden: zelfs als er sprake is van uitlopende juridische uitleggingen over een handeling van het Unierecht, zijn dat „slechts" de opvattingen van administratieve autoriteiten en geen rechterlijke uitspraken.

83. In zowel het arrest X en van Dijk als het arrest Ferreira da Silva e Brito hadden de rechters in het desbetreffende rechtsgebied over dezelfde handelingen van het Unierecht anders beslist. Aangezien beide zaken betrekking hadden op *verschillende* procedures binnen die lidstaten, kon moeilijk worden volgehouden dat in één daarvan sprake was van een „eenmalige vergissing" door een lagere rechter die gecorrigeerd moest worden door een rechter in laatste aanleg. Objectief gezien werden dezelfde wettelijke bepalingen anders uitgelegd in verschillende procedures in dezelfde lidstaat.

84. Ik herhaal dat iedere zaak andere feiten kent. In beide zaken kunnen dus andere relevante feiten worden vastgesteld, wat een andere oplossing rechtvaardigt. Het meest fascinerende verschil was wel dat het arrest X en van Dijk betrekking had op een erkend uitleggingsverschil binnen *slechts een en hetzelfde* nationale rechtsstelsel, terwijl het verschil in Ferreira da Silva e Brito niet alleen binnen een lidstaat speelde, maar kennelijk ook *binnen de Unie*. Zoals het Hof immers in dat laatste arrest heeft overwogen heeft „de uitlegging van het begrip ‚overgang van een onderneming' [...] tal van vragen opgeroepen bij een groot aantal nationale rechterlijke instanties, die bijgevolg genoodzaakt waren zich tot het Hof te wenden. Uit die vragen blijkt niet alleen dat de uitlegging moeilijkheden oplevert, maar ook dat gevaar bestaat voor uiteenlopende rechtspraak

binnen de Unie."[62]

85. Was het dan de bedoeling van het Hof om het arrest Cilfit plotseling letterlijk op te vatten, dus in die zin dat een nationale rechter „ervan overtuigd [diende] te zijn dat die oplossing even evident zou zijn voor de rechterlijke instanties van de *andere* lidstaten en het Hof van Justitie"[63], zodat afwijkende beslissingen over het Unierecht *binnen dezelfde* lidstaten werden uitgesloten? Een dergelijke uitlegging is verrassend genoeg mogelijk. Daarin is evenwel een erg belangrijke aanname verborgen, namelijk dat de desbetreffende nationale hoogste rechters zogezegd orde op zaken moeten stellen en moeten zorgen voor uniformiteit in de nationale rechtspraak. Alleen dan, wanneer er in verschillende lidstaten uitleggingsverschillen zijn, zal de verwijzingsverplichting bestaan.[64]

86. Dit neemt echter niet weg dat over het geheel genomen de in dit deel uiteengezette recente rechtspraak van het Hof niet zomaar met elkaar te verenigen valt. Dit was voor een aantal academici de aanleiding om zich af te vragen of het Hof de Cilfit-criteria betreffende de leer van de *acte clair* enigszins stilzwijgend heeft versoepeld.[65] Kennelijk dachten sommige nationale rechterlijke instanties er hetzelfde over.[66]

87. Ik stel kortom voor dat de uiteenlopende rechtspraak hierboven *op zichzelf* al rechtvaardigt dat (de grote kamer van) het Hof verduidelijkt wat nu precies de draagwijdte is van de verwijzingsverplichting krachtens artikel 267, derde alinea, VWEU en de mogelijke uitzonderingen op die verplichting.

C. Problematiek omtrent het arrest Cilfit

88. In dit deel behandel ik de problemen (C) die mijns inziens als leidraad moeten dienen voor de herziening van CILFIT die in het volgende deel (D) in overweging wordt gegeven. Ik deel de problemen in vier categorieën in: *begripsmatige* moeilijkheden die zich van begin af aan in het arrest Cilfit voordeden en daaraan inherent waren (1); moeilijkheden inzake de *haalbaarheid* van de Cilfit-criteria (2); moeilijkheden inzake de structurele strijdigheid tussen de Cilfit-criteria en andere procedures en rechtsmiddelen in het Unierecht (3), en tot slot de moeilijkheden die zich later hebben voorgedaan vanwege de verdere *ontwikkeling* van het Unierecht en het rechtssysteem van de Unie (4).

62 Arrest Ferreira da Silva e Brito, punt 43.

63 Arrest Cilfit, punt 16. Cursivering van mij.

64 Zie over dit punt evenwel conclusie van advocaat-generaal Wahl in gevoegde zaken X en van Dijk (C-72/14 en C-197/14, EU:C:2015:319, punt 68).

65 Zie bijvoorbeeld Kornezov, A., „The New Format of the *Acte Clair* Doctrine and its Consequences", *CMLR*, deel 53, 2016, blz. 1317; Limante, A., „Recent Development in the Acte Clair Case Law of the EU Court of Justice: Towards a more Flexible Approach", *JCMS*, deel 54, 2016, blz. 1384; Gervasoni, S., „CJUE et cours suprêmes: repenser les termes du dialogue des juges?", *AJDA*, 2019, blz. 150.

66 Zie bijvoorbeeld arrest van het Ústavní soud (grondwettelijk hof, Tsjechische Republiek) van 11 september 2008, zaak nr. II.ÚS 3432/17 (ECLI:CZ:US:2018:2.US.3432.17.1). In die zaak heeft het Ústavní soud zich meerdere malen gebaseerd op het arrest Ferreira da Silva e Brito en, in strijd met zijn eerdere rechtspraak, geweigerd om maatregelen te nemen tegen de Nejvyšší soud (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken, Tsjechië) omdat zij had nagelaten een prejudiciële vraag te stellen vanwege tegenstrijdige uitspraken *binnen* die lidstaat over dezelfde vraag van Unierecht. Van belang is bijvoorbeeld Malenovský, J., „Protichůdné zájmy v řízení o předběžné otázce a jejích důsledky", *Právní rozhledy*, Beck, C. H., 6/2019, blz. 191.

1. Begripsmatige problemen

89. De oorspronkelijke blauwdruk en opzet van het arrest Cilfit bevatten een aantal tekortkomingen. Daarom hebben de Cilfit-criteria van meet af aan begripsmatig gezien problemen opgeleverd.

90. In de eerste plaats is er wat ik zou noemen de mismatch tussen Hoffmann-Laroche en Cilfit. Simpel gezegd komt de strekking van de Cilfit-uitzonderingen niet overeen met de aard van de verplichting om een prejudiciële vraag te stellen die uit het arrest Hoffmann-Laroche voortvloeit.

91. Sinds het arrest Hoffmann-Laroche in 1977 heeft het Hof steeds benadrukt dat de verwijzingsverplichting erop is gericht te voorkomen dat zich in een lidstaat rechtspraak ontwikkelt die niet strookt met die van een andere lidstaat en van het Hof.[67] De logica achter een dergelijke verwijzingsverplichting is duidelijk *structureel* verwoord en gericht op een eenvormige *uitlegging* binnen de Unie. Het bestaan en de aard van de verwijzingsverplichting lijken *objectief*, waarbij de nadruk ligt op de rechtspraak in het algemeen en niet louter op de bij de verwijzende rechter aanhangige concrete zaak: er mag geen sprake zijn van uiteenlopende nationale *rechtspraak* („la jurisprudence"; „die Rechtsprechung"; „giurisprudenza" in de andere officiële talen destijds).[68]

92. Ongeveer vijf jaar later, toen de uitzonderingen op die verplichting in het arrest Cilfit werden vastgesteld, was de strekking die aan deze uitzonderingen ten grondslag lag, echter vooral gericht op het *concrete geval* en de *subjectieve* twijfels van de rechter in dat *specifieke* geval. De enige echte uitzondering die betrekking heeft op structurele of systemische overwegingen waarbij van de nationale rechter wordt verlangd dat hij verder kijkt dan het individuele dossier, is de uitzondering met betrekking tot de leer van de *acte éclairé*: het bestaan van een precedent. De eerste uitzondering (bevestiging dat de vraag ter zake dienend is) heeft daarentegen uitsluitend betrekking op het specifieke geval. Bovenal wordt de *acte clair*-uitzondering beschouwd als een vreemde combinatie met betrekking tot het individuele geval, waarvan sommige objectief en algemeen zijn, maar de meeste subjectief.

93. Mijns inziens is dat feitelijk het probleem. Men zou verwachten dat de uitzonderingen op een verplichting een weerspiegeling zijn van de algehele strekking en het doel van die verplichting. Zij zouden bij wijze van spreken de andere kant van de medaille moeten zijn. De uitzonderingen zijn echter eigenlijk losgekoppeld van de verplichting waarop zij betrekking zouden moeten hebben. Terwijl in het arrest Cilfit wordt verklaard dat van de doelstellingen van het arrest Hoffmann-Laroche zou moeten worden uitgegaan[69], worden de uitzonderingen daarin toch op een heel andere leest geschoeid.

94. Ten tweede en enigszins terloops, lijkt de ontstaansgeschiedenis van de derde uitzondering (*acte clair*) de punten van twijfel te bevestigen als het gaat om de structurele juistheid van die specifieke juridische transplantatie. In het arrest Cilfit heeft het Hof in wezen het argument van de verweerder en klaarblijkelijk ook dat van de verwijzende rechter overgenomen: de uitlegging van de betrokken verordening was „zo evident [...] dat van mogelijke twijfel omtrent de uitlegging geen sprake [kon] zijn, [waardoor] een prejudiciële verwijzing naar het Hof van Justitie niet vereist

67 Zie punt 51 van deze conclusie.

68 Arrest van 24 mei 1977, Hoffmann-Laroche (107/76, EU:C:1977:89, punt 5).

69 Zie punten 59 en 60 van deze conclusie.

[was]”.[70] Het Hof heeft in zijn arrest grotendeels met die benadering ingestemd, maar het heeft die wel enigszins bijgesteld door „redelijke” toe te voegen om het soort twijfel omtrent de uitlegging te karakteriseren.

95. Het feit dat die uitzondering is ontstaan in de omstandigheden van een specifiek geschil, levert op zich geen problemen op. Het is veeleer de vraag of een specifiek Franse doctrine, die in een heel andere context voor een ander doel was ontwikkeld, kan worden getransplanteerd in een Unierechtelijke sui generi procedure.[71] De zogenoemde „leer van de *acte clair*” werd in het Franse rechtsstelsel in andere contexten toegepast, met name in zaken waarbij het ging om de uitlegging van verdragen. Hoewel de uitlegging daarvan alleen aan de minister van Buitenlandse Zaken was voorbehouden (de nationale rechterlijke instanties waren alleen bevoegd om die uitlegging op het specifieke geval toe te passen), steunden de Franse rechters op die rechtsleer ten behoeve van de rechterlijke uitleggingsbevoegdheid, maar ten nadele van die van de uitvoerende macht.[72] De Conseil d’État (hoogste bestuursrechter, Frankrijk) heeft die leer vanaf 1964 toegepast in het kader van de verwijzingsverplichting om deze leer in zijn eigen voordeel te beperken.[73] Vermoedelijk met de bedoeling het nationale gebruik van de *acte clair*-praktijk onder controle te brengen, heeft het Hof zich een instrument eigen gemaakt dat een heel andere functie had in het stelsel waarin het oorspronkelijk was ontwikkeld, en dit in de rechtsorde van de EU getransplanteerd.

96. Ten derde, ook al wordt ervan uitgegaan dat een transfunctionele juridische transplantatie daadwerkelijk mogelijk is zonder de gezondheid van de (ontvangende) patiënt in gevaar te brengen, neemt dit niet weg dat het in de (toenmalige communautaire) rechtsorde getransplanteerde instrument eenvoudigweg een andere functie had. De Cilfit-uitzonderingen, met name de *acte clair*, bleven gericht op het ontbreken van redelijke twijfel met betrekking tot de *oplossing van een concreet geval*. Er werd nog steeds gesproken over de juiste uitlegging en toepassing van het Unierecht op het concrete geval.

97. Het voorschrift dat in elk concreet geval moet worden nagegaan of het recht op de juiste manier is toegepast, is echter geen sinecure. Zelfs in *hiërarchische* nationale stelsels, die gebaseerd zijn op een concrete individuele toetsing van de rechtmatigheid van individuele beslissingen, met hoogste rechterlijke instanties die jaarlijks duizenden, of liever tienduizenden, beroepen behandelen, is dit ideaal moeilijk te bereiken Een dergelijke ideale en systemische logica staat haaks op de meer *gecoördineerde* stelsels van rechterlijk bestuur waarin in hoge mate wordt gesteund op de werking van precedenten en waarin een enkel precedent van groot belang kan zijn.[74] Mijns inziens valt te betwisten in hoeverre het huidige rechtsstelsel van de Unie overeenkomt met dit gecoördineerde ideaal. Het staat in ieder geval mijlenver af van het hierboven genoemde hiërarchische model.

70 Zie punt 3 van dit arrest.

71 Zie in dit verband de conclusie van advocaat-generaal Capotorti in Cilfit (283/81, EU:C:1982:267) die, na eerst een kritische analyse te hebben gegeven van de oorsprong van de Franse „leer van de *acte clair*”, zich evenmin wilde laten inspireren door de Italiaanse grondwet (de „kennelijke irrelevantie”-toets) voor de vaststelling van de omvang van de verwijzingsverplichting krachtens het Unierecht.

72 Over het gebruik van de *acte clair* in het algemeen door de Franse rechters zie bijvoorbeeld Lagrange, M., „Cour de justice européenne et tribunaux nationaux – La théorie de ‚l’acte clair’: pomme de discorde ou trait d’union?”, *Gazette du Palai*s, nr. 76-78, 19 maart 1971, blz. 1; specifiek in het kader van het Unierecht, zie bijvoorbeeld Lesguillons, H., „Les juges français et l’article 177”, *Cahiers de droit européen*, 4, 1968, blz. 253.

73 Franse Conseil d’État, arrest van 19 juni 1964, *Société des pétroles Shell-Berre*, nr. 47007, beter bekend als het eerste arrest waarin de Conseil d’État de „leer van de *acte clair*” op het Unierecht heeft toegepast.

74 Zie Damaška, M. R., *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*. Yale University Press, 1986, blz. 16.

98. Tot slot zorgen de Cilfit-uitzonderingen op de verwijzingsverplichting voor een verdere vervaging van de grens tussen uitlegging en toepassing van het Unierecht, hetgeen de juiste verdeling van de taken krachtens artikel 267 VWEU onderstreept. Indien moet worden vastgesteld dat in een concreet geval geen redelijke twijfel bestaat over de juiste toepassing van het Unierecht, wil er een uitzondering op de verwijzingsverplichting bestaan, waar ligt dan, althans bij benadering, de grens tussen de taken van dit Hof en die van de nationale rechterlijke instanties?

2. Haalbaarheid

99. Het is niet nodig om de discussie opnieuw aan te wakkeren over de vraag of de Cilfit-criteria, met name die betreffende het ontbreken van redelijke twijfel over de juiste uitlegging en toepassing van het Unierecht in een concreet geval (de *acte clair*-uitzondering), een checklist of simpelweg een „toolkit" vormen. Beiden zijn onuitvoerbaar. Als de criteria een checklist zouden vormen, kan die onmogelijk worden afgevinkt. Als zij een toolkit zouden vormen, rijst per definitie de vraag welk gereedschap in welk concreet geval moet worden gebruikt. Deze laatste vraag wordt des te nijpender bij het eventueel afdwingen van de naleving van de verwijzingsverplichting: hoe kan de naleving van die verplichting ooit worden afgedwongen zonder gevaar voor willekeur als duidelijke criteria ontbreken?

100. Een aantal advocaten-generaal heeft het gebrek aan haalbaarheid van de criteria al eens aangekaart. Ook is het opmerkelijk dat die criteria niet worden toegepast door de nationale rechterlijke instanties en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), met inbegrip van de rechterlijke instanties die naleving van de verwijzingsverplichting daadwerkelijk afdwingen.

101. Ten eerste heeft een aantal van mijn geleerde voorgangers, te beginnen met de bekende twijfels van advocaat-generaal Jacobs over bepaalde dameskleding en de indeling ervan als pyjama voor douanedoeleinden, kritiek geuit op de praktische problemen die verband houden met de uitzondering van de *acte clair*. In de zaak Wiener heeft advocaat-generaal Jacobs de opvatting verworpen dat „het arrest Cilfit aldus moet worden gelezen, dat de nationale rechter een gemeenschapsmaatregel telkens in alle officiële talen van de Gemeenschap zou moeten onderzoeken [...]. Dat zou in veel gevallen een onevenredige inspanning van de nationale rechter vergen", waarbij hij heeft opgemerkt dat het nogal vreemd zou zijn om van nationale rechters te eisen dat zij een methode gebruiken waarop „het Hof zelf ook zelden [teruggrijpt]".[75] Hij heeft er tevens op gewezen dat „[s]trikte toepassing van het arrest Cilfit zou betekenen, dat alle vragen betreffende het gemeenschapsrecht [...] door alle instanties in laatste aanleg aan het Hof zouden moeten worden voorgelegd".[76]

102. In haar conclusie in de zaak Intermodal Transports was advocaat-generaal Stix-Hackl van mening dat het „een praktisch ondraaglijke last op de nationale rechter [zou] leggen" als hij verplicht was een (toenmalig) gemeenschapsrechtelijk voorschrift in alle officiële talen van de Gemeenschap te onderzoeken.[77] Volgens haar kunnen de Cilfit-criteria niet worden gebruikt als „een soort schematisch toe te passen beslissingshandleiding".[78] In de conclusie in de zaak Gaston Schul heeft advocaat-generaal Ruiz-Jarabo benadrukt dat het arrest Cilfit in zijn geheel moest

75 Conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak Wiener SI (C-338/95, EU:C:1997:352, punt 65). Zie evenwel de conclusie van advocaat-generaal Tizzano in de zaak Lyckeskog (C-99/00, EU:C:2002:108, punt 75).

76 Conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak Wiener SI (C-338/95, EU:C:1997:352, punt 58).

77 C-495/03, EU:C:2005:215, punt 99.

78 Ibidem, punt 100.

worden herzien, en opgemerkt dat „de voorgestelde test onuitvoerbaar [was] op het tijdstip dat hij werd geformuleerd, maar in de werkelijkheid van 2005 […] onzinnig [was]”.[79] In de conclusie in de zaak X en van Dijk heeft advocaat-generaal Wahl duidelijk willen maken wat het belang is van de intrinsieke beoordelingsbevoegdheid van nationale rechters in laatste aanleg bij de beoordeling of een verwijzingsverplichting is ontstaan, waarbij hij heeft voorgesteld dat de Cilfit-criteria moeten worden gezien als een toolkit en heeft geoordeeld dat „indien een rechter die in laatste instantie uitspraak doet, zeker genoeg is van zijn eigen uitlegging om op eigen verantwoordelijkheid (en zo nodig onder aanvaarding van aansprakelijkheid), zonder de hulp van het Hof van Justitie, een vraag van Unierecht op te lossen, […] hij daartoe ook gerechtigd [moet] zijn”.[80]

103. Volgens mij is het niet nodig de argumenten te herhalen die al zo duidelijk door de reeds hierboven aangehaalde advocaten-generaal zijn verwoord, of aan te tonen waarom en hoe de Cilfit-criteria, op zich bekeken, volstrekt onhaalbaar zijn. Zoals advocaat-generaal Wahl treffend en op gevatte wijze heeft gezegd „lijkt [...] de kans dat zich een echte ‚acte clair’ voordoet in het beste geval zo groot als de kans een eenhoorn tegen te komen”.[81]

104. Eenvoudig gezegd worden de Cilfit-criteria met betrekking tot de vaststelling van de *acte clair*-uitzondering onvermijdelijk geplaagd door begripsmatige problemen die hierboven reeds uiteen zijn gezet.[82] Enerzijds is er sprake van een gezonde dosis *subjectivisme* dat niet te verifiëren en derhalve niet te controleren is: de nationale rechterlijke instanties moeten ervan „overtuigd [...] zijn dat die oplossing even evident zou zijn voor de rechterlijke instantie van de andere lidstaten en voor het Hof van Justitie”; het verzoek om een prejudiciële beslissing moet ook „noodzakelijk voor de beslechting van een geschil” zijn en er moet subjectief sprake zijn „redelijke twijfel”. Anderzijds zijn de *geobjectiveerde* elementen simpelweg niet haalbaar, in ieder geval voor de sterfelijke nationale rechter die niet beschikt over de eigenschappen, tijd en middelen van Dworkins rechter Hercules (vergelijken van (alle) taalversies; uitleggen van elke bepaling van het Unierecht in het licht van het Unierecht in zijn geheel, en bovendien met volmaakte kennis van de stand van de ontwikkeling op het moment waarop die bepaling wordt uitgelegd).

105. Ten tweede en, gelet op het punt hierboven, ook wel begrijpelijk, worden de Cilfit-criteria voor de *acte clair* nauwelijks op consistente en systematische wijze door de rechters in laatste aanleg toegepast bij de beoordeling van de derde uitzondering op de verwijzingsverplichting.[83] Het komt zeker wel voor dat een nationale rechter in laatste aanleg het arrest Cilfit aanhaalt. Dat betekent echter niet dat de criteria van dat arrest, met name de specifieke eis dat er sprake is van

79 Zie de conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer in de zaak Gaston Schul Douane-expediteur (C-461/03, EU:C:2005:415, punt 52).

80 Gevoegde zaken C-72/14 en C-197/14, EU:C:2015:319, punt 69.

81 Ibidem, punt 62.

82 Zie punt 81 van deze conclusie.

83 Voor vergelijkbare voorbeelden zie bijvoorbeeld de diverse landenrapporten van het 18e Colloquium van de Vereniging van de Raden van State en van de Hoge Administratieve Rechtscolleges van de Europese Unie in Helsinki, 20 en 21 mei 2002, over „Het verzoek om een prejudiciële beslissing van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen” (https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-01/ndr-cilfit_synthese_en.pdf); onderzoeksnota nr. 19/004 van mei 2019 samengesteld door het directoraat-generaal Bibliotheek, Onderzoek en Documentatie van het Hof over de „Toepassing van het arrest Cilfit door nationale rechterlijke instanties waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep (https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-01/ndr-CILFIT_synthese_en.pdf), of Fenger, N., en Broberg, M., „Finding Light in the Darkness: On The Actual Application of the Acte Clair Doctrine”, Yearbook of European Law, deel 30, nr. 1, 2011, blz. 180.

een *acte clair*, daadwerkelijk als zodanig worden toegepast.[84] Sommige nationale rechterlijke instanties vervangen de Cilfit-criteria door hun eigen criteria en normen. De Franse hoogste rechterlijke instanties hebben bijvoorbeeld meermalen geoordeeld dat de verwijzingsverplichting bestaat wanneer er sprake is van een „ernstige moeilijkheid" bij de uitlegging van het Unierecht, waarmee de verwijzingsverplichting soepeler wordt opgevat dan uit de letter en de geest van het arrest Cilfit volgt.[85] Ook andere hoogste rechterlijke instanties hebben de aard van de opgeworpen vraag als grondslag voor de verwijzingsverplichting genomen, ongeacht of er twijfel bestond over de uitlegging.[86]

106. Ten derde zijn er lidstaten waar een grondwettelijk hof de naleving van de verwijzingsverplichting controleert via een individuele grondwettelijke klacht, waarbij het recht op een bij de wet aangewezen rechter of een eerlijk proces wordt ingeroepen.[87] In deze stelsels is er in feite een veel lichtere maatstaf aangenomen dan die van het arrest Cilfit, waarbij de begrippen „kennelijk onhoudbare of willekeurige uitlegging van het Unierecht" centraal staan, vaak gekoppeld aan de verplichting om naar behoren te motiveren waarom het niet nodig was een prejudiciële vraag aan het Hof te stellen.[88]

107. Er kan worden betoogd dat nationale grondwettelijke hoven de verplichting om vragen naar het Hof te verwijzen krachtens artikel 267, derde alinea, VWEU toetsen aan hun *nationale* normen en opvattingen over de grondwettigheid en bescherming van de grondrechten. Dat geldt zeker voor de vraag of het toepasselijke nationale recht (het recht op een bij de wet aangewezen rechter of het recht op een eerlijk proces of eerlijke rechtsbedeling of een ander recht) als zodanig in het nationale rechtsstelsel wordt gewaarborgd. Voor de interne maatstaf ligt het anders, dat wil zeggen de specifieke voorwaarden waaronder een prejudiciële vraag moet worden gesteld. Wat dit laatste punt betreft, kan redelijkerwijs worden aangenomen dat nationale

84 Wat uiteindelijk leidt tot het gebruik van het begrip „ontbreken van redelijke twijfel", maar wel met een aangepaste inhoud. Zie bijvoorbeeld in Cyprus Anotato Dikastirio (hoogste rechterlijke instantie), Cypra Limited/Kipriakis Dimokratias, hoger beroep 78/2009 van 15 juni 2013 (er is slechts sprake van een verwijzingsverplichting wanneer het betrokken Unierecht niet „boven alle twijfel is verheven"); in het Engelse recht werd een wat soepelere toetsing ingevoerd dan de eis dat er „redelijke twijfel" moet bestaan, zie O'Byrne/Aventis Pasteur SA [2008] UKHL 34 (House of Lords), punt 23 (geen verwijzingsverplichting wanneer de uitlegging van de betrokken bepaling „redelijkerwijs niet kan worden betwist") en R. (over de toepassing van Buckinghamshire CC)/Secretary of State for Transport [2014] UKSC 3 [Supreme Court (hoogste rechterlijke instantie)], punt 127 (geen verwijzingsverplichting wanneer de uitlegging van de betrokken bepaling „redelijkerwijs vaststaat").

85 Zie bijvoorbeeld Conseil d'État, 1e/6e SSR, arrest van 26 februari 2014, nr. 354603, ECLI:FR:XX:2014:354603.20140226; Cour de cassation (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken), 1e civ., arrest van 11 juli 2018, nr. 17-18177, ECLI:FR:CCASS:2018:C100737. Hoewel de Conseil d'État zich meestal baseert op het criterium „ernstige moeilijkheden", gebruikt de Cour de cassation ook andere criteria.

86 Wanneer in de zaak „uitleggingsvragen moeten worden beantwoord die van algemeen belang zijn" [Cypriot Anotato Diskastiro Kyprou (hoogste rechterlijke instantie, Cyprus), Proedros Tis Demokratias/Vouli Ton Antiprosopon, hoger beroep 5/2016 van 5 april 2017]; of wanneer het gaat om een vraag over de uitlegging en niet over de toepassing van het Unierecht [Maltese Qorti tal-Appell (hof van beroep, Malta), arrest van 26 juni 2007, GIE Pari Mutuel Urbain (PMU)/Bell Med Ltd & Computer Aided Technologies Ltd, (224/2006/1)].

87 Voor een vergelijkend overzicht zie reeds Solar, N., *Vorlagepflichtverletzung mitgliedstaatlicher Gerichte und ihre Sanierung*, Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Wenen, 2004; of Warnke, M., *Die Vorlagepflicht nach Art. 234 Abs. 3 EGV in der Rechtsprechungspraxis des BVerfG im Vergleich zu den Verfassungsgerichtsbarkeit der EG-Mitgliedstaaten*, Peter Lang, Frankfurt, 2004. Zie recenter bijvoorbeeld de afzonderlijke landverslagen in Coutron, L. (dir.), *L'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice: une obligation sanctionnée*?, Bruylant, Brussel, 2014, of de afzonderlijke bijdragen in de speciale editie van 2015, deel 16 *German Law Journal* 6, met name Lacchi, C., „Review by Constitutional Courts of the Obligation of National Courts of Last Instance to Refer a Preliminary Question to the Court of Justice of the EU", blz. 1663.

88 Ter illustratie zie in Duitsland Bundesverfassungsgericht (grondwettelijk hof), beschikking van 9 mei 2018 – 2 BvR 37/18; in Spanje, Tribunal Constitucional (federaal grondwettelijk hof), 19 april 2004, STC 58/2004 ((ECLI:ES:TC:2004:58); in Tsjechië, Ústavní soud (grondwettelijk hof), 8 januari 2009, nr. II. ÚS 1009/08; in Kroatië, Ustavni sud Republike Hrvatske (grondwettelijk hof), beslissing nr. U-III-2521/2015 van 13 december 2016; in Slowakije, Ústavný súd (grondwettelijk hof), arrest van 18 april 2012, nr. II. ÚS 140/2010; in Slovenië, Ustavno sodišče (grondwettelijk hof), beslissing nr. Up-1056/11 van 21 november 2013, ECLI:SI:USRS:2013:Up.1056.11.

grondwettelijke bepalingen daar niet in voorzien. Wanneer het echter gaat om het daadwerkelijk afdwingen van de nakoming van de verplichting lijkt geen van de nationale grondwettelijke hoven het arrest Cilfit feitelijk te hebben omarmd.

108. Ten vierde baseert het EHRM zich op de Cilfit-criteria bij de beoordeling of nationale rechters in laatste aanleg hebben nagelaten een prejudiciële vraag aan het Hof voor te leggen in het kader van het recht op een eerlijk proces krachtens artikel 6, lid 1, van het Verdrag voor de rechten van de mens (EVRM). Het EHRM heeft bijvoorbeeld in de zaak Dhahbi tegen Italië geoordeeld dat artikel 6, lid 1, EVRM was geschonden omdat de nationale rechter niet had gemotiveerd waarom hij geen prejudiciële vraag aan het Hof had gesteld. Het EHRM heeft vastgesteld dat de Corte suprema di cassazione (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken, Italië) niet was ingegaan op het verzoek van de verzoeker om een prejudiciële vraag aan het Hof voor te leggen, niet had gemotiveerd waarom het volgens hem niet nodig was de opgeworpen vraag naar het Hof te verwijzen en ook niet naar de rechtspraak van het Hof had verwezen. [89] In een andere zaak heeft het EHRM echter geoordeeld dat een verkorte motivering voor de weigering om een prejudiciële vraag te stellen, voldoende was wanneer de nationale rechter reeds in een ander deel van zijn beslissing had geoordeeld dat een dergelijk verzoek overbodig was. [90] Het EHRM heeft ook vastgesteld dat wanneer een nationale rechter in laatste aanleg weigert of nalaat een prejudiciële vraag te stellen, hij dat besluit moet motiveren in het licht van de uitzonderingen van de rechtspraak van het Hof. Hij moet met name aangeven waarom hij van oordeel is dat de vraag niet ter zake dienend is, de betrokken bepaling van Unierecht reeds door het Hof is uitgelegd, of de juiste toepassing van het Unierecht zo evident is dat redelijkerwijze geen ruimte voor twijfel kan bestaan. [91]

109. Hoewel het EHRM in zijn beoordeling naar het arrest Cilfit verwijst, focust het zich in het algemeen op de motivering van een nationale beslissing om geen prejudiciële vraag te stellen. Zonder uitgebreid in te gaan op de inhoud of uitgebreid na te gaan of is voldaan aan het vereiste van het arrest Cilfit dat er geen redelijke twijfel bestaat, toetst het EHRM of de nationale rechters in laatste aanleg naar behoren hebben gemotiveerd waarom volgens hen aan de Cilfit-criteria is voldaan, zonder zelf ten gronde na te gaan of dat daadwerkelijk het geval is.

110. Het gebrek aan redelijke richtsnoeren over de logica en de toepassing van de Cilfit-criteria blijkt kortom niet alleen uit de (verrassend consistente) kritiek van de advocaten-generaal in het verleden, maar tevens uit het eenvoudige feit dat onder degenen die deze verplichting moeten toepassen, en in het bijzonder onder degenen die de nakoming ervan afdwingen, niemand de richtsnoeren van het Hof lijkt te volgen. De reden hiervoor is volgens mij niet dat zij op een of andere manier het Hof willen negeren. Het is meer een kwestie van natuurlijk zelfbehoud. *Impossibilium nulla est obligatio.*

89 EHRM, 8 april 2014, Dhahbi tegen Italië, CE:ECHR:2014:0408JUD001712009, § 33. Voor de recentste vaststellingen van schendingen zie bijvoorbeeld EHRM, 16 april 2019, Baltic Master tegen Litouwen, CE:ECHR:2019:0416JUD005509216, §§ 36-38, en EHRM, 13 februari 2020, Sanofi Pasteur tegen Frankrijk, CE:ECHR:2020:0213JUD002513716, § 81.

90 EHRM, 24 april 2018, Baydar tegen Nederland, CE:ECHR:2018:0424JUD005538514, § 43.

91 EHRM, 20 september 2011, Ullens de Schooten en Rezabek tegen België, CE:ECHR:2011:0920JUD000398907, § 62, en 10 april 2012, Vergauwen en anderen tegen België, CE:ECHR:2012:0410DEC000483204, §§ 89 en 90.

3. Systemische samenhang van rechtsmiddelen van het Unierecht

111. Een ander argument voor de grondige herziening van het arrest Cilfit is de systemische, horizontale samenhang van de rechtsmiddelen van het Unierecht. De Cilfit-criteria zijn kort gezegd op een vreemde manier losgekoppeld van de middelen waarin het Unierecht zelf voorziet om de naleving van de verwijzingsverplichting krachtens artikel 267, derde alinea, VWEU af te dwingen.

112. Op dit moment voorziet het Unierecht niet in een specifiek rechtsmiddel dat de partijen kunnen aanwenden als volgens hen inbreuk is gemaakt op het recht om een vraag aan het Hof voor te leggen krachtens artikel 267, derde alinea, VWEU. [92] Dat is een logisch gevolg van het feit dat het Hof nadrukkelijk heeft vastgesteld dat de partijen in het hoofdgeding niet automatisch het recht hebben dat er een verzoek om een prejudiciële beslissing wordt ingediend omdat artikel 267 VWEU geen rechtsmiddel is ten behoeve van de partijen in een bij een nationale rechter aanhangig geding. [93] Gelet op de (thans) solide constitutionele rechtspraak van de lidstaten [94], alsmede de rechtspraak van het EHRM [95], op grond waarvan de partijen bij die procedure, zodra aan de (objectieve) criteria voor het bestaan van een verwijzingsverplichting is voldaan, het (subjectieve) recht hebben om hun zaak naar het Hof te laten verwijzen, dat is verbonden aan hun recht op een eerlijk proces, kan niettemin worden gesteld dat dit wellicht niet de enige mogelijke benadering is. [96]

113. Aangezien er geen „rechtstreeks" rechtsmiddel is, zou de verwijzingsverplichting krachtens artikel 267, derde alinea, VWEU mogelijk via een eventuele vordering wegens staatsaansprakelijkheid of een inbreukprocedure kunnen worden afgedwongen. Dit is echter precies waar het knelt.

114. Om te beginnen is het sinds het arrest Köbler mogelijk om bij een nationale rechter vergoeding te verkrijgen van de schade die is veroorzaakt door schending van aan particulieren verleende rechten door een beslissing van een in laatste aanleg rechtsprekende rechterlijke instantie. [97] Een dergelijke vordering kan alleen slagen als de geschonden rechtsregel ertoe strekt particulieren rechten toe te kennen, er sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending en er een rechtstreeks causaal verband bestaat tussen deze schending van de op de staat rustende verplichting en de door de betrokkenen geleden schade. Voor de staatsaansprakelijkheid voor schade als gevolg van de beslissing van een in laatste aanleg rechtsprekende nationale rechterlijke instantie, gelden dezelfde voorwaarden. [98]

92 In 1975 heeft het Hof in een rapport voorgesteld een geschikt rechtsmiddel in te voeren voor schending van artikel 177 EEG (oud), hetzij door een rechtstreeks verzoek bij het Hof door de partijen in het hoofdgeding, hetzij door een verplichte verzuimprocedure, of ten slotte door een schadevordering van de gelaedeerde partij tegen de betrokken staat [Verslagen over de Europese Unie. Bulletin van de Europese Gemeenschappen (supplement 9/75, blz. 18)].

93 Zie in dat verband arrest van 18 juli 2013, Consiglio Nazionale dei Geologi en Autorità Garante della Concorrenza e del mercato (C-136/12, EU:C:2013:489, punt 28 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

94 Beschreven in punt 106 van deze conclusie.

95 Zie punten 108 en 109 van deze conclusie.

96 Zie in dit verband bijvoorbeeld Baquero Cruz, J., „The Preliminary Rulings Procedure: Cornerstone or Broken Atlas?", *What's Left of the Law of Integration? Decay and Resistance in European Union Law*, Oxford University Press, 2018, blz. 64 en 65.

97 Arrest van 30 september 2003 (C-224/01, EU:C:2003:513, punt 36).

98 Zie bijvoorbeeld arresten van 30 september 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, punten 51 en 52); 28 juli 2016, Tomášová (C-168/15, EU:C:2016:602, punten 22 en 23), en 29 juli 2019, Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe (C-620/17, EU:C:2019:630, punten 35 en 36).

115. Toch doen zich twee problemen voor. Ten eerste kan de staat niet aansprakelijk worden gesteld *enkel* op grond dat de verwijzingsverplichting niet is nagekomen, aangezien artikel 267, derde alinea, VWEU geen regel is „die ertoe strekt aan particulieren rechten toe te kennen". Ten tweede en afgezien daarvan spelen de Cilfit-criteria geen rol wanneer wordt nagegaan of er al dan niet, ten minste objectief gezien, andere Unievoorschriften zijn geschonden.[99] In dergelijke omstandigheden is de norm een *kennelijke schending* van het toepasselijke recht die kan leiden tot een *voldoende gekwalificeerde schending*.[100]

116. Voorts is er de inbreukprocedure van artikel 258 VWEU. Wat jarenlang een theoretische mogelijkheid leek[101], is in 2018 werkelijkheid geworden. In het dictum van zijn arrest Commissie/Frankrijk (Roerende voorheffing)[102] heeft het Hof vastgesteld dat een lidstaat het Unierecht had geschonden, *met name* omdat een rechter in laatste aanleg het Hof niet (één keer) om een prejudiciële beslissing had verzocht in het kader van zijn verwijzingsverplichting krachtens artikel 267, derde alinea, VWEU in een situatie waarin de uitlegging van de betrokken materiële Unievoorschriften niet zo evident was dat er redelijkerwijze geen ruimte voor twijfel kon bestaan.

117. Het Hof kwam tot die conclusie op basis van het arrest Cilfit[103], of in ieder geval op basis van de algemene eis ervan dat er redelijkerwijs geen ruimte voor twijfel mag zijn. Het Hof heeft eerst opgemerkt dat de Franse Conseil d'État had besloten af te wijken van een eerder arrest van het Hof over wetgeving van het Verenigd Koninkrijk, op grond dat de betrokken Britse regeling verschilde van de Franse regeling, terwijl de Conseil d'État „niet met zekerheid kon weten dat zijn redenering even evident zou zijn voor het Hof".[104] Derhalve heeft het Hof geoordeeld dat de Conseil d'État, door in twee van zijn arresten geen prejudiciële vraag te stellen, „in deze arresten heeft gekozen voor een oplossing op basis van een uitlegging van de artikelen 49 en 63 VWEU die strijdig is met de oplossing die in het onderhavige arrest is gekozen, hetgeen impliceert dat niet kan worden uitgesloten dat op het moment van de uitspraak van de Conseil d'État redelijkerwijze ruimte was voor twijfel over deze uitlegging".[105]

118. Drie aspecten die verband houden met het arrest Commissie/Frankrijk, zijn van bijzonder belang. Ten eerste was het in de inbreukprocedure onmiskenbaar aan het Hof zelf om de Cilfit-criteria toe te passen. Het Hof heeft in dat arrest echter alleen melding gemaakt van het in het arrest Cilfit vastgestelde algemene criterium, zonder in te gaan op de specifieke criteria of die toe te passen. Het is opmerkelijk dat er geheel niet is ingegaan op eventueel tegenstrijdige uitspraken hierover van rechters in laatste aanleg in andere lidstaten of zelfs van andere rechters in Frankrijk, maar evenmin op eerdere rechtspraak van het Hof zelf hierover, afgezien van één arrest.

99 Hoewel zij wel van toepassing lijken te zijn, zie in dat verband arrest van 30 september 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, punt 118).

100 Waarbij de niet-nakoming van de verwijzingsverplichting slechts een van de in aanmerking te nemen factoren kan zijn. Zie bijvoorbeeld arresten van 30 september 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, punt 55); 28 juli 2016, Tomášová (C-168/15, EU:C:2016:602, punt 25), en 29 juli 2019, Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe (C-620/17, EU:C:2019:630, punt 42).

101 De eerste tekenen daarvan kwamen naar voren in het arrest van 9 december 2003, Commissie/Italië (C-129/00, EU:C:2003:656), en 12 november 2009, Commissie/Spanje (C-154/08, niet gepubliceerd, EU:C:2009:695). In beide zaken had de procedure formeel betrekking op de onverenigbaarheid van het nationale recht of administratieve praktijk met andere materiële Unievoorschriften. Vooral in de laatste zaak was het echter overduidelijk dat het Tribunal Supremo (hoogste rechterlijke instantie, Spanje) verantwoordelijk was voor het niet-naleven van de verwijzingsplicht (zie met name punten 124-126 van dat arrest).

102 Arrest van 4 oktober 2018 (C-416/17, EU:C:2018:811; hierna: „arrest Commissie/Frankrijk").

103 Ibidem, punt 110.

104 Ibidem, punt 111.

105 Ibidem, punt 112.

119. Ten tweede staat een dergelijke stellige bevestiging van „striktere Cilfit-criteria", althans van de geest ervan, enigszins op gespannen voet met de recentste rechtspraak van het Hof over dezelfde vraag, zoals met name blijkt uit de zaken X en van Dijk en Ferreira da Silva e Brito, die hierboven zijn besproken.[106] Terwijl in het arrest X en van Dijk een soepele benadering de nieuwe regel leek te zijn, is die soepele benadering plotseling wederom in een strikte benadering veranderd.

120. Ten derde laat dit waarschijnlijk bij sommigen een enigszins bittere nasmaak achter vanwege een onderscheid dat eigenlijk niet uit te leggen valt met betrekking tot wat er feitelijk wordt toegepast en afgedwongen en de manier waarop die toepassing en handhaving plaatsvindt en de reden daarvan. Dit wil zeker niet zeggen dat de Commissie niet volledig vrij zou kunnen bepalen of zij een procedure zal inleiden krachtens artikel 258 VWEU, zoals in de vaste rechtspraak is vastgesteld.[107] Evenmin wordt hiermee beoogd tegen de oplossing van het arrest Commissie/Frankrijk in te gaan: als het arrest Cilfit nu serieus moet worden genomen, dan zou er in het arrest Commissie/Frankrijk inderdaad sprake zijn geweest van redelijke twijfel over de juiste toepassing van het Unierecht.[108]

121. Het gaat om iets anders: het algemene gebrek aan (horizontale) samenhang met betrekking tot het sanctioneren van de verwijzingsverplichting krachtens artikel 267, derde alinea VWEU in het Unierecht. De rechtspraak van het Hof zelf over de omvang van die verplichting, zeker de recentste rechtspraak, lijkt niet te stroken met de recentelijk (her)ontdekte handhaving van die verplichting krachtens artikel 258 VWEU, en lijkt volledig te zijn losgekoppeld van de staatsaansprakelijkheid. Dienen dit echter niet de aspecten te zijn van een en dezelfde verwijzingsverplichting krachtens artikel 267, derde alinea, VWEU?

4. Ontwikkeling van het Unierecht en het rechtsstelsel

122. Het is mijns inziens niet nodig om verder uit te weiden over wat al duidelijk is: de enorme ontwikkeling die de Unie in de afgelopen 40 jaar heeft doorgemaakt. Op één recente uitzondering na is het aantal lidstaten voortdurend toegenomen. Het aantal officiële talen is toegenomen en er zijn meer rechters die een zaak voor het Hof kunnen brengen. De werkingssfeer en de reikwijdte van het Unierecht zelf zijn gewoonweg ongekend. Na de voltooiing van de interne markt en maar liefst vijf opeenvolgende Verdragswijzigingen later, is het bijna onmogelijk om een gebied aan te wijzen dat de Uniewetgeving niet bestrijkt of waar de uitlegging van het Hof niet nodig is. Deze factoren hebben tot gevolg dat er steeds meer nieuwe prejudiciële vragen worden ingediend, terwijl het Hof niet beschikt over eindeloze rechterlijke middelen.

123. Desondanks blijft te midden van dit sterk veranderde rechtslandschap de onwrikbare titan uit vroeger tijd overeind staan, te weten de Cilfit-rechtspraak, volgens welke rechters in laatste aanleg verplicht zijn zich tot het Hof te wenden in alle gevallen waar redelijkerwijs ruimte is voor enige vorm van twijfel. Volgens mij is het niet nodig om de systemische wijzigingen een voor een

106 Zie punten 73-86 van deze conclusie.

107 Zie arrest van 14 februari 1989, Star Fruit/Commissie (247/87, EU:C:1989:58, punt 11).

108 Gelet reeds op het feit dat dezelfde rechtsvraag voor de *openbare rapporteur van de Conseil d'État zelf in die procedure* ook niet zo evident was. Zie de conclusie van advocaat-generaal Wathelet in Commissie/Frankrijk (C-416/17, EU:C:2018:626, punten 56, 81 en 99).

door te nemen om te laten zien hoe daardoor een wijziging van de grondslag voor de redenering achter het arrest Cilfit teweeg is gebracht.[109] In plaats daarvan en tot slot wil ik wijzen op een andere, onderliggende vraag.

124. Doordat de omgeving is veranderd en het stelsel is volgroeid, heeft het karakter van de prejudiciële procedure ook een ontwikkeling doorgemaakt. De procedure die oorspronkelijk was bedoeld als een samenwerkingsverband en een procedure voor justitiële samenwerking tussen gelijke partners, veranderde geleidelijk aan en bovenal noodgedwongen in een procedure waarin de nadruk kwam te liggen op het scheppen van precedenten ten behoeve van de systemische uniformiteit. Weliswaar wordt nog steeds gesproken in termen van „bijstand" en „samenwerkingsverband", maar wie het stelsel langdurig en nauwkeurig bekijkt, ziet dat er geleidelijk een aantal verticale elementen is ingevoerd.

125. Hierdoor komt de nadruk steeds meer op het macrodoel of publieke doel van de rechtspraak van het Hof te liggen, namelijk het verzekeren van eenvormige uitlegging en verdere ontwikkeling van het recht. Het concrete geval zal natuurlijk altijd blijven bestaan, evenals de microdimensie of particuliere dimensie van een geschil. Steeds vaker ligt het zwaartepunt echter niet meer op het specifieke dossier, vooral als het gaat om een procedure zoals de prejudiciële verwijzing, waar het aan de verwijzende rechter staat om de feiten vast te stellen en het geschil te beslechten.

126. Een andere parallel die binnen het systeem kan worden getrokken is artikel 58 bis van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie, dat kortgeleden is ingevoerd en dat een filtermechanisme heeft ingesteld voor het instellen van hogere voorzieningen tegen arresten van het Gerecht bij het Hof op bepaalde gebieden. Een dergelijke hogere voorziening zal niet ten gronde worden behandeld, tenzij het Hof besluit dit toe te laten wanneer daarbij „een vraag aan de orde komt die belangrijk is voor de eenheid, de samenhang of de ontwikkeling van het Unierecht".[110] Als dergelijke overwegingen ook opgaan voor rechtstreekse acties, waarbij uitsluitend het Hof bevoegd is, en de procedure voor beide rechterlijke instanties van de Unie dus voornamelijk is gericht op de beslechting van het concrete geval, zou dezelfde redenering dan ook niet a fortiori moeten gelden voor de prejudiciële procedure?

127. Tot slot brengt de ontwikkeling van het rechtsstelsel tevens de ontwikkeling van de onderdelen daarvan mee. De nationale rechterlijke instanties zijn nu veel meer vertrouwd geraakt met het Unierecht in het algemeen en met de prejudiciële procedure in het bijzonder, uitzonderingen daargelaten. Het is echter niet de bedoeling dat een eventuele (weigerachtige) boom het hele (volgzame) bos overschaduwt. Nationale rechters in laatste aanleg, met name die welke structureel zijn belast met het verzekeren van de eenheid en uniforme toepassing van het recht binnen hun rechtsgebied, hebben van oudsher samen met het Hof vastgesteld welke zaken structureel van belang zijn voor de rechtsorde van de Unie. Is het niet zo dat er ook verticaal sprake moet zijn van wederzijds vertrouwen (waarvan het de vraag is of daar werkelijk sprake van is)?

128. Het feit dat nationale rechters in laatste aanleg de prejudiciële procedure zelf kunnen afwikkelen, blijkt thans volgens mij op een enigszins onorthodoxe wijze: zij houden zich namelijk niet aan het arrest Cilfit. Het is misschien een ketterse opvatting maar door terughoudend en naar

[109] In dit verband moet ik me wel aansluiten bij mijn geleerde voorgangers en vaststellen dat het arrest Cilfit de tand des tijds slecht heeft doorstaan, zelfs als het arrest uitvoerbaar zou zijn geweest op het tijdstip dat het werd geformuleerd, hetgeen niet het geval was. Zie de conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer in de zaak Gaston Schul Douane-expediteur (C-461/03, EU:C:2005:415, punt 52), en tevens de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak Wiener SI (C-338/95, EU:C:1997:352, punten 59 en 60).

[110] Verordening (EU, Euratom) 2019/629 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 tot wijziging van protocol nr. 3 betreffende het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie (PB 2019, L 111, blz. 1).

eigen inzicht te handelen, wat in strijd is met de door het Hof in het arrest Cilfit vastgestelde criteria, laten nationale rechters in laatste aanleg feitelijk zien dat zij het ware karakter van het stelsel zeer goed doorzien. Wij kunnen alleen maar gissen naar het omgekeerde scenario, waarin (enkele) nationale rechters in laatste aanleg in navolging van de brave soldaat Švejk [111] het arrest Cilfit daadwerkelijk letterlijk toepassen op alle bij hen aanhangige zaken. Het aantal zaken dat het Hof dan jaarlijks zou moeten behandelen, zou ineens enorm toenemen en het systeem zou binnen korte tijd ineenstorten.

5. Tussentijdse samenvatting

129. Het arrest Cilfit is niet alleen problematisch wat de haalbaarheid betreft, maar is vooral (of bovenal) begripsmatig onjuist opgevat. De aard van de Cilfit-uitzonderingen komt niet overeen met de aard van de verwijzingsverplichting van het arrest Hoffmann-Laroche dat het Cilfit-arrest geacht werd te handhaven. Aan een verplichting die werd vastgesteld om de eenvormige uitlegging van de rechtspraak binnen de Unie te verzekeren, kan niet de voorwaarde worden verbonden dat er geen ruimte mag zijn voor subjectieve twijfel over de juiste toepassing van het Unierecht op een specifiek geval.

130. Alle overige problemen in dit deel zijn gedeeltelijk het gevolg van die begripsmatige mismatch, die op zichzelf ook weer problemen meebrengt. De Cilfit-criteria worden dus noch door het Hof zelf toegepast, noch door de nationale rechterlijke instanties, met inbegrip van de nationale of internationale rechterlijke instanties die de naleving ervan effectief afdwingen. De Cilfit-criteria staan nog steeds los van andere methoden waarin het Unierecht voorziet om de naleving af te dwingen van de verwijzingsverplichting die op rechters in laatste aanleg rust. Dergelijke overwegingen zijn eigenlijk allerminst opmerkelijk: aangezien het arrest Cilfit (zoals het nu is) redelijkerwijs niet kan worden afgedwongen, moeten er andere maatstaven worden ingevoerd.

D. Voorstel

131. Het Hof moet volgens mij in eerste instantie het doel en de omvang van de verwijzingsverplichting krachtens artikel 267, derde alinea, VWEU, zoals reeds uiteengezet in het arrest Hoffmann-Laroche, opnieuw bevestigen. Daarna moet het arrest Cilfit worden bijgesteld om eventuele uitzonderingen te laten aansluiten op die verplichting.

132. In het arrest Hoffmann-Laroche werd geoordeeld dat het doel van de verwijzingsverplichting is „te voorkomen dat zich in een lidstaat nationale rechtspraak ontwikkelt die niet met de regels van het Unierecht strookt”. [112] Op basis van die redenering kunnen drie punten worden onderscheiden. In de eerste plaats wordt hiermee een eenvormige uitlegging en niet de juiste toepassing beoogd. In de tweede plaats ligt de nadruk op „rechtspraak”, niet op de juistheid van de oplossing van elk concreet geval. In de derde plaats gaat het om uiteenlopende rechtspraak binnen de lidstaten en natuurlijk, a fortiori, binnen de Unie. Logischerwijs moeten deze twee soorten discrepanties worden voorkomen: vanuit het oogpunt van de systemische samenhang

[111] De brave soldaat Švejk is een fascinerend personage uit de Tsjechische literatuur die onder meer bekendstaat vanwege zijn belachelijke volgzaamheid en de verwoestende kracht daarvan. Švejk ondermijnde feitelijk de acties van het Oostenrijks-Hongaarse leger in de Eerste Wereldoorlog door elk bevel van zijn meerderen letterlijk uit te voeren zonder op de inhoud ervan te letten of het aan de omstandigheden aan te passen. Zie een van de vele uitgaves, Hašek, J., *The Good Soldier Svejk and His Fortunes in the World War*, Penguin Classics, 2005, in het Nederlands: *De lotgevallen van de brave soldaat Švejk in de wereldoorlog*, Uitgeverij Pegasus, 2011.

[112] Zie punt 51 van deze conclusie.

van het Unierecht is er geen sprake van eenvormige uitlegging binnen de Unie als een lidstaat of een deel ervan, of zelfs een rechtsstelsel binnen die lidstaat, andere regels zou toepassen dan elders in de Unie worden toegepast.

133. Met andere woorden, in plaats van de nadruk van de verwijzingsverplichting te leggen op het ontbreken van *subjectieve* redelijke twijfel over de juiste *toepassing* van het Unierecht met betrekking tot de oplossing van het *specifieke* geschil, moet de nadruk dus komen te liggen op de in de nationale *rechtspraak* vastgestelde *objectieve* verschillen die de eenvormige *uitlegging* van het Unierecht in gevaar brengen. De nadruk ligt dan ook niet langer op het vaststellen van de juiste oplossing van het bij de nationale rechter aanhangige geschil, maar op het formuleren van de juiste vragen.

134. Op basis van deze redenering ben ik van mening dat een nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep, krachtens artikel 267, derde alinea, VWEU slechts verplicht is het Hof in een zaak om een prejudiciële beslissing te verzoeken indien: i) daarin een algemene uitleggingsvraag van Unierecht wordt opgeworpen (en niet een vraag over de toepassing ervan); ii) waarbij objectief gezien meerdere uitleggingen mogelijk zijn, en iii) waarop het antwoord niet uit de vaste rechtspraak van het Hof kan worden afgeleid (of met betrekking waartoe de verwijzende rechter van die rechtspraak wenst af te wijken).

135. Wanneer de verwijzingsverplichting op deze manier wordt geformuleerd, bevat die op zichzelf al uitzonderingen. De mogelijke uitzondering(en) op de verwijzingsverplichting geldt/gelden alleen als niet is voldaan aan een van de drie cumulatieve voorwaarden om te kunnen spreken van een vraag over de uitlegging van het Unierecht waarvoor de verwijzingsverplichting geldt. Indien een nationale rechter in laatste aanleg echter van oordeel is dat, ook al wordt hij in het hoofdgeding geconfronteerd met een vraag van uitlegging van het Unierecht, aan een van de drie voorwaarden niet is voldaan, is hij verplicht om duidelijk aan te geven aan welke van de drie voorwaarden niet is voldaan en waarom dat naar zijn oordeel het geval is.

136. Voordat ik nader op deze drie voorwaarden inga, wil ik twee belangrijke elementen aan de orde stellen.

137. Ten eerste betekent het feit dat er geen *verplichting* is om in een concreet geval een prejudiciële vraag te stellen krachtens artikel 267, derde alinea, VWEU, zeker niet dat een rechter in laatste aanleg het Hof niet om uitlegging kan verzoeken krachtens artikel 267, tweede alinea, VWEU mocht hij dat noodzakelijk achten voor de oplossing van het bij hem aanhangige geschil. Dat er geen verplichting bestaat om een bepaalde handeling te verrichten, sluit niet uit dat er wel een mogelijkheid is om die handeling te verrichten. Een geval dat mogelijk niet onder de verplichting van artikel 267, derde alinea, VWEU valt, kan toch onder het tweede lid worden gebracht: „een nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen [...] niet vatbaar zijn voor hoger beroep" is en blijft toch ook nog steeds een „rechterlijke instantie van een der lidstaten". De eerstgenoemde rechterlijke instantie is logischerwijs een subcategorie van die laatstgenoemde rechterlijke instantie.

138. Ten tweede kan weer worden herhaald dat alles wat is gezegd en wat hieronder volgt, uitsluitend betrekking heeft op prejudiciële vragen over de uitlegging. De verplichting om een prejudiciële vraag te stellen over de geldigheid van een handeling van de Unie blijft een strikte

verplichting, waarop geen enkele uitzondering bestaat. [113]

1. Algemene (of veralgemeenbare) uitleggingsvraag van Unierecht

139. Op het eerste gezicht spreekt deze voorwaarde voor zich. Er zou zelfs kunnen worden gesteld dat de prejudiciële procedure altijd al hiervoor was bedoeld, maar de werkelijkheid is toch enigszins anders. Het Hof heeft er bij gelegenheid op aangedrongen dat er redelijkerwijze geen ruimte mag zijn voor twijfel wat betreft de *juiste toepassing* van het Unierecht in de zaak die bij de rechter in laatste aanleg aanhangig is. Dit heeft ertoe geleid dat een aantal rechterlijke instanties ook feitelijke en specifieke vragen aan het Hof heeft voorgelegd. Ik geef ter illustratie drie voorbeelden hiervan.

140. Ten eerste heeft het Hof al vrij vroeg het begrip „buitengewone omstandigheden" in de zin van artikel 5, lid 3, van verordening (EG) nr. 261/2004 [114] uitgelegd, te beginnen met het arrest Wallentin-Hermann, waarin het oordeelde dat „buitengewone omstandigheden" gebeurtenissen betreft die „niet inherent [zijn] aan de normale uitoefening van de activiteit van de betrokken luchtvaartmaatschappij, en laatstgenoemde hierop geen daadwerkelijke invloed kan uitoefenen". [115] Uiteraard zullen er altijd nog meer zaken zijn waarin die definitie wordt bevestigd en de exacte reikwijdte van die definitie concreet wordt uitgediept. Gaat het echter bij alle nieuwe feitelijke scenario's, waarbij de vraag louter is of bepaalde feiten (premissa minor) ook onder de reeds in het Unierecht verschafte verklarende definitie (premissa maior) kunnen worden geschaard, werkelijk om gevallen waarin uitlegging van het Unierecht noodzakelijk is? In een aantal zaken daarna werd het Hof verzocht om een indeling van „buitengewone omstandigheden": een aanvaring tussen een luchtvaartuig en een vogel [116]; de sluiting van een deel van het Europese luchtruim ten gevolge van de uitbarsting van een vulkaan op IJsland [117]; het storende gedrag van een passagier dat rechtvaardigde dat de gezagvoerder van het luchtvaartuig de betrokken vlucht heeft omgeleid „tenzij de luchtvaartmaatschappij die de vlucht uitvoert ertoe heeft bijgedragen dat de passagier zich storend is gaan gedragen, of, gelet op de voortekenen van dergelijk gedrag, niet de aangepaste maatregelen heeft getroffen" [118]; of beschadiging van een band van een luchtvaartuig door een vreemd voorwerp, zoals losliggend puin, op de start- of landingsbaan van een vliegveld. [119]

141. Ten tweede heeft het Hof in dezelfde geest in zaken over de verzekering tegen wettelijke aansprakelijkheid bij deelneming aan het verkeer van motorrijtuigen verschillende arresten gewezen over het begrip „deelneming aan het verkeer van voertuigen" in de zin van artikel 3 van richtlijn 2009/103/EG. [120] Volgens het Hof ziet dat begrip op elk gebruik van een voertuig dat

113 Zoals reeds hierboven is vastgesteld in punt 64 van deze conclusie.

114 Verordening van het Europees Parlement en de Raad van 11 februari 2004 tot vaststelling van gemeenschappelijke regels inzake compensatie en bijstand aan luchtreizigers bij instapweigering en annulering of langdurige vertraging van vluchten en tot intrekking van verordening (EEG) nr. 295/91 (PB 2004, L 46, blz. 1).

115 Arrest van 22 december 2008 (C-549/07, EU:C:2008:771, punt 23). Voor nog meer bevestigingen zie bijvoorbeeld arresten van 31 januari 2013, McDonagh (C-12/11, EU:C:2013:43, punt 29), en 11 juni 2020, Transportes Aéreos Portugueses (C-74/19, EU:C:2020:460, punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

116 Arrest van 4 mei 2017, Pešková en Peška (C-315/15, EU:C:2017:342, punt 26).

117 Arrest van 31 januari 2013, McDonagh (C-12/11, EU:C:2013:43, punt 34).

118 Arrest van 11 juni 2020, Transportes Aéreos Portugueses (C-74/19, EU:C:2020:460, punt 48).

119 Arrest van 4 april 2019, Germanwings (C-501/17, EU:C:2019:288, punt 34).

120 Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 16 september 2009 betreffende de verzekering tegen de wettelijke aansprakelijkheid waartoe de deelneming aan het verkeer van motorrijtuigen aanleiding kan geven en de controle op de verzekering tegen deze aansprakelijkheid (PB 2009, L 263, blz. 11).

overeenstemt met de gebruikelijke functie ervan [121], dat wil zeggen ieder gebruik van dat voertuig als vervoermiddel. [122] Vervolgens werd het Hof echter verzocht om te bevestigen of de feitelijke situaties hieronder ook onder „deelneming aan het verkeer van voertuigen" vallen: „het manoeuvre dat een tractor op de binnenplaats van een boerderij uitvoert om met de aanhangwagen waarmee deze tractor is uitgerust, een schuur binnen te rijden" [123]; „een situatie waarin een ongeval met een landbouwtractor plaatsvindt terwijl de voornaamste functie van die tractor er op het moment van het ongeval niet in bestond om als vervoermiddel te dienen, maar om als machine de motorkracht op te wekken die nodig was om de pomp van een bestrijdingsmiddelensproeier aan te drijven" [124]; „een situatie waarin de passagier van een op een parkeerterrein gestald voertuig bij het openen van het portier van dat voertuig, het ernaast geparkeerde voertuig heeft geraakt en beschadigd" [125], of „een situatie [...] waarin een in een privégarage van een gebouw gestald voertuig dat overeenkomstig zijn functie van vervoermiddel wordt gebruikt, vuur heeft gevat, wat heeft geleid tot een brand – die is ontstaan in het elektrische circuit van dit voertuig –, die schade heeft veroorzaakt aan dit gebouw, ook al was het voertuig vóór de brand al meer dan 24 uur niet verplaatst". [126]

142. Ten derde geef ik aan de hand van het begrip „arbeidstijd" in richtlijn 2003/88/EG een laatste voorbeeld. [127] Uit vaste rechtspraak volgt dat voor de kwalificatie als „arbeidstijd" in de zin van richtlijn 2003/88, beslissend is dat de werknemer fysiek aanwezig is op de door de werkgever aangewezen plek en zich daar ter beschikking van hem houdt om indien nodig onmiddellijk de nodige prestaties te kunnen leveren. Deze verplichtingen, waardoor de betrokken werknemers hun plaats van verblijf tijdens de wachtdienst niet vrij kunnen kiezen, maken deel uit van de uitoefening van hun functies. [128] Na die algemene definitie is het Hof echter nogmaals verzocht om uitvoerig beschreven feitelijke omstandigheden betreffende verschillende vormen van oproep- of wachtdiensten van medisch personeel en ander personeel van hulpdiensten onder die definitie te laten vallen. Het Hof heeft aldus geoordeeld dat de wachtdiensten als arbeidstijd moeten worden beschouwd wanneer de fysieke aanwezigheid van de werknemer in het gezondheidscentrum is vereist [129]; zelfs indien de belanghebbende op zijn werkplek mag rusten tijdens de perioden waarin van hem geen werkzaamheden worden verlangd [130]. Het Hof heeft tevens geoordeeld dat het begrip „arbeidstijd" van toepassing is op „een situatie waarin een [brandweerman] de wachtdienst thuis moet verrichten, zich daar ter beschikking van zijn werkgever moet houden en in staat moet zijn binnen acht minuten op zijn werkplek te arriveren". [131]

121 Zie arrest van 4 september 2014, Vnuk (C-162/13, EU:C:2014:2146, punt 59). Zie tevens arresten van 28 november 2017, Rodrigues de Andrade (C-514/16, EU:C:2017:908, punt 34), en 15 november 2018, BTA Baltic Insurance Company (C-648/17, EU:C:2018:917, punt 34).

122 Zie bijvoorbeeld arresten van 28 november 2017, Rodrigues de Andrade (C-514/16, EU:C:2017:908, punt 38); 20 december 2017, Núñez Torreiro (C-334/16, EU:C:2017:1007, punt 29), en 15 november 2018, BTA Baltic Insurance Company (C-648/17, EU:C:2018:917, punt 45).

123 Arrest van 4 september 2014, Vnuk (C-162/13, EU:C:2014:2146, punt 59 en dictum).

124 Arrest van 28 november 2017, Rodrigues de Andrade (C-514/16, EU:C:2017:908, punt 42 en dictum).

125 Arrest van 15 november 2018, BTA Baltic Insurance Company (C-648/17, EU:C:2018:917, punt 48 en dictum).

126 Arrest van 20 juni 2019, Línea Directa Aseguradora (C-100/18, EU:C:2019:517, punt 48 en dictum).

127 Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd (PB 2003, L 299, blz. 9). Volgens artikel 2, lid 1, van die richtlijn ziet „arbeidstijd" op „de tijd waarin de werknemer werkzaam is, ter beschikking van de werkgever staat en zijn werkzaamheden of functie uitoefent, overeenkomstig de nationale wetten en/of gebruiken".

128 Zie bijvoorbeeld arrest van 9 september 2003, Jaeger (C-151/02, EU:C:2003:437, punt 63); beschikking van 4 maart 2011, Grigore (C-258/10, niet gepubliceerd, EU:C:2011:122, punt 53 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en arrest van 21 februari 2018, Matzak (C-518/15, EU:C:2018:82, punt 59).

129 Arrest van 3 oktober 2000, Simap (C-303/98, EU:C:2000:528), en beschikking van 3 juli 2001, CIG (C-241/99, EU:C:2001:371).

130 Arrest van 9 september 2003, Jaeger (C-151/02, EU:C:2003:437, punt 71).

131 Arrest van 21 februari 2018, Matzak (C-518/15, EU:C:2018:82, punt 65).

143. Het Hof heeft ongetwijfeld op al deze gebieden de nationale rechterlijke instanties nuttige antwoorden verschaft. Ik moet echter wederom volledig instemmen met advocaat-generaal Jacobs dat „uitvoerige beantwoording van zeer specifieke vragen niet altijd bevorderlijk is voor een uniforme toepassing. Uitvoerige antwoorden roepen hooguit nieuwe vragen op.” [132]

144. In mijn recente conclusie in de zaak Van Ameyde España – waar het ook ging over de wettelijke aansprakelijkheidsverzekering voor motorrijtuigen – welke zaak was ingeleid door de Tribunal Supremo (hoogste rechterlijke instantie, Spanje), heb ik in concrete termen voorgesteld waar de (per definitie eerder vage) grens tussen de uitlegging en toepassing van het Unierecht zou kunnen liggen. Ik moet die conclusie wel als een casestudy beschouwen. [133] In het kader van de eerste voorwaarde over wanneer de verwijzingsverplichting zou moeten gelden, wil ik het volgende toevoegen.

145. De verwijzingsverplichting dient te bestaan wanneer aan een nationale rechter in laatste aanleg een vraag is voorgelegd over de *uitlegging* van het Unierecht die op een redelijk en passend abstractieniveau is geformuleerd. Dat abstractieniveau wordt logischerwijs bepaald door de werkingssfeer en doelstelling van de betrokken wetsbepaling. Met name in het geval van (onbepaalde) juridische begrippen van het Unierecht is het de taak van het Hof om dat begrip uit te leggen. De toepassing daarvan, met inbegrip van het onderbrengen van specifieke feiten bij die definitie, valt onder de toepassing van het Unierecht.

146. Zeker, de enkele toepassing kan al snel uitlopen op uitlegging als de verwijzende rechter bijvoorbeeld het Hof zou vragen om verenging, verruiming, verduidelijking of afwijking van de reeds gegeven definitie. Mocht dat evenwel inderdaad zijn waar de verwijzende rechter om verzoekt, dan dient hij dit element duidelijk te vermelden en specifiek uit te leggen waarom de aan het Hof voorgelegde zaak meer is dan de zoveelste bevestiging (en dus toepassing) van de eerder verwoorde premisse maior.

147. In dit opzicht en in deze dimensie dient de verlangde uitlegging bovendien *algemeen of generaliseerbaar* te zijn. De uitleggingsvraag dient bovendien betrekking te hebben op een algemene, eventueel terugkerende vraag over de uitlegging van het Unierecht. Ik wil benadrukken dat *dit geen* criterium is met betrekking tot de juridische betekenis of het belang van de gestelde vraag. Voor de nationale rechterlijke instanties gaat het om een andere eenvoudigere vraag: is het waarschijnlijk dat de vraag die voor mij ligt, nogmaals voor mij of voor mijn collega’s in andere lidstaten wordt opgeworpen? Moet ik mij tot het Hof wenden met het oog op de eenvormige uitlegging van het Unierecht?

148. Een dergelijke denkoefening draagt niet alleen bij aan de formulering van de aan het Hof voor te leggen vraag op een passend abstractieniveau, omdat de rechter zo wordt gedwongen om algemene, transversale problemen vast te stellen. Zij zorgt er ook voor dat zeer eenvoudige, unieke of eenmalige zaken worden geweerd die simpelweg geen algemene of structurele gevolgen hebben, zelfs als daarbij vragen zouden kunnen rijzen over de uitlegging van het Unierecht. In ieder geval kan worden aangenomen dat de meeste nationale rechters in laatste aanleg zeer bedreven zijn in deze manier van denken, hoewel misschien vooral binnen de grenzen van hun eigen stelsels. Binnen de rechtsorde van de Unie zou een dergelijke denkwijze en manier van reflectie gewoonweg op een hoger algemeen niveau moeten worden toegepast.

132 Conclusie in de zaak Wiener SI (C-338/95, EU:C:1997:352, punt 50).

133 Mijn conclusie in de zaak Van Ameyde España (C-923/19, ECLI:EU:C:2021:125).

149. Kortom, mijn voorstel is zeker niet dat er afstand moet worden gedaan van een eenhoorn om die onmiddellijk te vervangen met een andere[134]: de idee dat er precies kan worden aangegeven waar uitlegging eindigt en toepassing begint en omgekeerd. De verwijzingsverplichting beoogt echter de eenvormige uitlegging van het Unierecht te verzekeren, niet de juiste toepassing ervan. De eenvormigheid is en was derhalve niet gericht op het niveau van de *eenmalige oplossing* van elk concreet geval, maar op het niveau van de toe te passen *rechtsregels*. Dit betekent logischerwijze dat zelfs bij een redelijke mate van eenvormigheid van rechtsregels, de concrete oplossingen uiteen kunnen lopen.

2. Andere uitleggingen die redelijkerwijs mogelijk zijn

150. Kan een specifieke vraag van Unierecht, *objectief* gezien, op verschillende manieren worden uitgelegd? Bij alle voorwaarden van de verwijzingsverplichting moet altijd worden gekeken of er een andere uitlegging mogelijk is. Wanneer een andere uitlegging aannemelijk is, zullen soortgelijke overwegingen juist op een meer *externe* en *objectievere* grondslag worden gestoeld, in tegenstelling tot de per definitie *interne* en *subjectieve* onzekerheid wanneer er redelijke twijfel bestaat over de oplossing van een concreet geval. Vandaar dat ik voorstel de nadruk weer te leggen op „dit zijn de alternatieven waaruit ik moet kiezen" in plaats van gewoonweg op „ik heb geen idee".

151. Ik wil wijzen op het belang van de woorden „mogelijk" of „aannemelijk". Mijn voorstel is zeker niet dat een verwijzende rechter verplicht zou zijn om volledig onderbouwde alternatieven aan te dragen of zelfs toe te lichten welk zijn voorkeur heeft.[135] Evenwel is alleen subjectieve twijfel, of zelfs een gebrek aan kennis, niet voldoende ter rechtvaardiging van een verwijzingsverplichting.

152. Wanneer er echter aan de nationale rechter in laatste aanleg twee of meer mogelijke uitleggingen zijn voorgelegd, dan wordt de verwijzingsverplichting dwingend. Dit is immers precies de reden dat de verplichting oorspronkelijk werd opgelegd: wanneer er meer dan twee mogelijkheden „op tafel" liggen. De scenario's hieronder laten zeer goed zien wanneer er van een dergelijke situatie sprake is.

153. Ten eerste zijn er voorbeelden van nationale rechterlijke instanties die in hun definitieve beslissingen dezelfde regel verschillend hebben uitgelegd. Elke andere rechter in laatste aanleg aan wie een geschil is voorgelegd over dezelfde bepaling van het Unierecht, en die heeft *geconstateerd* dat dezelfde regel op *verschillende manieren* wordt uitgelegd, moet het Hof om een prejudiciële beslissing verzoeken om vast te stellen welke stroming binnen de rechtspraak eigenlijk moet worden gevolgd. Of een dergelijk verschil is geconstateerd binnen dezelfde lidstaat of binnen verschillende lidstaten, is niet van belang. Ik zie evenmin in waarom uiteenlopende benaderingen in de nationale rechtspraak alleen niet zouden volstaan om vast te stellen dat er sprake is van objectief uiteenlopende rechtspraak over dezelfde vraag binnen de Unie[136], tenzij het gaat om een variant van omgekeerde discriminatie. De redenering die in het arrest Hoffmann-Laroche wordt gevolgd, is immers dat er „in een lidstaat" van de gemeenschappelijke benadering wordt afgeweken, en bovendien om een goede reden: er is geen sprake van eenvormige uitlegging als delen van een lidstaat gewoon hun eigen gang gaan.

134 Om nog maar eens de in punt 103 van deze conclusie genoemde metafoor van advocaat-generaal Wahl te gebruiken.

135 Zoals eerder is voorgesteld met betrekking tot een „groen licht-procedure" of andere manieren om de prejudiciële procedure te hervormen, zie bijvoorbeeld Due, O., „The Working Party Report", *The Future of the Judicial System of the European Union*, Hart, Oxford, 2001. De verwijzende rechter kan zich daarentegen alsnog tot het Hof wenden, als hij dat zou willen.

136 Zie tevens in dat verband de conclusie van advocaat-generaal Wahl in gevoegde zaken X en van Dijk (C-72/14 en C-197/14, EU:C:2015:319, punt 68).

154. Ik zou echter het belang willen onderstrepen van de bestaande *definitieve* beslissingen op nationaal niveau. Waar het om gaat, is een duidelijk verschil in uitlegging op horizontaal niveau, binnen dezelfde lidstaat (verschillende beroepsrechters, verschillende kamers of samenstellingen van de hoogste rechterlijke instanties) of tussen de verschillende lidstaten. Dit geldt niet noodzakelijkerwijs voor *een enkele procedure* in al haar stadia waarin nog geen eindbeslissing is genomen. In een dergelijke situatie, waarin bijvoorbeeld de uitlegging van de rechter in eerste aanleg verschilt van die van de rechter in tweede aanleg en de zaak thans aanhangig is gemaakt bij een hogere rechter, zou het ook zo kunnen zijn dat dezelfde regel op meer dan twee manieren worden benaderd. Dit betekent echter niet automatisch dat de wijze van uitlegging van dezelfde Unierechtelijke regel redelijker of aannemelijker is, vergeleken met de omstandigheid waarin verschillende rechters uiteenlopende uitleggingen geven in definitieve beslissingen in een concreet geval. Het kan namelijk niet worden uitgesloten dat binnen een en dezelfde procedure een van de rechters zich gewoon heeft vergist. Bij uiteenlopende rechtspraak in verschillende procedures is echter geen sprake meer van een vergissing, maar van een structureel probleem voor het Unierecht, alsook voor het nationale recht.

155. Ten tweede moeten alle overige situaties, ook wanneer binnen een en dezelfde procedure verschillende uitleggingen zijn toegepast, simpelweg worden beoordeeld in het kader van het concrete geval. Waren er in de procedure voor de rechter in laatste aanleg inderdaad aannemelijke alternatieven voor de uitlegging van dezelfde regels, ongeacht waar die vandaan kwamen? Mogelijk hadden de partijen die aangedragen in hun opmerkingen, of waren zij afkomstig van de verschillende betrokkenen bij de nationale procedure, of vloeiden zij voort uit verschillende eerdere uitspraken binnen dezelfde procedure waarbij het verschil geen vergissing betrof maar veeleer uitdrukking gaf aan het feit dat andere alternatieven aannemelijk waren.

156. Bovendien kunnen dergelijke twijfels over de keuze tussen mogelijke uitleggingen van een bepaling natuurlijk altijd van de nationale rechter zelf komen. Gelet op wat hierboven in dit deel is vermeld, wil ik wijzen op een nogal belangrijk punt: realiteit en realisme. Van nationale rechters in laatste aanleg kan moeilijk worden verwacht dat zij plotseling veranderen in centra voor rechtsvergelijkend onderzoek van het Unierecht, waarbij zij zelf, zogenaamd ambtshalve, onderzoek doen naar de rechtspraak van andere nationale rechterlijke instanties in andere lidstaten, of proactief uitleggingsproblemen opsporen.

157. Dit gezegd zijnde, kan wel van nationale rechters in laatste aanleg worden verwacht dat zij erkennen dat er objectief gezien sprake is van uiteenlopende uitlegging van het recht als dat verschil uitdrukkelijk onder de aandacht is gebracht door een van de betrokkenen in de bij hen aanhangige procedure, met name door de partijen zelf. Mits er inderdaad sprake is van een mogelijk verschil in uitlegging van het recht, omdat er alternatieven mogelijk zijn, dan kan worden aangenomen dat er, in de bewoordingen van het arrest Cilfit, objectief en extern is vastgesteld dat er (redelijkerwijze) ruimte bestaat voor twijfel in het bij hen aanhangige geschil, en kan vervolgens niet worden voorbijgegaan aan de verplichting om een prejudiciële vraag te stellen in het belang van het verzekeren van een eenvormige uitlegging van het Unierecht.

3. Geen rechtspraak van het Hof

158. De (verhitte) discussie over wat precies „vaste rechtspraak” is in een concreet geval, en over de vraag of iedereen op dezelfde manier begrijpt wat er precies is „vastgesteld”, zal waarschijnlijk niet zomaar stilvallen. Begripsmatig gezien behoeft het arrest Da Costa[137], zoals bevestigd en

[137] Arrest van 27 maart 1963 (28/62-30/62, EU:C:1963:6).

verder uitgewerkt in het arrest Cilfit [138], evenwel de minste aanpassingen. Een nationale rechter in laatste aanleg is verplicht tot het stellen van een prejudiciële vraag wanneer hij wordt geconfronteerd met een nieuwe vraag van uitlegging van het Unierecht, of met een vraag die niet volledig kan worden opgelost op basis van de bestaande rechtspraak van het Hof, of wanneer het wenselijk is het Hof erom te verzoeken een aantal van zijn eerdere uitspraken te verduidelijken of te herzien.

159. Simpel gezegd vormen de tweede voorwaarde en de onderhavige derde voorwaarde aspecten van hetzelfde punt (de eerste voorwaarde betreft de eenvormige uitlegging van het Unierecht) vanuit verschillende invalshoeken en met verschillende spelers. De tweede voorwaarde betreft de horizontale samenhang en de nationale rechtspraak, terwijl de derde voorwaarde betrekking heeft op de uitspraken van het Hof en de gevolgen ervan.

160. Een nationale rechter in laatste aanleg is derhalve niet verplicht om een vraag over de uitlegging van het Unierecht aan het Hof voor te leggen als dezelfde bepaling al door het Hof is uitgelegd. Hetzelfde geldt wanneer eerdere uitspraken van het Hof, ongeacht in welk soort procedure, reeds voldoende richtsnoeren bieden over de uitlegging waardoor de nationale rechter het voor hem aanhangige geding met vertrouwen kan beslechten op basis van vaste rechtspraak.

161. Tot slot wil ik nog drie punten verduidelijken.

162. Ten eerste wil ik nogmaals wijzen op het logische verband tussen de derde en de eerste voorwaarde: er moet worden vastgesteld en duidelijk uit de rechtspraak kunnen worden afgeleid wat het toe te passen *Unievoorschrift* is, en niet wat de oplossing van het concrete geval is. Dit betekent dus, nogmaals, dat bijvoorbeeld de uitlegging van het Unierecht van het begrip „buitengewone omstandigheden" is gegeven op het moment dat het Hof de definitie daarvan heeft vastgesteld en bevestigd. Tenzij een rechter in laatste aanleg in een situatie terechtkomt waarin hij die definitie wil herzien, verfijnen of daarvan wil afwijken, moet hij die simpelweg toepassen zonder dat hij om richtsnoeren dient te vragen over of er, naast al die andere feitelijke situaties die het Hof al heeft behandeld [139], bijvoorbeeld ook van een bijzondere omstandigheid sprake zou zijn als er een hert of een naakte man over de start- en landingsbaan rent.

163. Ten tweede moet worden erkend dat hoewel het Hof de begrippen „vaste rechtspraak" of „bestaande rechtspraak" gebruikt, het soms feitelijk gaat om een op zichzelf staand precedent. Natuurlijk hangt dat allemaal af van de inhoud, context en mate van duidelijkheid van het Unievoorschrift dat werd verondersteld in de rechtspraak te zijn vastgesteld. [140] Alleen al een duidelijk geformuleerde rechtsopvatting, zelfs een eenmalige (die dus niet echt als „vaste rechtspraak" kan worden aangemerkt in de zin van de ware traditie van het burgerlijk recht waarbij die opvatting telkens zou moeten worden herhaald wil die daadwerkelijk bindende kracht krijgen), kan er evenwel voor zorgen dat een nationale rechter in laatste aanleg het Hof niet om een prejudiciële beslissing hoeft te verzoeken.

164. Ten derde kan een nationale rechterlijke instantie, en met name een nationale rechter in laatste aanleg, het Hof altijd verzoeken om zijn eerdere uitspraken te wijzigen, verfijnen, verduidelijken of zelfs daarvan af te wijken. Als een nationale rechter in laatste aanleg echter

138 Punten 13 en 14 van dit arrest.

139 Zie punt 134 van deze conclusie.

140 Vergelijk de in deze conclusie besproken zaken met het arrest Commissie/Frankrijk, enerzijds, en het arrest van 28 juli 2016, Association France Nature Environnement (C-379/15, EU:C:2016:603), anderzijds.

wenst af te wijken van de uitlegging van het Unierecht die het Hof eerder heeft gegeven, dan rust op die nationale rechter een verwijzingsverplichting en moet hij voor het Hof uiteenzetten waarom hij het niet met die uitlegging eens is en, idealiter, wat volgens hem de juiste benadering zou moeten zijn. [141]

165. Volledigheidshalve kan nog worden gezegd dat een dergelijke omstandigheid waarin het om „verduidelijking" gaat, niet alleen ziet op omstandigheden waarin een nationale rechterlijke instantie het Hof verzoekt om zijn rechtspraak aan te passen [142], maar ook op gevallen waarin een nationale rechterlijke instantie heeft geconstateerd dat er sprake is van uiteenlopende rechtspraak van het Hof die zij op nationaal niveau moet toepassen. In dergelijke (hopelijk uitzonderlijke) omstandigheden geldt juist ten behoeve van een eenvormige uitlegging van het Unierecht binnen de Unie een verwijzingsverplichting om te voorkomen dat nationale rechterlijke instanties uiteenlopende rechtspraak ontwikkelen doordat de ene rechter zich baseert op de ene stroming en de andere weer op een andere stroming binnen de rechtspraak van het Hof.

4. Motiveringsplicht (en de onbeantwoorde vraag over het afdwingen van de naleving van de verwijzingsverplichting)

166. In de antwoorden die in onderhavige conclusie worden voorgesteld, vallen de uitzonderingen reeds binnen de omvang van de verwijzingsverplichting. Het gaat hier om twee zijden van dezelfde medaille. Wil er sprake zijn van een verwijzingsverplichting dan moet aan alle drie in dit deel genoemde voorwaarden zijn voldaan. De verplichting ontstaat niet (of een uitzondering is van toepassing, afhankelijk van de uitlegging) wanneer moet worden vastgesteld dat niet is voldaan aan een van de drie voorwaarden: er is geen vraag over de uitlegging van het Unierecht; het betrokken Unierecht is redelijkerwijs slechts voor één uitlegging vatbaar, of het antwoord kan uit de vaste rechtspraak van het Hof worden afgeleid.

167. Voorts is er hoe dan ook sprake van een transversale verplichting of zelfs van een vierde voorwaarde: de nationale rechter in laatste aanleg is, ongeacht op welke van de drie voorwaarden hij zich baseert, verplicht om afdoende te motiveren waarom hij oordeelt dat de bij hem aanhangige zaak niet onder de verwijzingsverplichting van artikel 267, derde alinea, VWEU valt.

168. Uiteraard bestaat er geen universele maatstaf voor de vraag wat een afdoende en dus voldoende motivering is. Alles hangt af van de aard van de zaak, de complexiteit ervan en vooral van de argumenten die zijn aangevoerd voor de rechter die de zaak moet afdoen, en die welke in het dossier zijn opgenomen. Als er echter daadwerkelijk een relevante vraag over het Unierecht is opgeworpen voor een nationale rechter in laatste aanleg, dan moet deze hoe dan ook duidelijk en specifiek aangeven welke van de drie voorwaarden (uitzonderingen) precies op die zaak van toepassing is en ten minste kort toelichten waarom dat zo is.

169. Mijns inziens moet op deze verplichting de nadruk komen te liggen. Aan dit minimale vereiste wordt niet voldaan wanneer slechts in algemene zin, in vage termen en grotendeels ongefundeerd wordt verwezen naar de *acte clair* of het arrest Cilfit, zonder een echte op de zaak toegespitste motivering te geven van de reden waarom het voor de afdoening ten gronde van de voorliggende zaak niet nodig is om een prejudiciële vraag aan het Hof voor te leggen. [143] Bij de vrij objectieve en externe benadering van de verwijzingsverplichting ten behoeve van de systemische,

141 Zie bijvoorbeeld het recente arrest van 5 december 2017, M.A.S. en M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936).

142 „Verduidelijking" is feitelijk een eufemisme voor „herziening van de rechtspraak".

143 Zie reeds in deze zin arrest van 28 juli 2016, Association France Nature Environnement (C-379/15, EU:C:2016:603, punt 53).

eenvormige uitlegging waarvoor in deze conclusie wordt gepleit, reageert de nationale rechter in laatste aanleg in zijn motivering daarentegen op de elementen die onder zijn aandacht zijn gebracht, hetzij door de partijen, hetzij omdat zij duidelijk uit de procedure en het dossier zelf blijken. De motiveringsplicht hangt dus vanzelfsprekend samen met de plicht van een rechter om op alle relevante omstandigheden en argumenten die aan hem of haar zijn voorgelegd, in te gaan.

170. Een rechter is eenvoudig gezegd niet verplicht om actief op zoek te gaan naar mogelijke uitleggingsproblemen met betrekking tot een bepaald Unievoorschrift. De uitleggingsproblemen die, met name door de partijen, aan hem zijn voorgelegd, kunnen echter niet „onder het tapijt worden geveegd" zonder een behoorlijke motivering te geven, door slechts kort te vermelden dat alles duidelijk is en dat er geen ruimte voor twijfel is.

171. Tot slot wordt de motiveringsplicht mijns inziens tevens door het Unierecht opgelegd krachtens artikel 47 van het Handvest, hoewel die verplichting ook wel zal voortvloeien uit de toepasselijke nationale regels. Het ligt nogal voor de hand dat als er in een nationale gerechtelijke procedure terecht een vraag over het Unierecht wordt opgeworpen, die zaak dan binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt, wat de toepasselijkheid van andere elementen van het Unierecht betreft. Bovendien zou in een dergelijk geval artikel 267 VWEU zelf van toepassing zijn. Dit betekent dat in een dergelijk geval, en bij een in verband daarmee genomen nationale beslissing, kennelijk het recht van de Unie ten uitvoer wordt gebracht in de zin van artikel 51, lid 1, van het Handvest.

172. Ik ga hier bewust niet verder op in. Vragen over het afdwingen van de naleving van de verwijzingsverplichting kunnen wellicht beter in toekomstige zaken worden behandeld. Voordat dergelijke vragen in de toekomst kunnen worden behandeld, moeten eerst de draagwijdte en de aard van de verwijzingsverplichting opnieuw grondig worden herzien. Enkel indien en zodra die eerste stap is genomen, zou het nuttig kunnen zijn om vervolgens de rechtsmiddelen aan de orde te stellen.

173. Ik sluit af met drie algemene opmerkingen.

174. Ten eerste, waarom moet het Cilfit-dossier juist nu worden herzien? Op basis van de overtuigende conclusies van mijn geleerde voorgangers, die ik in deze conclusie heb aangehaald, kan ik wel stellen dat het Hof dat dossier niet zomaar zal heropenen. Bovendien kan (met een knipoog) worden gezegd dat aangezien het arrest Cilfit de afgelopen veertig jaar toch niet heeft gewerkt, een paar jaar of decennia extra verder ook niet veel zal uitmaken. In de traagheid schuilt er ook een zekere wonderlijke eenvoud en wijsheid, vooral wanneer het systeem in zijn geheel wat meer in evenwicht komt. Misschien is het beter om de slapende honden niet wakker te maken, om nog maar eens de metafoor uit de inleiding van deze conclusie te gebruiken. Wie weet wie er wordt gebeten, mochten zij wakker worden.

175. Deze denkwijze, hoe aanlokkelijk ook, heeft duidelijk haar beperkingen. Het is voor het gezag en de legitimiteit van rechterlijke instanties niet bevorderlijk wanneer zij als irrelevant worden beschouwd omdat de vanuit het middelpunt gegeven richtsnoeren, terecht, worden genegeerd. Als bovendien dat gebrek aan relevantie een van de belangrijkste parameters van het gehele rechtsstelsel raakt, dat voor de goede werking ervan, en gedeeltelijk voor de handhaving ervan, op anderen moet vertrouwen, kan er een nogal ongezond regelscepticisme ontstaan dat zich vervolgens naar andere gebieden of kwesties uitbreidt. Tot slot is het waarschijnlijk dat er spanningen ontstaan wanneer dat wankele evenwicht uit balans wordt gebracht doordat dergelijke regels ineens selectief worden toegepast, waarbij degenen die daarmee worden

geconfronteerd, zich terecht zullen afvragen: waarom wij? Op deze manier, nu de honden wakker zijn, moeten de regels wel worden bijgesteld, zodat die jegens iedereen in gelijke mate worden toegepast.

176. Ten tweede kan worden gesteld dat door de macro- of publieke functie van de verwijzingsverplichting centraal te stellen, de in deze conclusie voorgestelde antwoorden voorbijgaan aan de partijen bij een geding en hun subjectieve rechten. Los van de subjectieve twijfels in een concreet geval, worden de definitie van de omvang van de verwijzingsverplichting en de uitzonderingen daarop, bovendien vaag geformuleerd op basis van abstracte begrippen zoals de uiteenlopende uitlegging.

177. Mijns inziens zijn de problemen omtrent het arrest Cilfit juist ontstaan omdat het begripsmatige onderscheid tussen de macro- en microfunctie (publieke en particuliere functie) en de objectieve en subjectieve voorwaarden van de verwijzingsverplichting niet duidelijk was. De in het arrest Cilfit gemaakte keuze was bovendien ook op een andere manier uniek: de verwijzingsverplichting werd vooral afhankelijk gesteld van individuele en subjectieve omstandigheden van het concrete geval dat bij de rechter in laatste aanleg aanhangig was, maar zonder dat aan de particulieren rechten werden toegekend om die verplichting te kunnen afdwingen.

178. Wanneer, zoals hier wordt voorgesteld, de overwegend systemische en structurele aard van de verwijzingsverplichting zou worden erkend, die dan zou bestaan vanwege meer objectieve overwegingen op grond waarvan de systemische noodzaak in het concrete geval blijkt, hebben partijen bij een geschil veel meer gronden waarop zij zich kunnen beroepen in een concreet geval, dan alleen de subjectieve twijfels van een rechter. De hier voorgestelde voorwaarden, die deels worden losgekoppeld van de omstandigheden van een concreet geval, zijn bovendien wat de aard en formulering betreft in feite veel nauwkeuriger dan die van het arrest Cilfit. Terwijl de discussie over de vraag of de Cilfit-uitzonderingen een checklist of gewoonweg een toolkit vormen eindeloos voortduurt, kan hier verder worden vastgesteld dat de voorgestelde voorwaarden duidelijk een checklist vormen en de daarmee samenhangende verplichting tot het geven van een afdoende en specifieke motivering wordt bevestigd.

179. Ten derde en ter afsluiting vraag ik mij af of een dergelijke „versoepeling” van Cilfit waarbij in elke zaak die bij een rechter in laatste aanleg aanhangig is, de nadruk niet langer ligt op de juiste toepassing van het Unierecht, niet ertoe leidt dat het Hof afstand doet van zijn kerntaken, namelijk het verzekeren van eenheid en uniformiteit van het Unierecht?

180. Ik heb in deze conclusie vrij uitvoerig proberen uit te leggen waarom de in Cilfit beoogde uniformiteit met betrekking tot de juiste toepassing van het Unierecht in elk concreet geval, mijns inziens een mythe is. Gelet op het gedecentraliseerde en het diffuse karakter van het rechtsstelsel van de Unie, zal een redelijke uniforme uitlegging van het Unierecht het hoogst haalbare zijn, en dat alleen al zal geen sinecure zijn. Wat de uniforme toepassing en oplossingen betreft, is het antwoord vrij eenvoudig: „wat er nooit is geweest, kan ook niet worden gemist”. [144]

[144] Walton, I., *The Complete Angler*, Gay & Bird, Londen, 1901, Hoofdstuk V.

V. Conclusie

181. Ik geef het Hof in overweging de eerste vraag van de Consiglio di Stato te beantwoorden als volgt:

„Krachtens artikel 267, derde alinea, VWEU is een nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep, gehouden zich tot het Hof van Justitie te wenden wanneer er ten eerste een algemene vraag wordt opgeworpen over de uitlegging van het Unierecht, waarbij ten tweede redelijkerwijs meerdere uitleggingen mogelijk zijn, en ten derde de uiteindelijke uitlegging van het betrokken Unierecht niet uit de vaste rechtspraak van het Hof kan worden afgeleid. Mocht die nationale rechterlijke instantie waarvoor een vraag over de uitlegging van het Unierecht is opgeworpen, besluiten om geen verzoek om een prejudiciële beslissing in te dienen krachtens die bepaling, dan moet zij afdoende motiveren aan welke van de drie voorwaarden niet is voldaan en waarom dat het geval is."