

**Hoge Raad, 1 februari 1975, Centrafarm v Winthrop**

**MERKENRECHT**

**Uitputting – vrij verkeer van goederen**

**Toestemming merkhouder**

**Met toestemming merkhouder omvat mede in verkeer brengen door een tot hetzelfde concernverband behorende onderneming**

dat de Hoge Raad er daarbij van uitgaat dat de onder I gegeven beslissing van het Hof van Justitie, waarin antwoord wordt gegeven op de onder I sub a door de Hoge Raad aan het Hof gestelde vraag, volgens welke beslissing de uitoefening door de merkgerechtigde van het hem bij de wetgeving van een Lid-Staat verleende recht om het in deze Staat in het verkeer brengen van een produkt dat in een andere Lid-Staat onder dit merk door deze merkgerechtigde of met diens toestemming in het verkeer is gebracht, te verbieden, onverenigbaar zou zijn met de regels van het EEG-verdrag inzake het vrije verkeer van goederen binnen de gemeenschappelijke markt, mede doelt op een geval als het onderhavige, waarin dat produkt in die andere Lid-Staat in het verkeer is gebracht door een tot hetzelfde concernverband behorende onderneming

Vindplaatsen: NJ 1975, 457, m.nt. Wichers Hoeth

**Hoge Raad, 1 februari 1975**

(Wiarda, Hollander, Ras, Minkenhof, Drion)

(...)

De besloten vennootschap Centrafarm BV, te Rotterdam en A. [X], te Nieuwerkerk aan de IJssel, eisers tot cassatie van een door het Hof te 's-Gravenhage tussen pp. gewezen arrest van 21 maart 1973, adv. Mr. L.D. Pels Rijcken,

tegen

de naamloze vennootschap Winthrop NV, te Haarlem, verweerster in cassatie, adv. Mr. T. Schaper.

(...)

De Hoge Raad,

Wederom gehoord pp.;

Gehoord de **conclusie van de waarnemend Advocaat-Generaal Erades**, strekkende tot vernietiging van het beroepen arrest en tot beslissing ten principale door de Hoge Raad van het geding in dier voege dat de gevraagde voorzieningen worden geweigerd, alsmede tot de veroordeling van de verweerster in cassatie in de proceskosten in alle instanties;

Wederom gezien de stukken, waaronder thans

1. het interlocutoire arrest van 1 maart 1974, waarbij de Hoge Raad aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen verzoekt uitspraak te doen over de uitlegging van de regels van het EEG-verdrag betreffende het vrije verkeer van goederen in samenhang met art. 42 van de Akte, behorende bij het Verdrag betref-

fende de toetreding van de nieuwe Lid-Staten tot de Europese Economische Gemeenschap, alsmede inzake de uitlegging van art. 85 EEG-verdrag, zulks met betrekking tot de in het arrest van de Hoge Raad nader omschreven vragen,

2. het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 31 okt. 1974, waarbij het Hof over de uitlegging van genoemde regels met betrekking tot deze vragen een prejudiciële beslissing heeft gegeven;

O. dat het Hof in die beslissing heeft verklaard voor recht:

'1. De uitoefening door de merkgerechtigde van het hem bij de wetgeving van een Lid-Staat verleende recht om het in deze Staat in het verkeer brengen van een produkt dat in een andere Lid-Staat onder dit merk door deze merkgerechtigde of met diens toestemming in het verkeer is gebracht, te verbieden, zou onverenigbaar zijn met de regels van het EEG-verdrag inzake het vrije verkeer van goederen binnen de gemeenschappelijke markt.

2. Het is te dezen niet van belang dat er tussen de Lid-Staat van uitvoer en de Lid-Staat van invoer prijsverschillen bestaan, welke worden veroorzaakt door in de Staat van uitvoer genomen overheidsmaatregelen ter beheersing van de prijs van het produkt.

3. Het staat de gerechtigde tot een merk voor een farmaceutisch produkt niet vrij zich aan de communautaire voorschriften inzake het vrije verkeer van goederen te onttrekken om de verspreiding van het produkt te controleren ter bescherming van het publiek tegen gebrekkige produkten.

4. Op art. 42 van de Akte betreffende de toetredingsvoorwaarden en de aanpassing der Verdragen kan geen beroep worden gedaan ter verhindering van de invoer in Nederland, ook voor 1 jan. 1975, van goederen die door de merkgerechtigde of met diens toestemming in het Verenigd Koninkrijk op de markt zijn gebracht.

5. Art. 85 Verdrag ziet niet op overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen ondernemingen die als moedermaatschappij en dochteronderneming tot een en hetzelfde concern behoren, indien de ondernemingen een economische eenheid vormen, waarin de dochteronderneming haar optreden op de markt niet werkelijk zelfstandig kan bepalen, en indien die overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen een interne taakverdeling tussen de ondernemingen ten doel hebben.;

O. dat de uitlegging, die volgens de prejudiciële beslissing van het Hof van Justitie moet worden gegeven aan de regels van het EEG-verdrag betreffende het vrije verkeer van goederen binnen de gemeenschappelijke markt in samenhang met art. 42 van de Akte behorende bij het Verdrag betreffende de toetreding van de nieuwe Lid-Staten tot de Europese Economische Gemeenschap, tot geen andere conclusie vermag te leiden dan dat het door Winthrop in deze zaak op grond van inbreuk op haar merk Negram gevraagde verbod met genoemde regels onverenigbaar is, zodat het derde onderdeel van het cassatiemiddel in zoverre gegrond is;

dat de Hoge Raad er daarbij van uitgaat dat de onder I gegeven beslissing van het Hof van Justitie, waarin antwoord wordt gegeven op de onder I sub a door de Hoge Raad aan het Hof gestelde vraag, volgens welke beslissing de uitoefening door de merkgerechtigde van het hem bij de wetgeving van een Lid-Staat verleende recht om het in deze Staat in het verkeer brengen van een produkt dat in een andere Lid-Staat onder dit merk door deze merkgerechtigde of met diens toestemming in het verkeer is gebracht, te verbieden, onverenigbaar zou zijn met de regels van het EEG-verdrag inzake het vrije verkeer van goederen binnen de gemeenschappelijke markt, mede doelt op een geval als het onderhavige, waarin dat produkt in die andere Lid-Staat in het verkeer is gebracht door een tot hetzelfde concern-verband behorende onderneming;

O. dat het bovenoverwogene meebrengt dat, terwijl uit het interlocutoire arrest van de Hoge Raad volgt dat het tweede onderdeel van het cassatiemiddel ongegrond is, het eerste onderdeel, waarop door de Hoge Raad in dat arrest nog niet is beslist, buiten behandeling kan blijven; dat, waar de regels van het EEG-verdrag, welke zich tegen de toewijzing van het door Winthrop op grond van haar merkrecht gevraagde verbod verzetten, in deze zaak als gevolg van de toetreding van het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland eerst in de loop van het geding in hoger beroep toepasselijk zijn geworden, de in het eerste onderdeel van het cassatiemiddel aan de orde gestelde rechtsvraag, welke op de uitlegging van de Benelux-Merkenwet betrekking heeft, wel van belang zou kunnen zijn voor de vraag hoe moet worden beslist omtrent de op het geding in de feitelijke instanties gevallen kosten, doch beide pp. uitdrukkelijk hebben verklaard met het oog op die vraag geen beslissing omtrent het eerste onderdeel van het cassatiemiddel te verlangen;

dat de Hoge Raad daarom ten aanzien van die kosten zal beslissen dat deze in dier voege zullen worden gecompenseerd dat iedere partij de hare draagt;

O. dat, aangezien in cassatie Winthrop als de uiteindelijk in het ongelijk gestelde partij moet gelden, de Hoge Raad haar in de op deze instantie aan de zijde van Centrafarm en [X] gevallen kosten zal veroordelen, zulks met inbegrip van de kosten van het als 'incident' in de cassatie-instantie te beschouwen proces voor het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen;

Vernietigt het bestreden arrest van het Hof te 's-Gravenhage alsmede het vonnis van de Pres. van de Rb. te Rotterdam;

Wijst de vordering van Winthrop tot het geven van de door Winthrop tegen Centrafarm en [X] gevraagde voorzieningen af;

Compenseert de kosten gevallen op het geding in eerste aanleg en in hoger beroep aldus dat iedere partij haar eigen kosten draagt;

Veroordeelt Winthrop in de kosten op de voorziening in cassatie gevallen, aan de zijde van Centrafarm en [X] tot op deze uitspraak begroot op f 219,50 aan verschotten en f 6000 voor salaris.

### Conclusie Advocaat-Generaal Erades.

De Hoge Raad heeft in deze zaak bij arrest van 1 maart 1974 op de grondslag van art. 177 EEG-Verdrag het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna te noemen: het EG-Hof) verzocht uitspraak te doen over de uitlegging van: 1. de regels betreffende het vrije verkeer van goederen van het EEG-Verdrag, mede i.v.m. art. 42 Verdrag betreffende de toetreding van Denemarken, Ierland, Noorwegen en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland tot de EEG, 2. art. 85 EEG-Verdrag, zulks met betrekking tot de in het arrest omschreven vragen.

Het EG-Hof heeft bij zijn prejudiciële beslissing van 31 okt. 1974 in deze zaak, die bij het EG-Hof bekend is onder rolno. 16/74, aan vorenbedoeld verzoek voldaan en de vragen, die de Hoge Raad had gesteld, beantwoord.

Aan de eisers tot cassatie (hierna te noemen: Centrafarm c.s.) is acte verleend van een ter rolle van de Hoge Raad van 19 dec. 1974 afgelegde verklaring, te welker terechtzitting pp. de zaak andermaal mondeling hebben doen toelichten.

Thans is voor het eerst in een geding voor de Hoge Raad aan de orde de vraag, welke de betekenis van de antwoorden, die het EG-Hof op de vragen van de Hoge Raad heeft gegeven, is voor de beoordeling van onderdeel 3 van het cassatiemiddel.

Logisch dient aan dit onderzoek vooraf te gaan de vaststelling, dat de nationale rechter, die op de grondslag van art. 177 EEG-Verdrag vragen, als bedoeld in lid 1 van deze verdragsbepaling, tot het EG-Hof richt — gelijk algemeen in de literatuur genoemd in Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht, no. 49 (1964), p. 20 noot 77) wordt aanvaard en ook reeds door de Hoge Raad (18 mei 1962 inzake Bosch ca. de Geus en Uitdenbogerd, NJ 1965, 115) is aangenomen — gebonden is aan de antwoorden, die het EG-Hof op die vragen heeft gegeven. Dit geldt, naar mij wil voorkomen, in het onderhavige geval ook voor de Hoge Raad

Wat de betekenis van de antwoorden van het EG-Hof op de vragen van de Hoge Raad voor de beoordeling van onderdeel 3 van het cassatiemiddel betreft, hebben Centrafarm c.s. in hun verklaring ter rolle aangevoerd, dat uit het arrest van het EG-Hof blijkt, dat de uitoefening van een merkrecht in een geval als in de vraagstelling door de Hoge Raad omschreven, onverenigbaar is met de regels van het EEG-Verdrag inzake het vrije verkeer van goederen binnen de gemeenschappelijke markt; dat hieruit de gegrondheid volgt van onderdeel 3 van het cassatiemiddel, voorzover in dit onderdeel op bedoelde regels van het EEG-Verdrag beroep is gedaan en dat het in cassatie bestreden arrest van het Hof te 's-Gravenhage derhalve moet worden vernietigd en de Hoge Raad ten principale recht kan doen, waarbij de door de verweerster (hierna te noemen: Winthrop) ingestelde vorderingen behoren te worden afgewezen met veroordeling van Winthrop in de kosten van alle instanties.

De geeerde pleiter voor Winthrop heeft verklaard, dat Winthrop het met Centrafarm c.s. eens is, dat het arrest van het Hof moet worden vernietigd en dat de Hoge Raad nu ten principale recht kan doen, mits tussen pp. alsnog overeenstemming zou worden bereikt ten aanzien van de door de Hoge Raad in zijn arrest gemaakte reserve met betrekking tot de uitlegging van de eenvormige Beneluxwet. De geeerde pleiter voor Centrafarm c.s. heeft hierop geantwoord, dat zijn cliënten het met Winthrop eens zijn, dat dit punt, dat thans alleen nog maar van belang zou kunnen zijn voor de proceskosten, kan blijven rusten en dat aan de Hoge Raad daarover geen beslissing meer wordt verzocht.

Deze overeenstemming tussen pp. neemt echter niet weg, dat ik dien na te gaan of de conclusie, die het OM op 18 jan. 1974 in deze zaak heeft genomen, aanvulling behoeft. Hij concludeerde toen, dat het eerste onderdeel van het cassatiemiddel niet tot vernietiging van het beroepen arrest zou kunnen leiden.

De Hoge Raad heeft op 1 maart 1974 arrest gewezen en in r.o. 1 overwogen 'dat het bestreden arrest aldus moet worden begrepen dat naar 's Hofs oordeel de vraag of het gebruik van een merkrecht als in het onderhavige geval door Winthrop gemaakt door de bepalingen van de eenvormige Beneluxwet op de warenmerken wordt toegelaten, bevestigend moet worden beantwoord...'. De Adv.-Gen. Berger heeft in zijn conclusie een interpretatie gegeven van de desbetreffende bepalingen van de eenvormige Beneluxwet op de warenmerken (hierna te noemen: de BMW). De Hoge Raad is in zijn voornoemd arrest niet ingegaan op de vraag van uitlegging dier wet, doch heeft overwogen, dat hij omtrent de uitlegging van het EEG-Verdrag een prejudiciële uitspraak van het EG-Hof zou verzoeken en dat hij de vragen betreffende de uitlegging van de BMW voorshands zou laten rusten.

Nu het EG-Hof aan het tot hem gerichte verzoek heeft voldaan, moet de vraag naar de interpretatie van de BMW nader worden bezien. Op het tijdstip, waarop de Adv.-Gen. Berger zijn conclusie nam, was weliswaar juist enige weken tevoren — op 1 jan. 1974 — het Verdrag betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof van 31 maart 1965 (Trb. 1965, 71; 1966, 243) in werking getreden, doch daar het Benelux-Gerechtshof (hierna te noemen: het Be-Hof) toen nog niet was samengesteld en geïnstalleerd, kon hij toen Uw Raad niet voorstellen omtrent de hier aan de orde zijnde vragen van interpretatie van de BMW een prejudiciële beslissing van het Be-Hof uit te lokken. Onder deze omstandigheden moest hij in zijn conclusie ingaan op de vraag hoe de desbetreffende bepalingen van de BMW moesten worden uitgelegd. Thans is het Be-Hof samengesteld en in functie. De hier van belang zijnde vragen van interpretatie zouden nu dus wel aan het Be-Hof kunnen worden voorgelegd. De vraag rijst echter, of dit in de huidige stand van het geding zou dienen te geschieden. Pp. hebben doen weten, dat de interpretatie van de BMW — wat haar betreft — zou kunnen blijven rusten en dat zij het voorleggen van de betrokken rechtspunten aan het Be-Hof i.v.m. de daaraan voor pp. verbonden kos-

ten niet wenselijk zouden achten. Een en ander zou — dunkt mij — niet uitsluiten, dat Uw Raad een prejudiciële beslissing van het Be-Hof zou moeten uitlokken, indien daartoe voor Uw Raad de verplichting zou bestaan. Ik meen echter, dat ingevolge art. 6 van het voornoemde Verdrag van 31 maart 1965 een zodanige verplichting niet zou bestaan, indien Uw Raad van oordeel zoude zijn, dat onderdeel 3 van het cassatiemiddel zou moeten leiden tot vernietiging van 's Hofs arrest. Indien dit laatste zou geschieden, dan zouden de vragen van uitlegging van de BMW niet van belang zijn voor de beoordeling van het cassatiemiddel (vgl. aldus: Mrs. J.A. Borman en P. Nelemans, Het Benelux-Gerechtshof, *Ars Aequi* 1974, p. 223). Zou Uw Raad echter de mening zijn toegedaan, dat onderdeel 3 van het cassatiemiddel niet tot cassatie van het bestreden arrest zou kunnen leiden, dan zouden ingevolge het reeds genoemde art. 6 de uitleggingsvragen omtrent de BMW toch moeten worden voorgelegd aan het Be-Hof, omdat dan niet zou kunnen worden gezegd, dat er geen redelijke twijfel over de gerezen vragen van uitlegging kan bestaan, omdat het onderhavige geding, hoewel een k.g., thans niet dermate spoedeisend is, dat niet zou kunnen worden gewacht op een prejudiciële uitspraak van het Be-Hof en omdat er geen vroegere uitspraak van het Be-Hof over de betrokken rechtsvragen bestaat. Volledigheidshalve moet ik een enkel woord wijden aan onderdeel 2 van het cassatiemiddel. De Hoge Raad heeft in r.o. 1 van zijn arrest van 1 maart jl. een interpretatie van 's Hofs arrest ondernomen en daarmee blijkt gegeven, dat hij van oordeel is, dat dit arrest naar de eis der wet met redenen is omkleed, zodat dit onderdeel van het middel niet tot cassatie van het beroepen arrest kan leiden. Pp. delen deze mening.

Vervolgens moet ik — hoewel beide pp. van oordeel zijn, dat onderdeel 3 van het cassatiemiddel moet slagen — toch bespreken, welke de betekenis is van de antwoorden, die het EG-Hof heeft gegeven op de vragen van de Hoge Raad Alvorens dit te doen, wil ik verwijzen naar hetgeen de Adv.-Gen. Berger in zijn conclusie ten aanzien van dit onderdeel reeds naar voren heeft gebracht. Uw Raad heeft zijn voorstel gevolgd om — zij het in meer uitgewerkte vorm — de door hem aangegeven vragen, het EEG-verdrag betreffende, aan het EG-Hof voor te leggen.

Het EG-Hof heeft op de door Uw Raad geformuleerde vragen de volgende antwoorden gegeven:

'1. De uitoefening door de merkgerechtigde van het hem bij de wetgeving van een Lid-Staat verleende recht om het in deze Staat in het verkeer brengen van een produkt dat in een andere Lid-Staat onder dit merk door deze merkgerechtigde of met diens toestemming in het verkeer is gebracht, te verbieden, zou onverenigbaar zijn met de regels van het EEG-Verdrag inzake het vrije verkeer van goederen binnen de gemeenschappelijke markt.

2. Het is ten deze niet van belang dat er tussen de Lid-Staat van uitvoer en de Lid-Staat van invoer prijsverschillen bestaan, welke worden veroorzaakt door in de Staat van uitvoer genomen overheidsmaatregelen ter beheersing van de prijs van het produkt.

3. Het staat de gerechtigde tot een merk voor een farmaceutisch produkt niet vrij zich aan de communautaire voorschriften inzake het vrije verkeer van goederen te onttrekken om de verspreiding van het produkt te controleren ter bescherming van het publiek tegen gebrekkige produkten.

4. Op art. 42 van de Akte betreffende de toetredingsvoorwaarden en de aanpassing der Verdragen kan geen beroep worden gedaan ter verhindering van de invoer in Nederland ook voor 1 jan. 1975, van goederen die door de merkgerechtigde of met diens toestemming in het Verenigd Koninkrijk op de markt zijn gebracht.

5. Art. 85 Verdrag ziet niet op overeenkomsten of onderling afgestemde gedragingen tussen ondernemingen die als moedermaatschappij en dochteronderneming tot een en hetzelfde concern behoren, indien de ondernemingen een economische eenheid vormen, waarin de dochteronderneming haar optreden op de markt niet werkelijk zelfstandig kan bepalen, en indien die overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen een interne taakverdeling tussen de ondernemingen ten doel hebben.'

Uit het bovengezegde vloeit voort, dat datgene, wat het EG-Hof in deze antwoorden heeft gesteld, is een voor de Hoge Raad bindende interpretatie van het EEG-Verdrag en van voornoemde Akte. Op grond van deze antwoorden moet worden aangenomen, dat de gedragingen van Centrafarm c.s., op grond waarvan Winthrop dit k.g. tegen hen heeft aangespannen, niet strijdig zijn met de inhoud van vorenbedoelde verdragen, zoals deze door het EG-Hof is vastgesteld. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 1 maart jl. in r.o. 1 gezegd, dat het bestreden arrest aldus moet worden begrepen, dat naar 's Hof's oordeel bij de vraag of het gebruik van een merkrecht als in het onderhavige geval door Winthrop gemaakt de bepalingen van het EEG-Verdrag geen rol spelen, terwijl in deze bepalingen volgens het Hof ook overigens geen grond kan worden gevonden voor een andere beslissing dan door het Hof in deze zaak is gegeven. Derhalve moet worden geconcludeerd, dat het Hof door te beslissen als het deed het recht heeft geschonden en dat dit onderdeel van het cassatiemiddel doel treft en moet leiden tot cassatie van het beroepen arrest. Wanneer de Hoge Raad het beroepen arrest zou casseren, dan zal de zaak ten principale moeten worden beslist en dan zullen de gevraagde voorzieningen moeten worden geweigerd.

Er blijft tenslotte nog een belangwekkend punt over, dat ampele bespreking behoeft. Indien de Hoge Raad 's Hof's beroepen arrest zou vernietigen en ten principale rechtdoende, de gevraagde voorzieningen zou weigeren, dan zou een beslissing dienen te worden genomen over de proceskosten, waaronder de — zeer aanzienlijke — kosten, gevallen op het onderdeel der procedure, dat zich bij het EG-Hof heeft afgespeeld.

Centrafarm c.s. zijn van oordeel, dat, indien de Hoge Raad in bovenbedoelde zin zou beslissen, alle kosten, die zij terzake van het Luxemburgse deel der procedure hebben gemaakt, ten laste van Winthrop zouden dienen te worden gebracht. De geeerde pleiter voor Winthrop heeft zich — hoewel hij geenszins bezwaar maakt te-

gen de hoogte van het door Centrafarm c.s. genoemde bedrag — daartegen verzet. Hij meent, dat in alle instanties de kosten geheel of gedeeltelijke gecompenseerd dienen te worden, omdat de quaestie van parallel-importen van voor Engelslands toetreding tot de EEG op 1 jan. 1973 onbeslist blijft en voor het proces te Luxemburg hier hetzelfde geldt wat in de zaak tegen Sterling Drug Inc. is opgemerkt.

Het lijkt mij niet waarschijnlijk, dat Uw Raad voor wat betreft de gedeelten van de procedure, die zich binnen Nederland hebben afgespeeld, zal willen afwijken van de gebruikelijke gedragslijn. Indien Uw Raad, ten principale rechtdoende, de in prima gevraagde voorzieningen zou weigeren, past, dunkt mij, niet een beslissing over de kosten als ten aanzien van de in Nederland gevoerde delen der procedure vanwege Winthrop thans wordt gesuggereerd.

Het EG-Hof heeft ten aanzien van de kosten van het in Luxemburg gevoerde gedeelte van het geding — voorzover van belang — overwogen:

'dat de procedure ten aanzien van de pp. in het hoofdgeding als een aldaar gerezen incident is te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen.'

Deze zelfde overweging is — mutatis mutandis — reeds te vinden in de eerste prejudiciële beslissing, die het EG-Hof op 9 april 1962 in de bekende Boschzaak, rolno. 13-61, nam (Jur. VIII (1962), p. 110). Zij komt zonder uitzondering voor in alle latere genomen prejudiciële beslissingen. Het EG-Hof beschouwt de proceskosten, die voor pp. bij het hoofdgeding voortvloeien uit het gedeelte van de procedure, dat te Luxemburg wordt gevoerd, als een aangelegenheid, die alleen de nationale rechter, die de prejudiciële beslissing uitlokte, aangaat. Die nationale rechter zal zijn op dit punt geldend recht hebben toe te passen. Het Nederlandse recht geeft voor deze quaestie geen speciale regeling. Ook het door de Nederlandse Orde van Advocaten voorgestelde en door de lagere rechterlijke colleges vrijblijvend wel toegepaste tarief voor geliquideerde kosten zwijgt over het prejudiciële geding voor het EG-Hof.

In het algemeen zal de te nemen beslissing moeten vallen binnen het kader van de artt. 419, lid 4, en 57, lid 3, jo. 417 Rv. Welke oplossing zal daaraan voldoen?

Bij mij is de vraag gerezen, wat andere colleges, die dit terrein al hebben moeten betreden, hebben beslist. Ik heb een onderzoek ingesteld, doch ik ben er niet in geslaagd — hetzij in de Nederlandse, hetzij in de rechtspraak van de andere lid-staten, althans in de vorm, waarin deze in gebruikelijke jurisprudentieverzamelingen gepubliceerd pleegt te worden — een uitspraak te vinden, waaraan enig nuttig houvast is te ontleen. Vaak komt, nadat het EG-Hof heeft gesproken, tussen pp. bij het hoofdgeding op de grondslag van de gegeven prejudiciële beslissing alsnog een minnelijke regeling tot stand, zodat de nationale rechter niet toe komt aan het geven van een eindbeslissing. In de gevallen, waarin geen minnelijke regeling werd getroffen en de nationale rechter wel een eindbeslissing moest nemen, leest men niets over de kosten van het te

Luxemburg gevoerde gedeelte van het geding, behalve in twee door het niet op de grondslag van het Wetboek van Burgelijke Rechtsvordering werkende College van Beroep voor het Bedrijfsleven. Dit College, dat tot dusverre wellicht het grootste aantal prejudiciële beslissingen heeft uitgelokt, zei in zijn uitspraak van 3 aug. 1973 (NV Granaria Graanmaatschappij ca. Productschap voor Veevoeder) SEW 1974, p. 144), dat het geen aanleiding kon vinden de verzoekster te veroordelen in de kosten van het geding en in zijn uitspraak van 28 sept. 1973 (Koninklijke Lassiefabrieken ca. Hoofdbedrijfschap voor Akkerbouwproducten) (SEW 1974, p. 158), dat het in dat geval geen termen vond om hetzij de verzoekster, hetzij de verweerder in de kosten van het geding te Luxemburg te veroordelen.

Er blijft — dunkt mij — niets anders over dan dat binnen het kader van voornoemde wetsbepalingen en van de procesgebruiken hier te lande een oplossing wordt gezocht. Voorop lijkt te moeten staan, dat in geen enkel geval, waarin in Nederland betalend wordt geprocedeerd en waarin de rechter de verliezende partij in de geliquideerde kosten van het geding veroordeelt, het bedrag van de declaratie, die de desbetreffende rechtsgeleerde raadsman aan de winnende partij zendt, wordt gedekt door het bedrag, waarop in het vonnis of arrest het salaris wordt begroot. De winnende partij zal immer een hoger honorarium aan zijn raadsman moeten betalen dan het in het vonnis of arrest begrote salaris, dat hij op zijn wederpartij zal kunnen verhalen. Wil men niet aan dit gebruik tornen, dan lijkt het mij i.c. uitgesloten, dat het bedrag van de hier overgelegde declaraties in zijn geheel aan de winnende partij wordt toegeschat. Bij het bepalen van een salarisbedrag, dat i.c. zou kunnen worden begroot, waren de volgende factoren in aanmerking te nemen:

1. Het uitlokken van een prejudiciële beslissing van het EG-Hof, dat slechts in een instantie oordeelt, geschiedt hetzij op verzoek van een of meer van de procederende pp., hetzij ambtshalve.

2. De nationale rechterlijke instanties, waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep — de Hoge Raad valt hieronder —, zijn verplicht om, wanneer deze colleges een beslissing over een van de drie in art. 177, lid 1, EEG-Verdrag genoemde onderwerpen noodzakelijk achten voor het wijzen van hun arrest, een prejudiciële beslissing van het EG-Hof uit te lokken. De omstandigheid, dat een of meer van de ten principale procederende pp. het uitlokken van een prejudiciële beslissing al of niet heeft of hebben verzocht, is irrelevant. Wanneer de Hoge Raad — anders dan de lagere rechter — een of meer punten van gemeenschapsrecht voor de beslissing, die hij te nemen heeft, noodzakelijk vindt en wanneer over dat punt of die punten, naar zijn oordeel, onzekerheid bestaat, dan moet de Hoge Raad dat punt of die punten aan het oordeel van het EG-Hof onderwerpen, ongeacht of pp. dit wel of niet hebben verzocht.

3. De hierboven onder 2 beschreven situatie heft het verzoek van een hoogste rechter om een prejudiciële beslissing in sommige omstandigheden boven het belang van de procederende pp. uit. Wanneer een hoogste

rechter ambtshalve een prejudiciële beslissing uitlokt, komt de nadruk meer op het belang van de ontwikkeling van het gemeenschapsrecht te vallen dan wanneer hij dit op verzoek van een of meer pp. doet. In een zodanig geval zou er in beginsel iets voor te zeggen zijn, dat de kosten van het Luxemburgse deel van het geding niet (geheel) door de voor de nationale rechter procederende pp. worden gedragen, maar dan zou bij verdrag of anderszins geregeld moeten zijn, wie die kosten wel geheel of gedeeltelijk zou moeten betalen. Daargelaten, dat zulks een regeling niet bestaat, doet deze situatie zich i.c. niet voor, omdat het cassatiemiddel het uitlokken van de onderhavige prejudiciële beslissing uitdrukkelijk aan de orde heeft gesteld.

4. Prof. F. Dumon heeft in *Les Nouvelles — Droit des Communautés européennes* (1969) p. 341 ev. en speciaal op pp. 361 en 362 — de procedure in het prejudiciële geding voor het EG-Hof beschreven. Raadslieden in dit geding zullen de volgende handelingen moeten verrichten: het concipieren en aan het EG-Hof voorleggen van schriftelijke opmerkingen, het bestuderen van de schriftelijke opmerkingen van de tegenpartij en van die, welke mogelijk door een of meer lid-staten van de gemeenschap en/of gemeenschapsorganen zullen zijn ingediend, het op basis van die schriftelijke opmerkingen voorbereiden van een pleidooi, het houden van een pleidooi, en het zich doen vertegenwoordigen bij het uitspreken van de conclusie van het OM en van het arrest.

5. Het vorenbedoelde tarief van de Nederlandse Orde van Advocaten is, voor wat de behandeling in de lagere instanties betreft, gerelateerd enerzijds aan het financiële belang, dat bij het geding is betrokken, en anderzijds aan de hoeveelheid werk, die aan de zaak is besteed.

Dit een en ander in aanmerking nemend, stel ik naar analogie van voormeld tarief voor om — wat het geldelijk belang van de zaken betreft — de verdeling in acht categorieën als in dit tarief te volgen en de werkzaamheden als volgt te waarderen:

het voorbereiden, opstellen en indienen van schriftelijke opmerkingen op een punt;

het bestuderen van de schriftelijke opmerkingen van de tegenpartij en van die van de lidstaten en de gemeenschapsorganen ieder op een halve punt;

het voorbereiden en houden van een pleidooi op twee punten;

het zich doen vertegenwoordigen bij het nemen van de conclusie door het OM en het uitspreken van het arrest samen op een halve punt.

Het cassatiemiddel gegrond bevonden hebbend, concludeer ik tot vernietiging van het beroepen arrest en tot beslissing ten principale door de Hoge Raad van het geding in dier voege, dat de gevraagde voorzieningen worden geweigerd, alsmede tot veroordeling van de verweerder in cassatie in de proceskosten in alle instanties.