

De verwijzende rechter

Rechtspolitieke verandering via prejudiciële vragen van lagere rechters aan het Europese Hof van Justitie

Chantal Mak, Elaine Mak & Vanessa Mak¹

Lagere rechters lijken vaker via een prejudiciële procedure bij de Europese rechter een oplossing na te streven die in de nationale rechtsorde buiten hun macht ligt, bijvoorbeeld omdat staande jurisprudentie een andere uitkomst voorschrijft. Gezien de expliciete rechtspolitieke overwegingen van de betrokken rechters kan hier gesproken worden van rechterlijk activisme. Kunnen we dat in de toekomst (nog) meer verwachten en zou dat een wenselijke ontwikkeling zijn? In deze voorstudie wordt een aanzet gedaan tot het in kaart brengen van de voorwaarden waaronder lagere rechters de prejudiciële procedure bij het Hof van Justitie op activistische wijze gebruiken.

1. Inleiding

José María Fernández Seijo is rechter in Barcelona en in eigen land een beroemdheid. Hoe dat komt? Hij verwees in 2011 een prejudiciële vraag door naar het Europees Hof van Justitie (verder: HvJ EU) in de inmiddels fameuze *Aziz*-zaak.² De uitspraak van het Hof in die zaak betekende dat debiteuren die in de nasleep van de financiële crisis van 2008 hun hypotheektermijnen niet langer konden afbetalen, bijvoorbeeld door het verlies van een baan, niet per direct uit huis konden worden gezet na een uitwinningprocedure door de bank op grond van zeer eenzijdige algemene voorwaarden. De uitspraak wordt gezien als een ferm ingrijpen van de rechter in een politiek en economisch gevoelige kwestie.³ Het grote maatschappelijk belang van de uitspraak blijkt onder meer uit de actieve input van zowel de bank, verweerder in de procedure, als de Spaanse regering.⁴

Een aantal andere voorbeelden, zoals recentelijk de uitspraak van het HvJ EU in een aantal Spaanse zaken over bodemrentebedingen (*cláusulas suelo*),⁵ en in Frankrijk eerdere rechtspraak over oneerlijke bedingen,⁶ geeft aanleiding te denken dat de rechterlijke benadering van Fernández Seijo in de *Aziz*-zaak niet op zichzelf staat. Lagere rechters lijken vaker via een prejudiciële procedure bij de Europese rechter een oplossing na te streven die in de nationale rechtsorde buiten hun macht ligt, bijvoorbeeld omdat staande jurisprudentie een andere uitkomst voorschrijft.⁷ Ook in Nederland is het voorgevallen dat een lagere rechter, in dit geval een gerechtshof, een vraag voorlegde aan het HvJ EU waarvan de Hoge Raad meende die zelf te kunnen beantwoorden, en zelfs al te hebben beantwoord.⁸

Vanwege de vergaande implicaties van dit soort uitspraken, en de bijzondere houding die de lagere nationale rechters zich hier aanmeten, geven deze voorbeelden aanleiding tot nadere gedachtevorming over het onderwerp. Wij zullen betogen dat hier gesproken kan worden van een vorm van rechterlijk activisme, gezien de expliciete rechtspolitieke overwegingen – dat wil zeggen: afweging van beleidsargumenten, die het concrete geschil overstijgen – van de betrokken rechters. Vragen die dit oproept zijn: Onder welke voorwaarden nemen nationale lagere rechters in EU-lidstaten een activistische houding aan in hun gebruikmaking van de prejudiciële procedure bij het HvJ EU? Kunnen wij daar in de toekomst meer van verwachten, bijvoorbeeld omdat hier mogelijkheden liggen om strategisch te procederen,⁹ en via Luxemburg te bereiken wat in de nationale rechtsorde niet haalbaar is? En is een dergelijke ontwikkeling wenselijk?

In dit artikel concentreren we ons op de eerste vraag. We doen een aanzet tot het in kaart brengen van de voorwaarden waaronder lagere rechters de prejudiciële procedure bij het Europese Hof op activistische wijze gebruiken. De structuur van ons betoog is als volgt. Allereerst zal het begrip 'rechterlijk activisme' kort worden belicht (par. 2). Om een beeld te krijgen van het veld, zal vervolgens een kwantitatief overzicht van de verhouding tussen verwijzingen door lagere en hoogste rechters in de EU-lidstaten worden gegeven (par. 3). Dit overzicht wordt gevolgd door een analyse van rechterlijke uitspraken van lagere nationale rechters op het gebied van de toetsing van algemene voorwaarden in consumentenovereenkomsten, dat de aanleiding vormde voor het onderzoek (par. 4). Wij bren-

gen bij deze uitspraken niet alleen in kaart welke (rechts) politieke redenen mogelijk aanleiding hebben gegeven tot rechterlijk activisme van de lagere rechter, maar onderzoeken ook of en hoe het rechterlijk activisme in deze uitspraken herkend zou kunnen worden op grond van de tekst van de uitspraken van het HvJ EU. In de afsluitende paragraaf vatten wij de uitkomsten van ons exploratieve onderzoek samen en doen een suggestie voor vervolgonderzoek (par. 5).

2. Rechterlijk activisme

Zowel de nationale rechters als het HvJ EU tonen zich in de Spaanse hypotheekzaken bewust van de maatschappelijke context waarin prejudiciële vragen worden gesteld. Zo wees de rechter in *Aziz* op de economische en rechtspolitieke argumenten die door partijen waren aangedragen met betrekking tot de vraag of banken op grond van zeer ongunstige algemene voorwaarden een hypotheek konden uitwinnen.¹⁰ De verwijzende rechters in de Spaanse hypotheekzaken over bodemrentebedingen stelden hun prejudiciële vragen tegen de achtergrond van een uitspraak van het Tribunal Supremo (het Spaanse hoogste gerechtshof) waarin onder meer in het licht van economische redenen een tijdsbeperking werd verbonden aan de mogelijkheid bedragen van de banken terug te vorderen.¹¹ Het HvJ EU aarzelde niet om in beide zaken het beginsel van effectieve consumentenbescherming onder het EU-recht aan te wenden om nationale Spaanse wetgeving en jurisprudentie opzij te zetten ten faveure van de door de *lagere* rechters gezochte oplossingen. Daarmee zijn dit voorbeelden van zaken waarin rechters rechtspolitieke keuzes – in deze gevallen tussen de autonomie van partijen en de bescherming van de ‘zwakkere’ consument – doorzetten via het Europese Hof.

Hoewel al vaker de vraag is gesteld of het HvJ EU in dit type zaken niet wat al te voortvarend te werk gaat,¹² is minder aandacht besteed aan de rol van de verwijzende lagere rechters. In hoeverre kan hun benadering van rechtsvragen worden gezien als een vorm van rechterlijk activisme? Zij kunnen via Luxemburg immers bereiken wat in eigen land niet lukt, te weten het veranderen van nationale wetgeving en jurisprudentie – met grote rechts-

Het gaat hier om gevallen waarin via de verwijzing door de lagere rechter naar het HvJ EU een verandering in het geldende nationale recht wordt bewerkstelligd buiten de nationale wetgever en hoogste rechterlijke instanties om

politieke gevolgen, zoals bijvoorbeeld de uitbreiding van bescherming van consumenten tegen banken in de wetgeving over hypotheekcontracten. In welk soort zaken kan worden gesproken van activisme ofwel strategisch procederen? Is het wenselijk dat lagere rechters op deze manier te werk gaan?

De term ‘rechterlijk activisme’ wordt vaak gebruikt ter aanduiding van inmenging van rechters in rechtspolitieke kwesties, waarmee rechters op de stoel van de wetgever zouden gaan zitten.¹³ De onderliggende vraag is of de rechter haar bevoegdheid overschrijdt in verhouding tot het politieke proces van rechtsvorming. Critici gebruiken het label van ‘activisme’ meestal om aan te geven dat van een onwenselijke taakopvatting sprake zou zijn, terwijl voorstanders van bepaalde ontwikkelingen in de rechtspraak veeleer betogen dat de rechter juist haar (constitutie) opdracht vervult.¹⁴

In deze bijdrage wordt ‘rechterlijk activisme’ in de eerste plaats op een beschrijvende manier gebruikt. We doen geen uitspraken over de wenselijkheid van het optreden van lagere rechters, maar proberen inzicht te krijgen in de randvoorwaarden voor het verwijzen van rechtspolitiek gevoelige zaken naar het HvJ EU door deze rechters. Binnen onze definitie vallen geschillen waarin een nationale lagere rechter een prejudiciële vraag aan het Hof in Luxemburg voorlegt waarbij het antwoord op die vraag (potentieel) een

Auteurs

1. Prof. mr. C. Mak is hoogleraar Privaatrecht, in het bijzonder fundamentele rechten en privaatrecht aan de Universiteit van Amsterdam. Prof. mr. E. Mak is als hoogleraar Encyclopedie en Rechtstheorie verbonden aan de Universiteit Utrecht. Prof. mr. V. Mak is hoogleraar Privaatrecht aan de Universiteit van Tilburg.

Noten

2. HvJ EU 14 maart 2013, zaak C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164 (*Mohamed Aziz v. CatalunyaCaixa*).

3. Vergelijk I. Ramsay, ‘Two Cheers for Europe: Austerity, Mortgage Foreclosures and Personal Insolvency Policy in the EU’, in: H.-W. Micklitz en I. Domurath (red.),

Consumer Debt and Social Exclusion in Europe, Aldershot: Ashgate 2012, p. 189, hier p. 215-216.

4. Zie HvJ EU *Aziz*, voor r.o. 1.

5. HvJ EU 21 december 2016, gevoegde zaken C-154/15, C-307/15 en C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980 (*Gutiérrez Naranjo*).

6. HvJ EG 21 november 2002, zaak C-473/00, *Jur.* 2002 I-10875, ECLI:EU:C:2002:705 (*Cofidis*); zie daarover par. 4.

7. Bijv. HvJ EU *Cofidis*.

8. HvJ EU 9 september 2015, gevoegde zaken C-72/14 en C-197/14, ECLI:EU:C:2015:564 (*X/Van Dijk*).

9. Hans Micklitz benadrukt dat het HvJ EU in een positie is om uitspraken te doen die individuele gevallen overstijgen en tot struc-

tureel andere uitkomsten kunnen leiden. Hij ziet de procedure van het Hof in dat opzicht als een ‘open goal-mouth for the conceptual design of a modern European contract law’. Zie H.-W. Micklitz, ‘The Expulsion of the Concept of Protection from the Consumer Law and the Return of Social Elements in the Civil Law: A Bittersweet Polemic’, *Journal of Consumer Policy (JCP)* 2012, vol. 35, p. 283-296, hier p. 290.

10. Juzgado de lo Mercantil no. 3 de Barcelona, 2 mei 2013, SJM B 21/2013, ECLI:ES:JMB:2013:21, onder ‘Consideraciones previas a las alegaciones de las partes’.

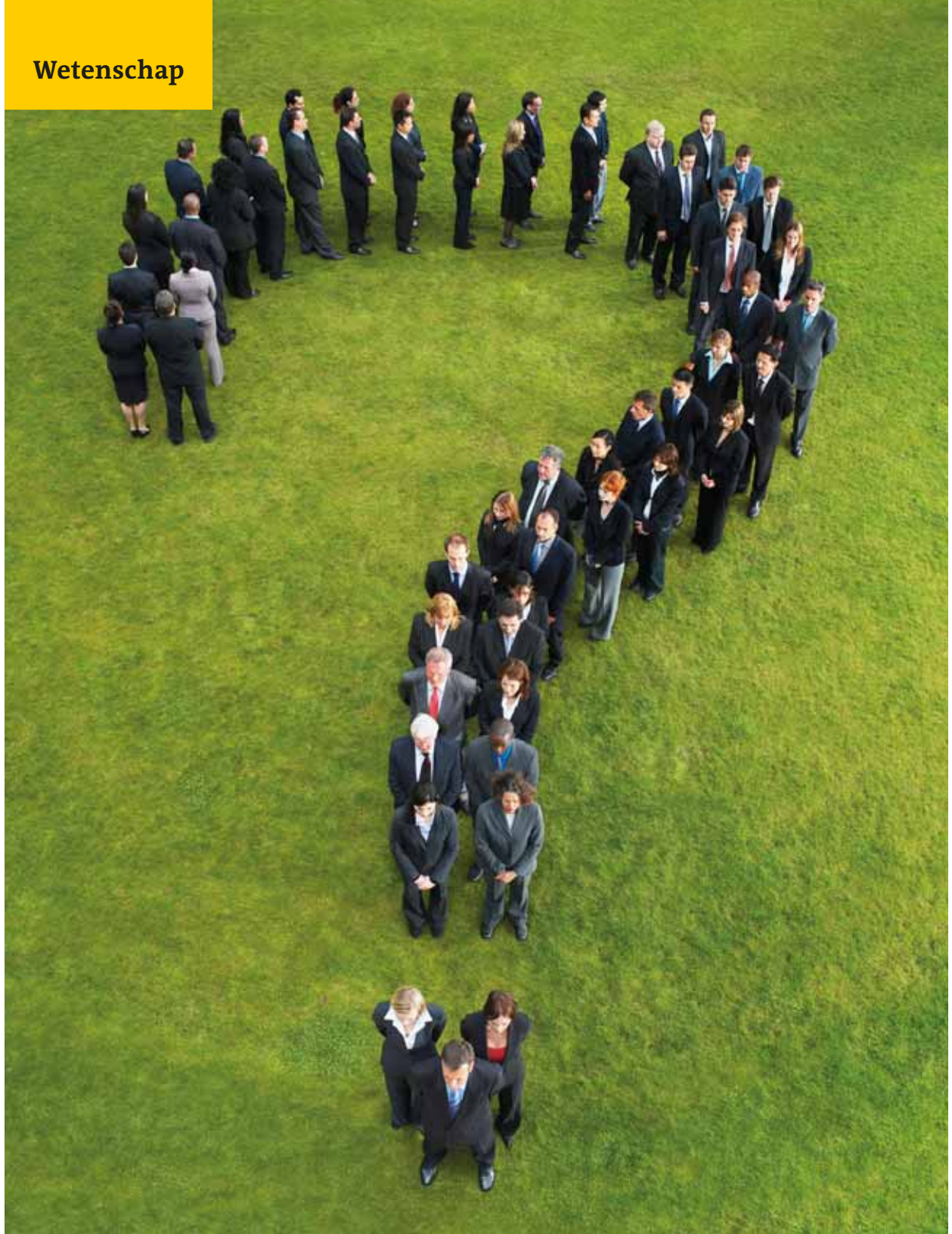
11. HvJ EU *Gutiérrez Naranjo*, r.o. 24.

12. H.-W. Micklitz, ‘Mohamed Aziz – sympathetic and activist, but did the Court get it wrong?’, in: A. Sodersten & J.H.H. Weiler

(red.), *Where the Court got it Wrong*, *Publications of ICON*, www.edn.net/florence-2013.html; M. Dawson, B. de Witte & E. Muir (red.), *Judicial Activism at the European Court of Justice: causes, responses and solutions*, Cheltenham: Edward Elgar 2013.

13. N. Garoupa, ‘Comparing Judicial Activism – Can we say that the US Supreme Court is more activist than the German Constitutional Court?’, *Revista Portuguesa de Filosofia (RPF)*, Special Issue on Democracy in Question, 2016, vol. 72, afl. 4, <https://ssrn.com/abstract=2887650>, p. 3.

14. Garoupa 2016, p. 4.



rechtspolitieke verschuiving in het nationale recht meebrengt. Het gaat hierbij om gevallen waarin via de verwijzing door de lagere rechter naar het HvJ EU een verandering in het geldende nationale recht wordt bewerkstelligd buiten de nationale wetgever en hoogste rechterlijke instanties om. Of rechters in dit type zaken een bepaalde rechtspolitieke agenda proberen te verwezenlijken speelt in deze afbakening geen rol, en een dergelijke motivatie achten wij – in het Nederlandse rechtssysteem – overigens niet zeer waarschijnlijk. De nadruk ligt op de taakopvatting van de nationale rechter met betrekking tot het bereiken van een vanuit rechtspolitiek oogpunt rechtvaardige belangenafweging tussen partijen in de gelaagde rechtsorde van het Europese (privaat)recht.

3. Verwijzingen door lagere rechters in cijfers

Onder welke voorwaarden nemen nationale lagere rechters een activistische houding aan door gebruikmaking van de prejudiciële procedure bij het HvJ EU? Op basis van onze definitie van 'rechterlijk activisme' gaat het erom vast te stellen op basis van welke factoren een lagere rechter een vraag zal voorleggen aan het HvJ EU met het oog op nationale rechtspolitieke verandering in lijn met de uitgangspunten van het EU-recht. In dit verband kan aan verschillende typen factoren worden gedacht: 1. institutionele factoren, die samenhangen met de vormgeving van het stelsel van nationale juridische procedures; 2. professionele factoren, die verband houden met de taakopvatting van de lagere nationale rechter; 3. contextuele factoren,

die samenhangen met de politieke en sociaal-economische achtergrond waartegen de rechterlijke interactie zich afspeelt.¹⁵

Wij benaderen de onderzoeksvraag allereerst vanuit een kwantitatief empirisch perspectief. Door de aantallen verwijzingen vanuit EU-lidstaten te vergelijken kan een beeld worden geschetst van mogelijk invloedrijke factoren die samenhangen met de institutionele en maatschappelijke context waarin de verwijzende lagere rechters functioneren, dat wil zeggen: factoren die losstaan van procesbeslissingen van de rechters in concrete zaken op basis van hun taakopvatting. De motivatie voor die procesbeslissingen is immers niet te herleiden uit de cijfers, maar vraagt om een analyse van jurisprudentie en van individuele opvattingen van rechters. De andere twee typen factoren kunnen wel direct worden gerelateerd aan de verwijzingspercentages.

Studies hebben aangetoond dat het totale aantal prejudiciële verwijzingen per lidstaat onder meer afhankelijk is van de bevolkingsomvang en van het percentage juridische procedures in verhouding tot het aantal inwoners van een land ('litigation rate').¹⁶ Daarnaast zijn nationale rechters meer geneigd om prejudiciële vragen te stellen in een staatsbestel dat wordt gekenmerkt door politieke verdeeldheid, waarin de wetgever minder snel corrigerend zal kunnen optreden tegen rechtspolitiek getinte rechterlijke oordelen.¹⁷ Omstreden is of maatschappelijke steun voor het proces van Europese integratie een positief effect heeft op het aantal verwijzingen.¹⁸ De genoemde studies betroffen telkens het aantal prejudiciële verwijzingen van alle nationale rechters in een lidstaat. Institutionele en contextuele factoren die specifiek verband houden met een hoge activiteit van nationale lagere rechters in prejudiciële procedures zijn echter nog niet in kaart gebracht. Als hypothese kan worden geformuleerd dat van belang zijn: 1. het percentage procedures bij lagere rechters ten opzichte van het totale aantal juridische procedures in een rechtssysteem (institutionele factor); 2. het nog niet in lijn zijn van nationale

wetgeving en rechtspraak met het EU-recht, mogelijk door een inactieve nationale wetgever of hogere rechter (contextuele factor);¹⁹ 3. het rijzen van veel nieuwe uitlegvragen, bijvoorbeeld als gevolg van 'massazaken' op een rechtsgebied waarin EU-recht domineert (contextuele factor). Een volgende stap is dan nog om van een verklaring voor de aantallen verwijzingen door nationale lagere rechters te komen tot een verklaring voor specifieke activistische verwijzingen, dat wil zeggen: verwijzingen in zaken waarin een rechtspolitiek element speelt.

Vaststelling welke van de genoemde factoren en welke verdere factoren daadwerkelijk invloedrijk zijn met betrekking tot activisme van nationale lagere rechters vraagt nader onderzoek, bijvoorbeeld interviews met rechters over hun beweegredenen om al dan niet vragen te stellen aan het HvJ EU en de institutionele, professionele, en contextuele factoren die in dat verband een rol spelen. Dan kan bijvoorbeeld ook worden gevraagd naar aspecten die niet in de jurisprudentie zichtbaar zijn, zoals de perceptie van lagere rechters betreffende inadequaat gebruik van de prejudiciële procedure door de hogere rechters in het nationale rechtssysteem, motieven van lagere rechters gerelateerd aan hun werklast en maatschappelijke prestige,²⁰ of motieven gerelateerd aan de kennis van lagere rechters betreffende het EU-recht.²¹ Een explorerend onderzoek van beschikbare cijfers geeft echter al wel enig inzicht en kan op die manier hypotheses genereren voor toetsing in interviews.

Wij gebruiken voor dit onderzoek gegevens van het HvJ EU. Het jaarverslag *Judicial Activity* van het Hof bevat een overzicht van prejudiciële verwijzingen per EU-lidstaat in de periode 1952-2015, waarbij een uitsplitsing is gemaakt naar verwijzingen door nationale hoogste rechters en door andere nationale gerechten.²² Op basis van deze gegevens hebben wij berekend welk aandeel de verwijzingen door lagere rechters per lidstaat vertegenwoordigen op het totale aantal verwijzingen uit die lidstaat. De uitkomsten van deze berekening zijn weergegeven in Tabel 1.

15. Vergelijk het onderscheid tussen institutionele, persoonlijke en externe perspectieven op rechtspraak in J. Bell, *Judiciaries Within Europe: a Comparative Review*, Cambridge: Cambridge University Press 2006, p. 2-6. Zie tevens A. Dyeve, 'European Integration and National Courts: Defending Sovereignty under Institutional Constraints?', *European Constitutional Law Review* 2013, vol. 9, afl. 1, p. 139-168, hier p. 151-156, die onderscheid maakt tussen factoren op micro-niveau ('judicial interests and preferences'), meso-niveau ('institutional incentives and constraints') en macro-niveau ('public support and political fragmentation'). Institutionele en contextuele factoren worden ook onderscheiden in andere studies over het gebruik van de prejudiciële procedure bij het HvJ EU. Zie M. Vink, M. Claes en M. Arnold, 'Explaining the Use of Preliminary References by Domestic Courts in EU Member States: A

Mixed-Method Comparative Analysis', paper 11th Biennial Conference of the European Union Studies Association 2009, raadpleegbaar via http://aei.pitt.edu/33155/1/vink_maarten.pdf. Het belang van professionele factoren kan worden gerelateerd aan theorieën over de individuele invulling van het rechtersambt. Zie A. Barak, *The Judge in a Democracy*, Princeton, NJ: Princeton University Press 2006, p. 118 (over 'judicial philosophy'); R.A. Posner, *How Judges Think*, Cambridge, MA: Harvard University Press 2008 ('nine theories of judicial behavior').

16. Vink, Claes & Arnold 2009, p. 5. Zie tevens M. Broberg & N. Fenger, *Preliminary References to the European Court of Justice*, Oxford: Oxford University Press 2014, par. 3.2.

17. Dyeve 2013, p. 154-155.

18. In positieve zin: Vink, Claes & Arnold 2009, p. 18. Anders: Dyeve 2013, p. 155-

156 en 163.

19. In deze zin was al in de beroemde *Franco-covich*-zaak sprake van rechterlijk activisme; zie D. Ruiz-Jarabo Colomer, 'Once Upon a Time – Franco-covich: From Fairy Tale to Cruel Reality?', in: M. Poiras Maduro en Loïc Azoulay (red.), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the EU Treaty*, Oxford: Hart Publishing 2010, p. 405-412. Met dank aan dr. Paul Verbruggen, die ons wees op dit voorbeeld.

20. Vergelijk L. Epstein, W.M. Landes & R.A. Posner, *The Behavior of Federal Judges: A Theoretical and Empirical Study of Rational Choice*, Cambridge, MA: Harvard University Press 2013. Zie tevens Dyeve 2013, p. 153-154.

21. Vergelijk J.A. Mayoral, U. Jaremba & T. Nowak, 'Creating EU Law Judges: the Role of Generational Differences, Legal Education and Judicial Career Paths in National

Judges' Assessment Regarding EU Law Knowledge', *Journal of European Public Policy* 2014, vol. 21, afl. 8, p. 1120-1141.

22. Tabel 'General Trend in the Work of the Court (1952-2015) – New references for a preliminary ruling (by member state and by court or tribunal)', in: Court of Justice of the European Union, *Annual Report 2015: Judicial Activity*, Luxemburg 2016, raadpleegbaar via www.curia.europa.eu, p. 97-99. Het jaarverslag over 2016 is nog niet beschikbaar. Wel publiceerde het HvJ EU al een persbericht over de gerechtelijke statistieken over het afgelopen kalenderjaar, waarin het recordcijfer van 470 prejudiciële vragen van nationale rechters met nadruk wordt gepresenteerd. Zie HvJ EU, 'Gerechtelijke statistieken 2016: tot voordeel van de burger zet de tendens van een kortere proceduur zich door', perscommuniqué nr. 17/17, Luxemburg, 17 februari 2017.

Tabel 1: Prejudiciële verwijzingen per EU-lidstaat: percentage verwijzingen door lagere rechters op het totale aantal verwijzingen (1952-2015)

EU-lidstaat	Verwijzingen door lagere rechters	Totale aantal verwijzingen	Percentage (%)
België	593	794	74,69
Bulgarije	67	83	80,72
Tsjechië	19	48	39,58
Denemarken	137	172	79,65
Duitsland	1481	2216	66,83
Estland	11	17	64,71
Ierland	30	85	35,29
Griekenland	106	172	61,63
Spanje	328	390	84,10
Frankrijk	713	931	76,58
Kroatië	6	6	100
Italië	1066	1326	80,39
Cyprus	3	7	42,86
Letland	25	46	54,35
Litouwen	11	37	29,73
Luxemburg	35	90	38,89
Hongarije	93	121	76,86
Malta	2	2	100
Nederland	320	949	33,72
Oostenrijk	266	470	56,60
Polen	43	89	48,31
Portugal	73	132	55,30
Roemenië	45	109	41,28
Slovenië	5	14	35,71
Slowakije	22	32	68,75
Finland	28	95	29,47
Zweden	86	121	71,07
Verenigd Koninkrijk	461	589	78,27

Kleurcodering:

- Minder dan 40% verwijzingen door lagere rechters
- Tussen 40% – 70%
- Meer dan 70%

Wat vertellen deze cijfers? Een indeling in drie categorieën laat het volgende beeld zien:

- Minder dan 40% verwijzingen door lagere rechters: Tsjechië, Ierland, Litouwen, Luxemburg, Nederland, Slovenië, Finland;
- Tussen 40% – 70% verwijzingen door lagere rechters: Duitsland, Estland, Griekenland, Cyprus, Letland, Oostenrijk, Polen, Portugal, Roemenië, Slowakije;
- Meer dan 70% verwijzingen door lagere rechters: België, Bulgarije, Denemarken, Spanje, Frankrijk, Kroatië, Italië, Hongarije, Malta, Zweden, Verenigd Koninkrijk.

Opvallend is dat Zuid-Europese landen niet voorkomen in de categorie van landen met het laagste percentage verwijzende lagere rechters. In de categorie met het

hoogste percentage verwijzingen is deze regio echter flink vertegenwoordigd. Een mogelijke verklaring zou kunnen zijn dat nationale wetgeving en rechtspraak in deze lidstaten vaker nog niet in lijn zijn met het EU-recht. De lagere rechter kan de prejudiciële procedure dan gebruiken om de aanpassing van het nationale recht af te dwingen. De incentive voor lagere rechters om te verwijzen is wellicht zelfs nog groter als er sprake is van uitdrukkelijk niet-ingrijpen van de wetgever of hogere rechter, in het bijzonder als dit gebeurt op basis van rechtspolitieke overwegingen. Een lagere rechter die zich herkent in de rechtspolitieke afweging op het EU-niveau kan de prejudiciële procedure dan aanwenden om een hervorming van het nationale systeem te bewerkstelligen. De motivatie van de rechter zal naar verwachting in een dergelijke situatie vooral verband houden met haar professionele taakopvatting in de rechtsstatelijke *checks and balances* en niet zozeer met het nastreven van een eigen (verborgen) politieke agenda.²³ Een meer praktische verklaring voor verwijzingspercentages is mogelijk gelegen in de kennis van lagere rechters van het EU-recht: twijfel kan leiden tot het onnodig doorschuiven van vragen naar Luxemburg,²⁴ onbewustheid van een EU-rechtelijk aspect kan juist meebrengen dat een relevante vraag niet wordt gesteld.²⁵

Een lagere rechter die zich herkent in de rechtspolitieke afweging op het EU-niveau kan de prejudiciële procedure aanwenden om een hervorming van het nationale systeem te bewerkstelligen

Ook meerdere landen in Centraal- en Oost-Europa staan hoog in de lijst van veel verwijzende lagere rechters. Bulgarije, Kroatië en Hongarije scoren hoog en Polen, Roemenië en Slowakije alsmede de Baltische staten Estland en Letland bevinden zich in de middenmoot. Een mogelijke verklaring voor de relatief hoge prejudiciële activiteit van nationale lagere rechters in deze landen kan verband houden met specifieke juridische en maatschappelijke kwesties die verband houden met het EU-recht. In het oog springend zijn problemen met banken, zoals 'bank charges' bij hypotheek en 'foreign currency mortgages', waardoor grote groepen consumenten zijn getroffen. In Roemenië rees de vraag of de kosten die banken berekenden bij hypotheek ongeldig konden worden verklaard op grond van nationale regelgeving die gebaseerd was op Richtlijn 2008/48/EG inzake consumentenkrediet.²⁶ Lagere rechters krijgen zaken over kostenbedingen in groten getale voor zich, waarbij overigens ook vaak wordt aangevoerd dat de bedingen mogelijk oneerlijk zijn.²⁷ De proble-

De tabel geeft aanleiding te denken dat lagere rechters in Spanje en Frankrijk verhoudingsgewijs meer prejudiciële vragen aan het Europese Hof voorleggen dan lagere rechters in veel andere lidstaten

matiek van de 'foreign currency mortgages' gaf aanleiding tot de prejudiciële vraag (overigens van de hoogste rechter) in de Hongaarse zaak *Kásler*.²⁸

Voor het Verenigd Koninkrijk, met een hoog percentage verwijzingen door lagere rechters, moet worden bedacht dat het Supreme Court (voorheen de Law Lords) op basis van een verlostelsel slechts zeer weinig zaken behandelt.²⁹ Ook de instroom van zaken bij het Court of Appeal of England and Wales is laag in vergelijking met het aantal zaken dat wordt afgedaan door de lagere rechters. Verklaringen kunnen worden gevonden in het ook hier geldende verlostelsel en in factoren die het voor partijen minder aantrekkelijk maken om door te procederen, zoals lange doorlooptijden en hoge proceskosten.³⁰

Met betrekking tot Nederland is gesuggereerd dat lagere rechters zich minder vrij voelen om prejudiciële vragen te stellen, omdat de hiermee gepaard gaande verlenging van de zaaksduur ongunstig is voor de output van het gerecht. Prejudiciële procedures passen aldus slecht in het bestortingssysteem voor de rechtspraak.³¹ De vraag is echter of dit een onderscheidende factor is ten opzichte van andere lidstaten, waar de capaciteit van de rechtspraak immers ook een rol speelt. Voor alle lidstaten geldt bovendien dat ook partijen er, vanwege de lange doorlooptijden bij het HvJ EU, een snelle afwikkeling van hun zaak kunnen verkiezen boven zekerheid over de correcte uitleg van het EU-recht.³²

Tot slot kan nog de vraag worden gesteld of de rechterlijke macht in specifieke lidstaten intern beleid heeft opgesteld met betrekking tot prejudiciële verwijzingen. Wordt dit bijvoorbeeld bij uitstek gezien als een taak van de hoogste rechter, die meer tijd en kennis beschikbaar heeft voor de voorbereiding van vragen? Of wordt er juist waarde gehecht aan verwijzingen in een zo vroeg mogelijk stadium, dus direct wanneer een prejudiciële vraag zich manifesteert in een procedure bij een lagere rechter? Deze beknopte analyse roept interessante vragen op voor vervolgonderzoek. Voor nu keren wij terug naar de aan het begin van dit artikel genoemde voorbeelden van activisme van nationale lagere rechters. De tabel geeft aanlei-

ding te denken dat lagere rechters in Spanje en Frankrijk – de landen die aanleiding gaven tot het onderzoek – inderdaad verhoudingsgewijs meer prejudiciële vragen aan het Europees Hof voorleggen dan lagere rechters in veel andere lidstaten. Uit de weergegeven getallen kan echter niet worden afgeleid in welke gevallen sprake was van rechterlijk activisme. Om een beter beeld te krijgen, analyseren wij een aantal geselecteerde uitspraken.

4. Analyse en verklaring van geselecteerde uitspraken uit het Europese consumentenrecht

Een kwalitatief antwoord op de vraag onder welke omstandigheden lagere nationale rechters een rechtspolitiek gevolg trachten te bereiken via de weg van de prejudiciële procedure bij het HvJ EU is niet eenvoudig te geven. Een methodologisch probleem bij het beantwoorden van deze vraag is dat niet duidelijk is hoe systematisch kan worden gezocht naar relevante uitspraken. Welke aspecten van een uitspraak geven het signaal dat een rechter een rechtspolitieke oplossing nastreefde die in de eigen nationale rechtsorde niet bereikt kon worden?

Om enig inzicht te verkrijgen in de voorwaarden die een rol spelen in dit proces analyseren wij een aantal uitspraken waarvan wij vinden dat zij voorbeelden zijn van rechterlijk activisme. We beginnen bij de uitspraken die aanleiding gaven tot de vraagstelling in dit artikel. Een exploratief onderzoek van deze uitspraken kan ons beter doen begrijpen onder welke voorwaarden lagere rechters de weg naar Luxemburg kiezen, en hoe dit type uitspraken kan worden herkend en onderscheiden van andere, niet rechtspolitiek gekleurde uitspraken. Wij bespreken deze vragen aan de hand van twee uitspraken, *Cofidis* en *Aziz*.

4.1. Voorwaarden voor rechterlijke activisme

De eerste uitspraak, in *Cofidis*,³³ is een op het oog weinig opvallende, bondige uitspraak van het Europese Hof van Justitie. Het rechterlijk activisme van de lagere rechter die een vraag voorlegde aan het Hof blijkt uit een geheel

23. Vergelijk Broberg & Fenger 2014, par. 3.3.2. en 3.3.4.

24. Vink, Claes & Arnold 2009, p. 7.

25. Zie ook Mayoral, Jaremba & Nowak 2014.

26. HvJ EU 12 juli 2012, zaak C-602/10, ECLI:EU:C:2012:443 (*Volksbank Romania*). De vraag waarover het Hof zich moest buigen, betrof daarom het meer technische punt of de maximumharmonisatie-doelstel-

ling van de richtlijn eraan in de weg stond dat de daarin neergelegde regels op grond van nationaal recht ook op hypothecair krediet werden toegepast.

27. Zie V. Mak, 'Note on CJEU 12 July 2012, Case C-602/10 *Volksbank Romania*', *Journal of European Consumer and Market Law/Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht (euvr)* 2013, vol. 2, p. 37-41.

28. HvJ EU 30 april 2014, zaak C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282 (*Kásler*).

29. In de periode april 2015 t/m maart 2016 heeft het UK Supreme Court zitting gehouden in 92 zaken en 81 rechterlijke uitspraken gewezen. Zie UK Supreme Court, *The Supreme Court Annual Report and Accounts 2015-2016*, raadpleegbaar via www.supremecourt.uk, p. 21.

30. Vergelijk H. Woolf, *Access to Justice:*

final report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales, London: HMSO 1996; J. Sorabji, *English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms: a critical analysis*, Cambridge: Cambridge University Press 2014.

31. Broberg & Fenger 2014, par. 3.3.5.

32. Vink, Claes & Arnold 2009, p. 8.

33. HvJ EG *Cofidis*, zie ook NJ 2003/703, m.nt. M.R. Mok.

De eigen politieke voorkeur van de rechter kan in deze context een factor zijn die tot rechterlijk activisme aanzet

andere bron: de roman *D'autres vies que la mienne* van Emmanuel Carrère.³⁴ Carrère beschrijft hoe een rechter bij het Tribunal d'instance, vergelijkbaar met ons kantonrecht, in Vienne een weg zoekt om schuldenaars te beschermen tegen woekerrentes en andere oneerlijke bedingen die banken en andere kredietaanbieders in de kleine lettertjes van hun algemene voorwaarden opnemen. Deze rechter tracht schuldenaars tegemoet te komen door ambtshalve wettelijke bepalingen van consumentenrecht toe te passen die het mogelijk maken dergelijke bedingen buiten toepassing te laten. In beroep bij de hoogste rechter, het Cour de cassation, houdt die benadering echter geen stand. De hoogste rechter acht de aanpak van de lagere rechter om twee redenen niet houdbaar. Ten eerste gaat de rechter voorbij aan verjaringsregels en past de bescherming tegen oneerlijke bedingen ook toe in gevallen waar onder het Franse recht een vorderingsrecht vervallen zou zijn.³⁵ Ten tweede verbiedt het Cour de cassation de ambtshalve toetsing van oneerlijke bedingen.³⁶ De rechter uit Vienne vindt niettemin een omweg om als nog het door hem gewenste, rechtspolitieke resultaat – bescherming van schuldenaars tegen de onkiesse praktijken van kredietverstrekkers – te bereiken. Geïnspireerd door de uitspraak van het HvJ EU in *Océano*,³⁷ waarin voor het eerst wordt uitgemaakt dat rechters om regels van EU-consumentenrecht effectief te doen zijn oneerlijke bedingen ambtshalve mogen toetsen, zoekt hij een bij hem aanhangige zaak die als vehikel kan dienen voor een prejudiciële vraag. De door hem voorgelegde prejudiciële vraag, in een geschil tussen Cofidis en schuldenaar Jean Fredout, wordt door het Hof beantwoord op een wijze die het Franse Cour de cassation buitenspel zet. De rechter mag inderdaad ambtshalve bedingen uit algemene voorwaarden toetsen op oneerlijkheid. Bovendien is hij daarbij niet gebonden aan een termijn. De waarborg van artikel 6 van Richtlijn 93/13, dat oneerlijke bedingen consumenten niet binden, mist volgens het Hof doeltreffendheid indien die bevoegdheid aan een termijn is gebonden. De aanbieder of verkoper hoeft immers slechts de door de nationale wetgever vastgestelde termijn te laten verstrijken alvorens tenuitvoerlegging te vorderen van oneerlijke bedingen, die hij bovendien verder in zijn overeenkomsten zal blijven gebruiken.³⁸

Welke factoren gaven nu aanleiding voor de rechter uit Vienne om zich tot het Europese Hof te wenden om zijn doel te bereiken? Uit de in het boek van Carrère geschetste context komt een aantal factoren naar voren die het handelen van de rechter mogelijk verklaren. Ten eerste zijn Franse rechters vrij uitgesproken over hun politieke kleur, meer dan Nederlandse. Het lijkt daarbij zelfs zo te zijn dat in de Franse rechterlijke macht een groter verschil bestaat dan in Nederland tussen de politieke

kleur van de hoogste civiele rechter en van (sommige) lagere rechters. Het Cour de cassation wordt door Carrère beschreven als politiek meer rechts gekleurd, terwijl de rechter in Vienne een sociaal-georiënteerde, linkse politieke voorkeur heeft. Die typering past bij de Franse rechtsorde waarin ook de universiteit waar een rechter zijn of haar opleiding heeft genoten al veel zegt over zijn of haar plaats in het politieke spectrum. Verder worden in Frankrijk politieke tegenstellingen waarschijnlijk versterkt door de vakbonden waarin rechters zich hebben georganiseerd, die duidelijk een politieke signatuur hebben.³⁹ De eigen politieke voorkeur van de rechter kan in deze context een factor zijn die tot rechterlijk activisme aanzet. Daarbij moet echter worden aangetekend dat er geen reden is te denken dat de politieke voorkeur van een rechter aanzet tot stelselmatig politiek activisme via de rechtspraak. In individuele zaken, zoals *Cofidis*, kan deze factor niettemin een gedeeltelijke verklaring zijn voor rechterlijk activisme. Een tweede factor die in deze zaak doorschijnt is de omvang van het probleem.⁴⁰ De rechter lijkt geïnspireerd te zijn door de mogelijkheid om een verschil te maken ten aanzien van een wijdverbreid maatschappelijk probleem, namelijk de schuldenproblematiek van mensen aan de sociaal-economische onderkant van de samenleving.

De tweede zaak, *Aziz*, ziet ook op consumentenschulden maar in dat geval in de vorm van hypotheekleningen. *Aziz* is representatief voor het grote aantal zaken over hypotheekcontracten dat voor Spaanse rechters is gebracht als gevolg van de economische crisis in de EU.⁴¹ Banken hadden gedurende de voorafgaande periode zeer eenzijdige voorwaarden aan consumenten kunnen opleggen bij het aangaan van hypotheekleningen. In de vele zaken die op het ontstaan van de crisis volgden bleek dat rechters deze voorwaarden niet inhoudelijk konden toetsen, nu de procedure voor beoordeling van algemene voorwaarden los stond van die voor uitwinning van de hypotheek. In de *Aziz*-zaak had dit tot gevolg dat de bank op basis van haar voorwaarden het huis in een versnelde procedure kon veilen, daarbij eenzijdig de prijs kon vaststellen, en de familie Aziz uit de woning kon laten zetten. De rechter die in een parallelle procedure werd gevraagd te oordelen over de redelijkheid van de algemene voorwaarden had geen mogelijkheid in te grijpen.⁴²

De rechter in deze zaak, José María Fernández Seijo, verwees eerder *Océano* naar het HvJ EU. Ook in *Aziz* was een verwijzing naar het Luxemburgse Hof nodig om een verandering in het nationale recht teweeg te brengen. Het Hof stelde in deze zaak vast dat het Spaanse recht niet voldeed aan het door de Richtlijn oneerlijke voorwaarden vereiste niveau van consumentenbescherming, nu aan de rechter die de contractvoorwaarden beoordeelde geen mogelijkheid werd geboden voorlopige maatregelen te treffen ter verzekering van de volle werking van zijn einduitspraak, in het bijzonder het schorsen van de uitwinningprocedure.⁴³ Naar aanleiding van deze uitspraak van het HvJ EU is het Spaanse recht op dit punt herzien.⁴⁴

Uit interviews met rechter Fernández Seijo blijkt dat hij zich zeer bewust was van de economische en maatschappelijke context waarin de zaak speelde en van de strategische mogelijkheden die de prejudiciële procedure bood.⁴⁵ Onder meer merkte hij op dat banken tijdens de *housing boom* in de jaren tussen 2000 en 2009 consumenten-

ten te weinig hadden geïnformeerd over de inhoud van de standaardvoorwaarden bij hypotheekcontracten. Daarnaast was van belang dat het Spaanse recht geen schuldsaneringsregeling kende, waardoor consumenten die hun woning verloren niet snel naar een gezonde financiële situatie zouden kunnen terugkeren. Het feit dat nationale procedurele voorschriften het rechters onmogelijk maakten de zeer eenzijdige bankvoorwaarden inhoudelijk te toetsen aan de maatstaven van het Europees consumentenrecht inspireerde de prejudiciële vragen in *Aziz*. De uitspraak van het HvJ EU bracht vervolgens het hervormingsproces van het nationale recht in een stroomversnelling.

Anders dan in de verklaring van *Cofidis* is dus geen specifieke uiting van politieke kleur te vinden in de verklaring van de nationale rechter voor de in *Aziz* gekozen weg. Wel wordt de Spaanse rechtspraak inmiddels getypeerd als 'laatste loopgraaf' voor het bewerkstelligen van maatschappelijke veranderingen.⁴⁶

4.2. Het herkennen van uitspraken

De in de vorige paragraaf geïdentificeerde voorwaarden geven een kwalitatief inzicht in de door ons gestelde vraag naar rechterlijk activisme via het HvJ EU. Een vervolgonderzoek op dit terrein belangrijke vraag is hoe een onderzoeker deze uitspraken kan herkennen. Sprongen *Cofidis* en *Aziz* er alleen maar uit als activistische uitspraken omdat zij in de literatuur en in de media aandacht krijgen, of zijn in de tekst van de uitspraken factoren te herkennen die kenmerkend zijn voor dit type uitspraak?

Met enige voorzichtigheid kan gesteld worden dat de tekst van de uitspraken aanknopingspunten geeft voor herkenning. Opvallend is dat in beide zaken de Europese Commissie en vertegenwoordigers van de regeringen van EU⁴⁷ gebruik hebben gemaakt van de mogelijkheid om in een procedure een eigen standpunt in te dienen bij het HvJ EU. Dat zou kunnen worden gezien als een uitdrukking van het maatschappelijke belang van de zaken. Niettemin zou meer rechtspraak moeten worden geanalyseerd om te bepalen hoe 'hard' die factor is. De inmenging van de Commissie of van nationale regeringen kan worden verklaard door het maatschappelijke of rechtspolitieke belang van een uitspraak, maar niet ondenkbaar is dat andere motieven een rol spelen. Een nationale regering kan bijvoorbeeld gedreven worden door politiek-strategische motieven, zoals het willen behouden van de eigen autonomie in verhouding tot de EU.

Een andere factor die in de tekst van de uitspraken naar voren komt, is dat de ontvankelijkheid van de prejudiciële vraag aan de kaak wordt gesteld, in deze gevallen door de wederpartij van de consument en de regeringen van Frankrijk, dan wel Spanje.⁴⁸ Een beroep op de niet-ontvankelijkheid van een prejudiciële vraag zou een aanwijzing kunnen zijn dat de vraag een politieke lading heeft, zeker als de bezwaren worden gemaakt door een of meer regeringen van EU-lidstaten, of partijen die een belangrijke maatschappelijke positie hebben, zoals banken. Deze partijen zullen bij politiek beladen vragen waarschijnlijk niet zitten te wachten op de inmenging van een rechter die, in dit geval via de weg van het Europese Hof, een resultaat probeert te bereiken dat binnen de eigen rechtsorde niet mogelijk is. Het inroepen van de niet-ontvankelijkheid van de vraag kan een laatste poging zijn om de

De inmenging van de Commissie of van nationale regeringen kan worden verklaard door het maatschappelijke of rechtspolitieke belang van een uitspraak

inmenging van de rechter in de kwestie een halt toe te roepen. Niettemin is ook dit geen 'harde' factor. De ontvankelijkheid van een prejudiciële vraag kan ook om andere, niet-politieke redenen worden aangekaart, bijvoorbeeld omdat een van de partijen de kansen om de onderliggende procedure bij de nationale rechter te winnen hoger inschat indien de vraag geen doorgang krijgt.

Verder kan het feit dat de prejudiciële vraag van een lagere rechter komt op zich ook al een aanwijzing zijn van mogelijk rechterlijk activisme. De lagere rechter die een vraag voorlegt aan het HvJ EU, wil de uitkomst voor – in de voorbeelden – de consument niet laten afhangen van mogelijke vragen in een latere fase van de procedure, bijvoorbeeld in hoger beroep of in cassatie, maar stelt zelf de vraag. Dat kan een aanwijzing zijn dat de lagere rechter een uitkomst wil bereiken die afwijkt van de lijn van de hoogste rechter. Een voorbeeld in Nederland is de reeds

34. E. Carrère, *D'autres vies que la mienne*, Parijs: P.O.L. éditeur 2009. Het boek is in Nederlandse vertaling verschenen onder de titel *Andere levens dan het mijne*, Amsterdam: De Arbeiderspers 2011.

35. De vervalttermijn was twee jaar ingevolge art. L.311-37, eerste alinea, van de Code de la consommation (oud); zie het in juni 2016 nieuw ingevoerde art. R.312-35 van de Code de la consommation.

36. Cour de cassation 15 februari 2000, Bull. no 49. Zie Carrère 2009, p. 247-249.

37. HvJ EG 27 juni 2000, gevoegde zaken C-240/98 t/m C-244/98 (*Océano*), ECLI:EU:C:2000:346, *Jur.* 2000, p. I-4941, *NJ* 2000/730. *Océano* kan zelf overigens ook worden gezien als een voorbeeld van rechterlijk activisme. De rechter was dezelfde als in de *Aziz*-zaak; zie de bespreking hieronder.

38. HvJ EG *Cofidis*, r.o. 35.

39. Zie J. Bell 2006, p. 63.

40. Vergelijk contextuele factor 3 in par. 3 van dit artikel.

41. F. Gómez Pomar en K. Lyczkowska, 'Spanish Courts, the Court of Justice of the European Union, and Consumer Law', *InDret* 4/2014, p. 5.

42. HvJ EU *Aziz*, r.o. 29.

43. HvJ EU *Aziz*, r.o. 64.

44. Ley 1/2013, BOE No 116, 15 mei 2013, p. 36373.

45. 'Más de 300 reclamaciones por las cláusulas abusivas hipotecarias', *El País – Cataluña* 5 May 2013, <http://ccaa.elpais.com/ccaa/2013/05/05/catalun->

[ya/1367767343_786819.html](http://1367767343_786819.html).

46. J. Álvarez & L.F. Rodríguez, *La última trincheras. Un retrato inédito de los jueces que protagonizan la actualidad de nuestro país*, Ediciones Península 2016.

47. In *Cofidis* waren dat de Franse en Oostenrijkse regering, in *Aziz* de Spaanse.

48. Zie HvJ EG *Cofidis*, r.o. 17 e.v.; HvJ EU *Aziz*, r.o. 32 e.v.

aangehaalde vraag van het Hof Den Bosch in *X/Van Dijk*.⁴⁹

Hoewel in de tekst van de uitspraken van het HvJ EU een aantal aanknopingspunten kan worden herkend voor mogelijk rechterlijk activisme van lagere nationale rechters, biedt de tekst op zich onvoldoende informatie om dit soort zaken te herkennen. Een bredere analyse is nodig om zekerheid te krijgen over de vraag of een rechter strategisch dan wel activistisch is opgetreden in een zaak. Daartoe zou in iedere zaak moeten worden meegenomen welke nationale en Europese uitspraken er zijn geweest, in combinatie met de politieke en sociaal-economische context waarin de rechterlijke interactie plaatsvond, of zouden de verwijzende rechters geïnterviewd moeten worden. Alleen een dergelijke 'law in context'-benadering kan verduidelijken welke omstandigheden hebben bijgedragen aan de keuze van de nationale rechter voor de Europese weg.

5. Conclusies en vervolgvragen

Samenvattend kan worden gesteld dat een aantal voorwaarden kan worden benoemd waaronder lagere, nationale rechters de prejudiciële procedure bij het Europese Hof

Een bredere analyse is nodig om zekerheid te krijgen over de vraag of een rechter strategisch dan wel activistisch is opgetreden in een zaak

op een activistische wijze zouden kunnen gebruiken. In gevallen waar een groot maatschappelijk belang speelt, weten zij de weg van de prejudiciële procedure te gebruiken ten gunste van een rechtspolitieke uitkomst die binnen hun eigen, nationale rechtsstelsel buiten bereik ligt, bijvoorbeeld omdat wetgeving of staande jurisprudentie van de hoogste rechter eraan in de weg staat. Op deze manier kan een nationale rechter via het Unierecht een oplossing vinden die in de nationale context niet haalbaar is.

De voorwaarden waaronder een nationale rechter een zaak in deze omstandigheden naar Luxemburg verwijst kunnen institutioneel zijn, professioneel, of contex-

tueel. Onze kwantitatieve voorstudie laat zien dat in kaart kan worden gebracht in welke lidstaten lagere rechters meer of minder actief zijn met het stellen van prejudiciële vragen. Deze voorstudie levert al een aantal hypothesen op. Activisme van Zuid-Europese rechters zou kunnen worden verklaard op basis van de veronderstelling dat de wetgeving van die landen vaker nog niet in lijn is met EU-recht dan in andere lidstaten. En vragen uit Oost-Europa komen wellicht voort uit specifieke juridische en maatschappelijke problemen ten aanzien van het grootschalig gebruik van oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten voor hypothecaire leningen. Daarbij is nog wel de vraag: waarom stellen Engelse rechters dan niet meer vragen over 'bank charges', waarmee de Engelse rechtspraak de laatste jaren veel geworsteld heeft?⁵⁰ Factoren die dat kunnen verklaren zijn het Engelse verlostelsel bij de hoogste rechters, de hoge kosten en lange duur van procedures, en een ambigu sentiment ten aanzien van Europa.

Ook een kwalitatieve analyse leidt tot inzicht in de voorwaarden die een rol spelen bij rechterlijk activisme van lagere rechters via de Europese rechter. Wat met name veel oplevert, is om een aantal zaken gedetailleerd 'in context' te bestuderen. De voorbeeldzaken uit het Europese consumentenrecht, *Cofidis* en *Aziz*, bevestigen dat rechters deze weg kiezen als (rechts)politieke doeleinden niet bereikt kunnen worden vanwege bestaande wetgeving of jurisprudentie van een hogere rechter. Andere factoren die mogelijk een rol spelen zijn verschillen in politieke kleur van hogere en lagere rechters (bijvoorbeeld in Frankrijk), of een grote kennis van Europees recht gecombineerd met strategisch inzicht over de te volgen procedure (zoals in de Spaanse *Aziz*-zaak).

De vraag is natuurlijk in hoeverre deze voorwaarden ook opgaan in andere lidstaten, zoals Nederland. In abstracto kunnen we zeggen dat het moet gaan om een geval waarin een maatschappelijk probleem speelt, waarvoor de hoogste rechter of de nationale wetgever geen adequate oplossing biedt, en dat binnen de reikwijdte van het EU-recht valt. Om meer concrete inzichten te verkrijgen in de specifieke voorwaarden waaronder de Nederlandse lagere rechter daadwerkelijk tot actie overgaat, is het wachten totdat zich een zaak voordoet waarin alle elementen samenkomen. Wat wordt de Nederlandse *Cofidis* of *Aziz*? •

⁴⁹. Zie voetnoot 8.

⁵⁰. Zie *Office of Fair Trading/Abbey National plc* [2008] EWHC 875 (Comm); [2009] EWCA Civ 116; [2009] 2 WLR 1286; [2009] UKSC 6; [2009] 3 WLR 1215.