
HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE UNIE 16 JULI 2015

EUROPEES EN INTERNATIONAAL GERECHTELIJK RECHT

Bevoegdheid en executie – Rechterlijke bevoegdheid, erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken – Verordening nr. 1215/2012/EU van 12 december 2012 (vroeger nr. 44/2001/EG van 22 december 2000) – Verordening EG nr. 44/2001 van 22 december 2000 (Brussel I) – Artikel 34, 1. – Internationale openbare orde – Schending Unierecht

In het geannoteerde arrest Diageo beslist het Hof van Justitie dat een rechterlijke beslissing uit een andere EU-lidstaat niet kan geweigerd worden op grond van een schending van de openbare orde bij een (vermeende) inbreuk op het Unierecht. De partij die deze weigeringsgrond inroept, moet in de lidstaat van herkomst alle nationale rechtsmiddelen hebben uitgeput. Dat dergelijke uitputting zinloos zou zijn geweest, vrijwaart haar niet. Deze partij is enkel vrijgesteld van deze verplichting wanneer zij kan aantonen dat dergelijke uitputting gezien de bijzondere omstandigheden te moeilijk of onmogelijk zou zijn geweest.

Diageo Brands BV/Simiramida-04 EOOD

Zet.: A. Tizzano (kamerpresident), S. Rodin, E. Levits, M. Berger, rapporteur en F. Biltgen (rechters)

OM: M. Szpunar (advocaat-generaal)

Pl.: Mrs. F. Vermeulen, C. Gielen, A. Verschuur, S. Todorova Zhelyazkova, M. Gerritsen en A. Gieske

Zaak: C-681/13

De volledige tekst van het arrest kan geraadpleegd worden op www.curia.europa.eu.

Le texte complet de la décision peut être consulté sur www.curia.europa.eu.

Noot

Een kennelijk onjuiste toepassing van het Unierecht maakt (voorlopig nog) geen schending uit van de internationale openbare orde

Laura Deschuyteneer¹

1. Mag de openbare orde-exceptie in artikel 34, 1. van de Brussel I-Verordening² (nu art. 45, 1., a) Brussel Ibis-Verordening³) aangewend worden om de erkenning van een rechterlijke beslissing uit een andere lidstaat een halt toe te roe-

¹. Assistent Instituut voor Internationaal Privaatrecht, UGent.

². Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *Pb.L.* 16 januari 2001, afl. 12, 1.

³. Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *Pb.L.* 20 december 2012, afl. 351, 1. Deze trad in werking op 10 januari 2015. De geannoteerde zaak viel nog onder het toepassingsgebied van de (oude) Brussel I-Verordening. De rechtspraak van het Hof van Justitie in het kader van deze verordening en diens voorganger, het Verdrag van Brussel van 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, blijft relevant voor de interpretatie van de bepalingen in de Brussel Ibis-Verordening. Dit door het beginsel van uniforme interpretatie: considerans 34 Brussel Ibis-Verordening; considerans 19 Brussel I-Verordening.

pen wanneer deze een kennelijk foutieve toepassing van het Unierecht heeft gemaakt? Dat is de hoofdvraag die het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna “Hof van Justitie”) moest beantwoorden in de geannoteerde zaak. Het Hof van Justitie gaf een – weinig verrassend – negatief antwoord en blijft hiermee een bijzonder enge interpretatie van de openbare orde-notie in het Europees internationaal privaatrecht hanteren.

2. Deze annotatie gaat nader in op de redenen waarom het Hof tot deze beslissing is gekomen. Centraal in deze bijdrage staat het begrip internationale openbare orde, zoals gehan-

teerd in het Europees internationaal privaatrecht⁴. Eerst zal kort een omschrijving van dit begrip en zijn functie binnen de Europese Unie (hierna “EU”) gegeven worden. Hierna zal dieper ingegaan worden op de feiten en procedurele voorgaanden van de geannoteerde zaak. Vervolgens worden twee aspecten van de zaak nader toegelicht: de vraag of een kennelijke strijdigheid met het Unierecht het gebruik van de exceptie rechtvaardigt en de vraag of voor de toepassing van de exceptie de nationale rechtsmiddelen in de lidstaat van herkomst moeten uitgeput zijn, zelfs indien dit zinloos zou zijn geweest.

I. EEN KORTE OMSCHRIJVING VAN DE EXCEPTIE VAN OPENBARE ORDE IN HET EUROPEES INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT

3. De procedure van erkenning en tenuitvoerlegging binnen de EU is gebaseerd op het wederzijds vertrouwen tussen de lidstaten in elkaars rechtssysteem⁵. Iedere Europese rechter erkent daarom een rechterlijke beslissing afkomstig uit een EU-lidstaat van rechtswege⁶. De beslissing kan enkel geweigerd worden indien er een strijdigheid is met één van de bepalingen in artikel 34 van de Brussel I-Verordening⁷. Artikel 34, 1. bepaalt dat de buitenlandse beslissing niet zal erkend worden indien er een kennelijke strijdigheid is met de openbare orde van de aangezochte lidstaat⁸. Artikel 36 bepaalt dat er in geen geval mag overgegaan worden tot een onderzoek van de juistheid van de buitenlandse beslissing; het verbod op de *révision au fond*⁹.

4. De internationale openbare orde is *in se* een nationaal concept. In België gaf het Hof van Cassatie een definitie die als volgt luidt: “een wet van interne openbare orde is slechts van internationale openbare orde in zoverre de wetgever daarin een beginsel heeft neergelegd dat naar zijn oordeel van essentieel belang is voor de gevestigde morele, politieke

of economische orde in België en dat, om die reden, de toepassing in België van enige daarmee strijdige of daarvan afwijkende regel van buitenlands recht noodzakelijk uitsluit”¹⁰. Ondanks dit nationale begrip van internationale openbare orde, wordt deze notie ook rechtstreeks beïnvloed door internationale beginselen. Enerzijds hebben de fundamentele rechten van het Europees verdrag voor de rechten van de mens (hierna “EVRM”) een grote invloed op dit begrip. We denken daarbij in het bijzonder aan artikel 6, het recht op een eerlijk proces¹¹. Anderzijds vullen ook de fundamentele beginselen van de EU onze notie van internationale openbare orde aan. Zo oordeelde het Hof van Justitie in de *Eco Swiss*-zaak dat het kartelverbod in artikel 81 EG (nu art. 101 van de verdrag over de werking van de Europese Unie, hierna “VWEU”) een fundamenteel beginsel is dat deel uitmaakt van de openbare orde van de lidstaten¹². Deze internationale invloeden drukken onmiskenbaar hun stempel op de invulling van de openbare orde, en dus ook op de lezing van de Belgische internationale openbare orde. De geannoteerde zaak getuigt hiervan.

⁴ Deze bijdrage gaat niet in op het begrip openbare orde als rechtvaardigingsgrond voor een beperking van de vier vrijheden binnen de Europese interne markt. Voor een analyse van de verschillen en gelijkenissen tussen de notie van openbare orde bij de vier vrijheden en in het internationaal privaatrecht, zie: T. CORTHAUT, *EU ordre public*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2012, 496 p.; T. HOKO, “Public Policy as an Exception to Free Movement within the Internal Market and the European Judicial Area: A Comparison”, *Croatian yearbook of European law & policy*, 2014, 189-213.

⁵ Considerans 16 Brussel I-Verordening; considerans 26 Brussel *Ibis*-Verordening.

⁶ Art. 33, 1. van de Brussel I-Verordening; Art. 36, 1. Brussel *Ibis*-Verordening.

⁷ Art. 45, 1. Brussel *Ibis*-Verordening.

⁸ Art. 45, 1., a) Brussel *Ibis*-Verordening. Zie voor een bespreking van de procedure van erkenning en tenuitvoerlegging onder Brussel *Ibis*: I. COUWENBERG, “Erkenning, exequatur en executie van vonnissen” in B. ALLEMEERSCH en T. KRUGER (eds.), *Europees burgerlijk procesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 139-194; M. SELIE, “De nieuwe Brussel *Ibis*-Vo op het vlak van de exequaturprocedure en de openbare orde-exceptie: meer praktische problemen dan praktische relevantie”, *TBH* 2013, 334-347. Zie voor een bespreking van de openbare orde-exceptie onder Brussel I in de Europese lidstaten: B. HESS en T. PFEIFFER, *Interpretation of the Public Policy Exception as referred to in the EU Instruments of Private International Law and Procedural Law (Heidelberg University)*, 2011; B. HESS, T. PFEIFFER en P. SCHLOSSER, *Study JLS/C4/2005/03, Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States*, Final version September 2007.

⁹ Art. 52 Brussel *Ibis*-Verordening.

¹⁰ Cass. 4 mei 1950, *Pas*. 1950, I, p. 624, nadien door het Hof in verschillende arresten herhaald; zie bv. Cass. 18 juni 2007, *Arr. Cass.* 2007, 1359.

¹¹ HvJ 28 maart 2000, C-7/98, *Krombach*, ECLI:EU:C:2000:164, r.o. 25-26 en 42; Concl. Adv. Gen. KOKOTT, 3 juli 2014; HvJ, C-302/13, *FlyLAL*, ECLI:EU:C:2014:2046, punt 74.

¹² De zaak betrof de weigering van de erkenning van een arbitrale uitspraak onder het Verdrag van New York van 10 juni 1958 over de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse scheidsrechtelijke uitspraken: HvJ 1 juni 1999, C-126/97, *Eco Swiss*, ECLI:EU:C:1999:269, r.o. 39.

II. FEITEN EN VOORGAANDEN

5. Het Britse bedrijf Diageo Brands, met statutaire zetel in Amsterdam, is de houder van het merk Johnny Walker whisky en verkoopt het via een lokale, exclusieve importeur in Bulgarije. Simiramida, een Bulgaars bedrijf, importeerde in 2007 12.000 flessen van dit merk vanuit Georgië in Bulgarije, zonder Diageo's toestemming. Hierdoor pleegde het een inbreuk op artikel 5 van de merkenrichtlijn¹³ dat de merkhouder het recht geeft iedere derde te verbieden producten waarop het teken is aangebracht in te voeren, aan te bieden, in de handel te brengen of in voorraad te hebben. Het Hof heeft dit artikel uitgelegd als het recht van de merkhouder om zich te verzetten tegen de eerste verhandeling van de oorspronkelijke goederen van zijn merk in de Europese Economische Ruimte (hierna "EER") zonder zijn toestemming¹⁴. Diageo liet daarom beslag leggen op de partij whisky. Simiramida vocht dit beslag succesvol aan in Bulgarije.

6. Vervolgens startte Diageo een procedure wegens merkinbreuk voor de rechtbank te Sofia. Deze zag zich gebonden door een interpretatieve beslissing van het Bulgaarse Hof van Cassatie van 15 juni 2009 en wees de voorzitter af. In Bulgarije kan het Hof van Cassatie op initiatief van de voorzitter een "interpretatieve beslissing" nemen wanneer het merkt dat de rechtscolleges verdeeld zijn over een specifiek probleem. Het kan in dat geval uitspraak doen los van een concrete zaak. Alle rechtbanken, waaronder het Hof van Cassatie zelf, althans totdat het zijn rechtspraak herzielt, zijn hierdoor gebonden¹⁵. Zo geschiedde ook over de interpretatie van artikel 5 van de merkenrichtlijn. Het Bulgaarse Hof had beslist dat de import in Bulgarije van goederen die met de toestemming van de merkhouder buiten de EER in handel waren gebracht, geen inbreuk op het merk inhield¹⁶. Gezien de (verplichte) gehoorzaamheid van de Bulgaarse rechtscolleges ten aanzien van deze interpretatieve beslissing, zag Diageo geen kans op een andere uitspraak in hoger beroep en wendde het bijgevolg geen verder rechtsmiddel aan.

7. Simiramida besloot hierop onmiddellijk deze beslissing te verzilveren en vorderde voor de Nederlandse rechter een schadevergoeding¹⁷. Diageo voerde aan dat deze Bulgaarse beslissing niet kon worden erkend in Nederland wegens strijdigheid met de Nederlandse internationale openbare orde¹⁸. De schending was volgens Diageo tweërlei. Enerzijds was de beslissing van de rechtbank te Sofia gebaseerd op een verkeerde interpretatie van het Europees recht door het Bulgaarse Hof van Cassatie, anderzijds had het Bulgaarse Hof van Cassatie in strijd met artikel 267 VWEU gehandeld. Dit artikel stelt dat nationale rechters een prejudiciële vraag kunnen stellen aan het Hof van Justitie omtrent de geldigheid van de verdragen van de EU of over de geldigheid en de uitlegging van de handelingen van de instellingen, de organen of de instanties van de Unie. Iedere nationale rechter heeft deze mogelijkheid, maar er geldt een verplichting voor de rechterlijke instanties wiens beslissing niet vatbaar is voor hoger beroep. Door af te zien van zijn plicht, had het Bulgaarse Hof volgens Diageo een fundamenteel Europees beginsel geschonden. Tevens had het hierdoor verzaakt aan zijn plicht van loyale samenwerking tussen de lidstaten en de instellingen van de Unie¹⁹. Deze Europese beginselen maken volgens Diageo deel uit van de Europese openbare orde en bijgevolg ook van de Nederlandse internationale openbare orde. De rechtbank van Amsterdam volgde Diageo's betoog²⁰.

Het Amsterdamse hof van beroep wees de weigering echter af. Volgens het hof was het Bulgaarse Hof van Cassatie niet verplicht geweest een prejudiciële vraag te stellen. Ten eerste had het Hof van Justitie in de *Canon*-beschikking reeds aangegeven dat de interpretatie van artikel 5 van de merkenrichtlijn gevestigde rechtspraak was en het dus om een *acte éclairée* ging²¹. Er geldt geen verplichting wanneer een kwestie reeds door het Hof van Justitie werd beantwoord of deze zo duidelijk is dat geen redelijke twijfel over het antwoord kan bestaan²². Ten tweede had het Bulgaarse Hof van Cassatie deze interpretatieve beslissing niet genomen in de

¹³. Eerste richtlijn nr. 89/104/EEG van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten, Pb.L. 11 februari 1989, afl. 40, 1. De richtlijn werd ondertussen reeds twee maal vervangen. Een eerste keer door de richtlijn nr. 2008/95/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2008 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten, Pb.L. 8 november 2008, afl. 229, 25 en vervolgens door de huidige richtlijn (EU) nr. 2015/2436 van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2015 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten, Pb.L. 23 december 2015, afl. 336, 1. Wanneer in deze bijdrage verwezen wordt naar de "merkenrichtlijn" gaat het hier telkens om de richtlijn nr. 89/104.

¹⁴. HvJ (Besch.) 28 oktober 2010, C-449/09, *Canon*, ECLI:EU:C:2010:651, r.o. 19 en 26; HvJ 18 oktober 2005, C-405/03, *Class International*, ECLI:EU:C:2005:616, r.o. 58; HvJ 30 november 2004, C 16/03, *Peak Holding*, ECLI:EU:C:2004:759, r.o. 36; HvJ 8 april 2003, C 244/00, *Van Doren + Q*, ECLI:EU:C:2003:204, r.o. 26; HvJ 20 november 2001, C 414/99-C 416/99, *Zino Davidoff en Levi Strauss*, ECLI:EU:C:2001:617, r.o. 33; Concl. Adv. Gen. M. SZPUNAR, 3 maart 2015, HvJ, C-681/13, *Diageo Brands*, ECLI:EU:C:2015:137, punt 33.

¹⁵. Dit wordt verduidelijkt in de uitspraak van de rechtbank Amsterdam: Rb. Amsterdam 8 juni 2011, nr. 470822 – HA ZA 10-3092, www.rechtspraak.nl, ECLI:NL:RBAMS:2011:BR2579.

¹⁶. Drie rechters wezen in een dissenting opinion op de strijdigheid met de merkenrichtlijn en de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie.

¹⁷. Het ging om 10 miljoen euro.

¹⁸. Op grond van art. 34, 1. van de Brussel I-Verordening.

¹⁹. Art. 4, 3. verdrag betreffende de Europese Unie, hierna "VEU".

²⁰. Rb. Amsterdam 8 juni 2011, nr. 470822 – HA ZA 10-3092, www.rechtspraak.nl, ECLI:NL:RBAMS:2011:BR2579.

²¹. HvJ, C-449/09, *Canon*, r.o. 21.

²². HvJ 6 oktober 1982, C-283/81, *CILFIT*, ECLI:EU:C:1982:335, 3429-3430.

Diageo-zaak die in Nederland voor erkenning voor lag. De rechtbank te Sofia had de bewuste interpretatieve beslissing slechts toegepast en stond niet onder een verplichting om een vraag te stellen. Om deze redenen meende het Amsterdamse hof dat de Nederlandse internationale openbare orde niet geschonden was²³.

8. Diageo stapte vervolgens naar de Hoge Raad der Nederlanden en stelde het Hof van Justitie drie prejudiciële vragen. Ik ga hier enkel in op de vragen relevant voor deze bijdrage²⁴. Kan een beslissing van een lidstaat die kennelijk in strijd is met het Unierecht een grond voor weigering van erkenning in de zin van artikel 34, 1. Brussel I vormen (III.)? Deze schending door de Bulgaarse rechters hield volgens Diageo twee aspecten in. Enerzijds een schending van artikel 5 van de merkenrichtlijn en anderzijds een schending

van procedurele waarborgen. Het Hof van Justitie moet een antwoord geven op de vraag of deze (specifieke) inbreuken op het Unierecht het gebruik van de openbare orde-exceptie verantwoorden. Vervolgens vraagt de Hoge Raad of het hierbij van belang is dat de partij die zich op een weigeringsgrond beroept, heeft nagelaten de beschikbare rechtsmiddelen in de lidstaat van herkomst uit te putten. Moet deze partij de nationale rechtsmiddelen ook uitputten indien een beroep in de staat van herkomst zinloos zou zijn geweest (IV.)? Deze vraag is hier in het bijzonder van belang gezien Diageo had nagelaten beroep aan te tekenen in Bulgarije. Tot nog toe heeft het Hof van Justitie niet verduidelijkt of de uitputting van nationale rechtsmiddelen noodzakelijk is voor het inroepen van de openbare orde-exceptie. Hieronder wordt achtereen volgens op deze vragen en de antwoorden van het Hof van Justitie ingegaan.

III. WEIGERING DOOR STRIJDIGHEID MET HET UNIERECHT

9. De eerste prejudiciële vraag peilt naar de inbreuken op het Unierecht door de Bulgaarse rechters en of hierdoor een inbreuk op de openbare orde in de zin van artikel 34, 1. Brussel I werd gemaakt. Het Hof van Justitie herinnert eerst aan zijn voorgaande rechtspraak met betrekking tot deze bepaling en benadrukt dat op grond van het beginsel van onderling vertrouwen tussen de lidstaten er van uitgegaan moet worden dat alle lidstaten het Unierecht en de daaruit voortvloeiende grondrechten in acht nemen²⁵. Ook de Brussel I-Verordening steunt op het beginsel van wederzijds vertrouwen in de rechtsbedeling binnen de Unie. Hierdoor moet iedere weigeringsgrond een enge interpretatie kennen en heeft het Hof altijd benadrukt dat de openbare orde-exceptie slechts in uitzonderlijke gevallen kan worden aangewend²⁶.

Hoewel openbare orde een nationaal begrip is en de inhoud hiervan vrij door de lidstaten te bepalen is, heeft het Hof telkens beslist dat het zal toezien op “de grenzen waarbinnen de rechter van een lidstaat dit begrip kan inroepen om een beslissing van een andere lidstaat niet te erkennen”²⁷. Het Hof koppelt hieraan het verbod op de *révision au fond*.

Daarom is het voor de rechter van de lidstaat van erkenning ook uitdrukkelijk verboden de erkenning van de buitenlandse beslissing te weigeren enkel omdat de toepassing van de rechtsregel afwijkt van die welke hijzelf zou hebben toegepast indien het geschil bij hem aanhangig was gemaakt. Net zo min mag hij de beoordeling rechtens of feitelijk door de rechter van de lidstaat van herkomst nagaan²⁸.

Wanneer kan de openbare orde-exceptie tot een weigering leiden? Dat is volgens het Hof sinds de zaak *Krombach* wanneer de erkenning van de buitenlandse beslissing “op onaanvaardbare wijze zou botsen met de rechtsorde van de aangezochte staat doordat schending van een fundamenteel beginsel zou worden gemaakt”²⁹. De combinatie van deze test met het verbod op de *révision au fond* houdt volgens het Hof in dat er enkel een geldige weigering van erkenning kan zijn wanneer “de inbreuk bestaat in kennelijke schending van een rechtsregel die in de rechtsorde van de aangezochte staat van essentieel belang wordt geacht, of van een in die rechtsorde als fundamenteel erkend recht”³⁰. Het Hof aanvaardt niet snel de toepassing van de openbare orde-exceptie voor de

²³. Amsterdam 5 juni 2012, nr. 200.094.156/01, www.rechtspraak.nl, ECLI:NL:GHAMS:2012:4475.

²⁴. De Nederlandse Hoge Raad stelde ook een vraag over de interpretatie van art. 14 van richtlijn nr. 2004/48 dat stelt dat de verliezende partij de kosten van de in het gelijkgestelde partij moet dragen. Deze vraag gaat het bestek van deze annotatie te buiten en zal niet in deze bijdrage behandeld worden. HvJ 18 december 2014, advies 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, r.o. 191.

²⁵. Rapport over het verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, opgesteld door de heer P. JENARD, *Pb.L.* 5 maart 1979, C-59, 1, 42. Telkens bevestigd door het Hof van Justitie in o.a.: HvJ 4 februari 1988, nr. 145/86, *Hoffmann*, ECLI:EU:C:1988:61, r.o. 21; HvJ 28 april 2009, C-420/07, *Apostolides*, ECLI:EU:C:2009:271, r.o. 55.

²⁷. HvJ 16 juli 2015, C-681/13, *Diageo Brands*, ECLI:EU:C:2015:471, r.o. 42; HvJ 23 oktober 2014, C 302/13, *FlyLAL*, ECLI:EU:C:2014:2319, r.o. 47; HvJ 11 mei 2000, C-38/98, *Renault*, ECLI:EU:C:2000:225, r.o. 27 en 28; HvJ, C-7/98, *Krombach*, r.o. 22 en 23.

²⁸. HvJ, C-681/13, *Diageo Brands*, r.o. 43; HvJ, C-7/98, *Krombach*, r.o. 36.

²⁹. HvJ, C-681/13, *Diageo Brands*, r.o. 44; HvJ, C 302/13, *FlyLAL*, r.o. 49; HvJ 6 september 2012, nr. C-619/10, *Trade Agency*, ECLI:EU:C:2012:531, r.o. 51; HvJ, C-420/07, *Apostolides*, r.o. 59; HvJ 2 april 2009, C-394/07, *Gambazzi*, ECLI:EU:C:2009:219, r.o. 27; HvJ, C-38/98, *Renault*, r.o. 30; HvJ, C-7/98, *Krombach*, r.o. 37.

³⁰. *Ibid.*

weigering van erkenning van rechterlijke beslissingen tussen de lidstaten³¹.

10. In de geannoteerde zaak gaat het specifiek om de vraag of een rechterlijke beslissing van een andere lidstaat in strijd met het EU-recht kan geweigerd worden. Deze vraag was reeds het voorwerp van een prejudiciële vraag voor het Hof van Justitie. In de zaak *Renault* had de Italiaanse rechter het Hof naar de uitlegging van het begrip openbare orde in de zin van het oude artikel 27, 1. van het Verdrag van Brussel, de voorloper van de Brussel I-Verordening, gevraagd. De Italiaanse rechter wou in deze zaak een Franse beslissing weigeren waarin een Italiaanse partij tot schadevergoeding werd veroordeeld voor het namaken van vervangingsonderdelen voor het automerk Renault. Het Italiaans recht, in tegenstelling tot het Frans recht, erkende op dat moment geen industriële intellectuele eigendomsrechten op vervangingsonderdelen voor auto's. Dit beginsel was volgens de Italiaanse rechter deel van de Italiaanse internationale openbare orde³². De rechter meende dat het Unierecht, en specifiek de beginselen van vrij verkeer van goederen en vrije mededinging, zich bij dit Italiaanse standpunt voegden en de Franse rechter hierdoor een inbreuk op het Unierecht had gemaakt³³.

Het Hof interpreteerde de vraag in de zaak *Renault* als de weigering van de Italiaanse rechter om de Franse beslissing te erkennen door diens “eventuele vergissing” bij de toepassing van het vrij verkeer van goederen en de vrije mededinging³⁴. Het was in deze zaak dat het Hof duidelijk maakte dat

bepalingen van het Unierecht evenzeer deel kunnen uitmaken van de openbare orde van de lidstaten, als hun nationaal recht zelf. Beiden dienen een doeltreffende bescherming te genieten³⁵. Echter, dit rechtvaardigt niet dat een nationale rechter een beslissing uit een andere lidstaat zou weigeren te erkennen enkel omdat het nationaal recht of het Unierecht in deze beslissing verkeerd zou zijn toegepast. De rechter in de staat van erkenning mag geenszins de juistheid nagaan van de beoordeling over de feiten of het toegepast recht door de rechter in de staat van herkomst³⁶. De rechter moet ervan uitgaan dat hiertegen voldoende garanties openstaan, met name in het nationaal recht van de lidstaten, door middel van het bestaande stelsel van rechtsmiddelen, aangevuld door de prejudiciële procedure vervat in artikel 267 VWEU³⁷. *In casu* ging het tevens niet om de schending van een fundamentele rechtsregel waardoor de weigering op grond van de openbare orde niet gerechtvaardigd was³⁸.

11. In de zaak *Renault* ging het volgens het Hof van Justitie om een eventuele vergissing, een uitschuiver als het ware. In de geannoteerde zaak daarentegen gaat het volgens de Hoge Raad om een stelselmatig verkeerde toepassing door de Bulgaarse rechters. Onder welke omstandigheden mag de openbare orde-exceptie hiervoor worden aangewend? Het gevaar loert dat de rechter in de lidstaat van erkenning tot een beoordeling van de juistheid van de buitenlandse beslissing zal overgaan. Deze fijne lijn tussen het verbod op de *révision au fond* en de schending van een fundamenteel beginsel werd ook recent nog geïllustreerd in de zaak *Meroni*. Hierin besliste het Hof dat de Britse “mareva

³¹. Deze rechtspraak past het Hof ook toe op andere domeinen van het Europees IPR. Zo nam het Hof zijn rechtspraak omtrent de openbare orde-exceptie onder Brussel I over in een kinderontvoeringszaak *P / Q* in het kader van de Brussel IIbis-Verordening (verordening (EG) nr. 2201/2003 van de Raad van 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, *Pb.L.* 23 december 2003, afl. 338, 1). Voor beslissingen inzake ouderlijke verantwoordelijkheid die in een andere lidstaat geweigerd zouden worden op grond van de openbare orde is er wel een belangrijk verschil met de toepassing van de exceptie onder Brussel I, namelijk dat de beslissing enkel geweigerd kan worden wanneer het naast de schending van een fundamentele rechtsregel ook het de belang van het kind in acht neemt. In dat opzicht verschilt artikel 23 Brussel IIbis met artikel 34, 1. Brussel I: HvJ 19 november 2015, C-455/15, *P / Q*, ECLI:EU:C:2015:763, r.o. 39.

³². Volgens de Italiaanse rechter maakte dit deel uit van de Italiaanse economische openbare orde. Hij vroeg het Hof dan ook naar de interpretatie van deze notie. Het Hof van Justitie gaf echter geen antwoord op de vraag naar invulling van het begrip economische openbare orde. Ook recenter in de zaak *FlyLAL* kwam de kwestie van economische openbare orde ter discussie. Het Hof besliste enkel dat het louter invoeren van ernstige economische gevolgen niet volstaat om de tenuitvoerlegging te weigeren van een rechterlijke beslissing afkomstig uit een EU-lidstaat: HvJ, C 302/13, *FlyLAL*. Voor een bespreking van de economische openbare orde in het kader van de Brussel I-Verordening: L. DESCHUYTENEER en J. VERHELLEN, “Vallen ernstige economische gevolgen onder de internationale economische openbare orde?”, *RW* 2015-16, 110-115.

³³. HvJ, C-38/98, *Renault*, r.o. 24.

³⁴. *Ibid.*, r.o. 31.

³⁵. *Ibid.*, r.o. 32. Deze uitspraak van het Hof heeft in de literatuur voor heel wat discussie gezorgd over het al dan niet bestaan van een “EU openbare orde” (weliswaar al dan niet te onderscheiden van een eventuele “Europese openbare orde” onder de verdragsstaten van het EVRM). Zie o.a. Concl. Adv. Gen. M. SZPUNAR, C-681/13, *Diageo Brands*, punt 39; J. KRAMBERGER KERL, “European public policy (with an emphasis on *exequatur* proceedings)”, *Journal of Private International Law* 2011, afl. 3, 489. Voor een meer genuanceerd begrip, zie o.a. H.P. MEIDANIS, “Public policy and ordre public in the private international law of the EU: traditional positions and modern trends”, *European Law Review* 2005, 108; H.U.J. D’OLIVEIRA, “The Public Policy exception in EEX Regulation 44/2001: Is ‘Union Public Policy’ Included? A Constitutional Conundrum” in M. PIERS, H. STORME en J. VERHELLEN (eds.), *Liber amicorum Johan Erauw*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 22-23 (hierna: H.U.J. D’OLIVEIRA).

³⁶. HvJ, C-681/13, *Diageo Brands*, r.o. 43; HvJ, C 302/13, *FlyLAL*, r.o. 49.

³⁷. HvJ, C-38/98, *Renault*, r.o. 33.

³⁸. *Ibid.*, r.o. 34. Zie ook HvJ, C-420/07, *Apostolides*, r.o. 61-62. De zaak *Apostolides* betrof een erkenning en tenuitvoerlegging van een Cypriotische beslissing in het Verenigd Koninkrijk over een stuk grond in het noordelijke deel van Cyprus waarover de regering niet het feitelijk gezag uitoefende. De Cypriotische rechter had beslist dat een Brits koppel hun vakantiewoning moest afbreken en het stuk grond waarop deze was gebouwd terug moest geven aan de rechtmatige eigenaar van voor de Turkse militaire invasie, zijnde de heer Apostolides. Het Britse koppel riep o.a. in dat de beslissing niet in het Verenigd Koninkrijk kon erkend worden, op grond van schending van de openbare orde. Omdat de basis voor dit argument niet berustte op een fundamentele rechtsregel, vond het Hof dat art. 34, 1. Brussel I hier geen toepassing kon krijgen.

injunctions” of “freezing orders” verenigbaar zijn met de regels van erkenning en tenuitvoerlegging binnen de EU. In deze zaak werd onderzocht of de erkenning van de “freezing order” niet ingaat tegen de internationale openbare orde gezien hierdoor de eigendomsrechten van derden worden geschonden die geen partij waren bij de procedure die tot de “freezing order” leidde. Het Hof benadrukte dat indien de rechter van de aangezochte lidstaat zou kunnen onderzoeken of deze derde bepaalde rechten kan opwerpen tegen de tenuitvoerlegging, hij daarbij in het gevaar zou komen om de gegrondheid van de buitenlandse beslissing te onderzoeken. Dit zou strijdig zijn met het verbod op de *révision au fond*³⁹. Bij een afweging tussen het verbod op de *révision au fond* en de schending van een fundamenteel beginsel laat het Hof de balans eerder ten koste van fundamentele beginselen doorwegen.

Ook het Belgische Hof van Cassatie heeft het verbod op de *révision au fond* bij een foutieve toepassing van het Unierecht bevestigd. Het Hof van Cassatie oordeelde dat de Belgische rechter zijn boekje te buiten was gegaan bij de weigering van erkenning van een Duitse beslissing die een foutieve toepassing van het Unierecht zou hebben gemaakt. Het Hof verwees naar de zaak *Renault* en besliste dat de rechter de juistheid van de Duitse beslissing niet mocht onderzoeken en hij de Duitse beslissing onterecht aan het Unierecht had getoetst⁴⁰.

12. Het Hof van Justitie zet deze lijn van strikte interpretatie van het verbod op de *révision au fond* in de geannoteerde zaak verder. Nu het Hof duidelijk gesteld heeft dat een weigering van erkenning enkel geldig kan zijn wanneer het gaat om een kennelijke schending van een essentiële of fundamentele rechtsregel, toetst het de opgeworpen inbreuken aan deze test⁴¹. Het onderzoekt eerst of de mogelijke materiële inbreuk op artikel 5 van de merkenrichtlijn tot een schending van de Nederlandse internationale openbare orde kan leiden. Hierna maakt het dezelfde analyse voor de mogelijke inbreuken op procedurele aspecten die hierbij gepaard gingen, met name artikel 267 VWEU en artikel 4, 3. VEU.

A. Rechtvaardigt een schending van artikel 5 van de merkenrichtlijn het gebruik van de openbare orde-exceptie?

13. Diageo baseert zijn argument van schending van de openbare orde op de materiële inbreuk op artikel 5 van de merkenrichtlijn door de rechtbank te Sofia. Daarmee voert Diageo in wezen aan dat de schending van het Unierecht een inbreuk op de Nederlandse internationale openbare orde inhoudt. Zoals hierboven reeds uitgelegd, besliste het Hof van Justitie in *Renault* dat het Europees recht evenzeer deel kan uitmaken van de openbare orde van de lidstaten, als nationale principes⁴². Het Hof ziet geen verschil voor de toepassing van artikel 34, 1. Brussel I.

14. De vraag rest of specifiek artikel 5, 3. van de merkenrichtlijn een fundamentele rechtsregel is waarvan een schending de toepassing van artikel 34, 1. Brussel I verantwoordt. Het Hof volgt de conclusie van advocaat-generaal Szpunar en beantwoordt deze vraag negatief. De merkenrichtlijn is een richtlijn van minimale harmonisatie die de verschillende wetgevingen over merken van de lidstaten bij elkaar wil brengen. De eerbiediging van artikel 5 van de merkenrichtlijn heeft een rechtstreekse invloed op de werking van de interne markt, maar een “loutere” schending van deze bepaling kan volgens het Hof niet leiden tot een onaanvaardbare inbreuk op een fundamenteel beginsel van de Unie⁴³.

Dit betekent dat een onjuiste toepassing van artikel 5 van de merkenrichtlijn door een rechter in een lidstaat moet erkend worden in een andere lidstaat. Artikel 34, 1. Brussel I kan enkel uitwerking krijgen indien hierdoor een fundamentele rechtsregel van de Unie zou geschonden worden, wat op zich een schending van een fundamentele regel van de aangezochte lidstaat zelf uitmaakt. Artikel 5 is niet voldoende fundamenteel⁴⁴. Het Hof gaat verder met het onderzoek naar de procedurele waarborgen en de vraag of deze wel voldoende fundamenteel zijn voor de toepassing van de openbare orde-exceptie.

³⁹ In art. 36 en 45, 2. Brussel I-Verordening. HvJ 25 mei 2016, C-559/14, *Meroni*, ECLI:EU:C:2016:349, r.o. 52. De vraag of de Britse Mareva injunction onder de openbare orde-exceptie geweigerd kan worden, kwam ook al voor het Hof in HvJ, C-394/07, *Gambazzi*.

⁴⁰ Cass. 29 april 2010, C.09.0176.N-C.09.0479.N, *Arr.Cass.* 2010, 1238. In deze zaak had de Belgische rechter in eerste aanleg geoordeeld dat een Duitse beslissing die een boekenonderzoek van een Belgisch bedrijf gebod in strijd was met de internationale openbare orde. Het bevel van de Duitse rechtbank ging volgens de rechter in tegen het Unierecht omdat de verordening (EG) nr. 1206/2001 inzake de bewijsverkrijging niet toelaat om handelingen te bevelen die het rechtstreeks bewijs in een andere lidstaat beogen. Hiermee zou de Duitse rechter ook een inbreuk gepleegd hebben op het beginsel van soevereiniteit van de lidstaten. De Belgische rechter had daarom onterecht de tenuitvoerlegging geweigerd. Ook de rechtbank te Doornik waagde zich niet aan een mogelijke *révision au fond* en erkende een Franse beslissing inzake een verzekeringsdispuut: Rb. Doornik 18 november 2009, *JT* 2010, afl. 26, 456.

⁴¹ HvJ, C-681/13, *Diageo Brands*, r.o. 44; HvJ, C 302/13, *FlyLAL*, r.o. 49; HvJ 6 september 2012, C-619/10, *Trade Agency*, ECLI:EU:C:2012:531, r.o. 51; HvJ, C-420/07, *Apostolides*, r.o. 59; HvJ 2 april 2009, C-394/07, *Gambazzi*, ECLI:EU:C:2009:219, r.o. 27; HvJ C-38/98, *Renault*, r.o. 30; HvJ, C-7/98, *Krombach*, r.o. 37.

⁴² HvJ, C-38/98, *Renault*, r.o. 33.

⁴³ HvJ, C-681/13, *Diageo Brands*, r.o. 51.

⁴⁴ Zie ook M. GIANNINO, “A tale of whisky and sorrow: the Court of Justice says that misapplication of EU rules on exhaustion of trade mark rights is not a breach of public policy”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 2016, vol. 11, 401.

B. Rechtvaardigt een schending van procedurele waarborgen het gebruik van de openbare orde-exceptie?

15. Het Hof van Justitie behandelt twee aspecten van procedurele waarborgen die in de geannoteerde zaak tot een schending in de procedure zouden hebben geleid. Een eerste aspect betreft de bewuste schending in hoofde van het Bulgaarse Hof van Cassatie van artikel 5 van de merkenrichtlijn en het feit dat het deze schending heeft opgelegd aan de lagere rechters in Bulgarije. De Nederlandse Hoge Raad had in zijn arrest aangegeven dat de verdeeldheid onder de Bulgaarse rechters bij de interpretatieve beslissing reeds aangaf dat dit Bulgaarse Hof een onjuiste interpretatie had gegeven aan artikel 5 van de merkenrichtlijn⁴⁵. Deze verdeeldheid zou volgens de Hoge Raad aantonen dat het om een bewust foutieve toepassing van het Unierecht ging die het gebruik van de openbare orde-exceptie kan rechtvaardigen.

Het Hof van Justitie ziet dit anders. Het Hof sterkt zich door de conclusie van de Europese Commissie die een procedure wegens niet-nakoming onder artikel 258 VWEU tegen Bulgarije was gestart over de bewuste interpretatieve beslissing van het Bulgaarse Hof van Cassatie. Daarbij was de Commissie uiteindelijk tot de conclusie gekomen dat er geen schending van het Unierecht aan de orde was⁴⁶. Dit toont volgens het Hof van Justitie aan dat het ging om een ingewikkelde rechtsvraag, die blijkbaar toch niet definitief was beslist⁴⁷. Hoewel het hier, anders dan in *Renault*, niet om een “eventuele vergissing”, maar om een effectieve schending ging, trekt het Hof de zekerheid van deze schending toch in twijfel. En twijfel is niet voldoende om het wederzijds vertrouwen en de vrijheid van beslissingen binnen de EU op het spel te zetten. Daar is meer voor nodig.

16. Dit is een eigenaardige wending in het verhaal. Het Hof beslist dat zijn vaststaande rechtspraak toch niet zo onbetwistbaar is en geeft daarbij geen verdere uitleg hoe het nu verder moet⁴⁸. Enige achtergrondinformatie bij de situatie in Bulgarije en de inbreukprocedure van de Europese Commissie maakt deze uitspraak nog moeilijker te vatten.

Het was niet de eerste keer dat de rechtbank te Sofia de interpretatieve beslissing van het Bulgaarse Hof van Cassatie

moest toepassen. In een zaak vóór Diageo had het wel een prejudiciële vraag gesteld aan het Hof van Justitie. Dit leidde tot de *Canon*-beschikking waarin het Hof had geantwoord dat de interpretatie reeds vaststond met verwijzing naar zijn voorgaande rechtspraak⁴⁹. Hoewel de uitspraak van het Hof van Justitie enkele maanden na de uitspraak in de *Diageo*-zaak kwam, paste de rechtbank te Sofia in de *Diageo*-zaak wel trouw de Bulgaarse interpretatieve beslissing toe.

Daarnaast gaf de Europese Commissie reeds in december 2010 te kennen dat de Bulgaarse rechters de interpretatieve beslissing van het Bulgaarse Hof van Cassatie niet mochten volgen. Toch bevestigde het Bulgaarse Hof van Cassatie na deze uitspraak opnieuw zijn foutieve interpretatieve beslissing in 2012, met een groeiend aantal dissenting opinions van vijf rechters en de voorzitter⁵⁰. De Commissie startte daarop een procedure wegens niet-nakoming tegen Bulgarije. De redenen waarom de Commissie besloot dat er toch geen schending van het Unierecht was gebeurd, zijn jammer genoeg niet gekend⁵¹.

17. Een tweede aspect van procedurele waarborgen betrof het argument dat de Bulgaarse rechters het beginsel van loyale samenwerking tussen de lidstaten hadden geschonden door te verzaken aan hun verplichting van de prejudiciële verwijzing in artikel 267 VWEU⁵². De vraag stelt zich of een dergelijke inbreuk, door zowel het Bulgaarse Hof van Cassatie als de rechtbank te Sofia, een essentiële schending in de zin van artikel 34, 1. Brussel I kan uitmaken.

Ook hier gaat het Hof van Justitie niet mee akkoord. Artikel 267 VWEU is een directe samenwerking tussen de nationale rechterlijke instanties en het Hof en deze samenwerking staat los van enig initiatief van de partijen. Het is de nationale rechter die moet beoordelen of de verwijzing relevant en noodzakelijk is⁵³. Daarenboven was de rechtbank te Sofia, die in eerste aanleg in het voordeel van Simiramida besliste, niet verplicht een prejudiciële vraag te stellen. Deze rechtbank had de mogelijkheid, maar geenszins de verplichting dit te doen. Indien Diageo in beroep was gegaan tegen deze beslissing en zelfs een nog hogere voorziening had ingesteld voor het Bulgaarse Hof van Cassatie, had dat Bulgaarse Hof wel verplicht geweest een prejudiciële vraag te

45. Hoge Raad (NL) 20 december 2013, nr. 12/04408, www.rechtspraak.nl, ECLI:NL:HR:2013:2062, overw. 5.1.

46. De redenen voor deze beslissing zijn niet gekend (*infra*, vn. 50).

47. HvJ, C-681/13, *Diageo Brands*, r.o. 54-56.

48. H.U.J. D'OLIVEIRA, “Inlijving van de openbare orde van de EU in die van de lidstaten?”, *NJB*, 2015/1734, 5.

49. Zie aangehaalde rechtspraak in vn. 14.

50. Zie Hoge Raad (NL) 20 december 2013, nr. 12/04408, www.rechtspraak.nl, ECLI:NL:HR:2013:2062, overw. 5.1.

51. De stukken waren niet ingeschreven in het register van het Hof en maakten geen deel uit van het procesdossier: HvJ, C-681/13, *Diageo Brands*, r.o. 36. Diageo had om de heropening van de mondelinge behandeling gevraagd nadat deze gesloten was na de lezing door advocaat-generaal SZPUNAR van zijn conclusie. Hierin had deze de juistheid van de premissen waarop de Hoge Raad zich voor zijn prejudiciële vragen had gebaseerd, in twijfel getrokken. Op dat moment was ook het besluit van de Commissie in de infractieprocedure bekend waarbij de Commissie beide interpretatieve beslissingen van het Bulgaarse Hof van Cassatie toch niet strijdig achtte met het Unierecht. Diageo heeft op deze stukken niet mondeling kunnen reageren. Omdat de partijen volgens het Hof hierover wel ter terechtzitting hun standpunt hebben kunnen kenbaar maken, wijst het Hof dit verzoek tot heropening af.

52. Dit beginsel zit in art. 4, 3. VEU vervat.

53. HvJ, C-283/81, *CILFIT*, 3428. Zie ook H.U.J. D'OLIVEIRA, *supra*, vn. 35, 25.

stellen. Er is dus geen sprake van een schending van het beginsel van loyale samenwerking tussen de lidstaten⁵⁴.

Het Hof verduidelijkt niet of artikel 267 VWEU een fundamenteel beginsel is dat het gebruik van de openbare orde in de lidstaten zou verantwoorden. D'Oliveira meent dat dit artikel, hoe belangrijk of essentieel ook in de werking van het Unierecht, geen essentieel element van de openbare orde van de lidstaten kan zijn. Een andere uitkomst zou betekenen dat nationale rechters de beslissingen van hun EU-collega's met argwaan zouden ontvangen en hen zouden kunnen beschuldigen van een gebrek aan loyaliteit ten aanzien van de EU, of zelfs corruptie⁵⁵. Dit kan het wederzijds vertrouwen absoluut niet ten goede komen⁵⁶. Ik sluit me hier bij aan. Artikel 267 VWEU is geen rechtsmiddel voor de partijen, maar houdt een onafhankelijke beoordeling in voor de nationale rechter. Dit heeft het Hof van Justitie sinds de *CILFIT*-

zaak duidelijk benadrukt⁵⁷. Indien de rechter in de lidstaat van erkenning deze beoordeling voor zijn collega-rechter in de lidstaat van herkomst zou kunnen maken, zou de ratio van de bepaling zijn betekenis verliezen.

Het Hof verduidelijkt evenmin of het principe van loyale samenwerking een fundamenteel beginsel is dat het gebruik van de openbare orde-exceptie kan rechtvaardigen. M.i. zou ook dit principe de test niet doorstaan. Het beginsel van loyale samenwerking houdt op zich ook het principe van wederzijdse erkenning in⁵⁸. Het invoeren van een schending van het beginsel van loyale samenwerking om de grensoverschrijdende erkenning van een rechterlijke beslissing uit een EU-lidstaat te weigeren, is daarom niet gepast. Hoewel het beginsel van loyaliteit een hoeksteen van de EU is, kan het geen bouwsteen zijn voor het ondermijnen van het wederzijds vertrouwen tussen de lidstaten.

IV. UITPUTTING VAN NATIONALE RECHTSMIDDELEN NOODZAKELIJK VOOR HET GEBRUIK VAN DE OPENBARE ORDE ALS WEIGERINGSGROND

18. De tweede prejudiciële vraag betrof de kwestie of Diageo de nationale rechtsmiddelen in Bulgarije had moeten uitputten om de openbare orde-exceptie te kunnen invoeren als weigeringsgrond. Diageo had aangevoerd dat het geen beroep had ingesteld aangezien dit beroep zinloos zou zijn geweest en niet tot een andere beslissing zou hebben geleid. Deze vraag is van cruciaal belang voor iedere procespartij die de erkenning of tenuitvoerlegging van een beslissing uit een andere EU-lidstaat door de openbare orde-exceptie tracht te belemmeren.

De Nederlandse Hoge Raad had aangegeven dat artikel 34, 2. Brussel I, de weigeringsgrond bij een niet regelmatige of tijdige betekening van het gedinginleidende stuk aan de versteklatende partij, uitdrukkelijk bepaalt dat deze weigeringsgrond enkel kan aangewend worden indien de nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput. Een gelijkaardige formulering ontbreekt in de overige weigeringsgronden, waaronder de openbare orde-exceptie. Ter vergelijking, het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft in de zaak *Salah Sheekh* geoordeeld dat de vereiste van het uitputten van nationale rechtsmiddelen in artikel 35, 1. EVRM enkel gaat om de uitputting van effectieve rechtsmiddelen. Het moet hierbij ook

voldoende zeker zijn dat deze rechtsmiddelen tot een rechtstreeks herstel van de beweerde schending zouden leiden. De nationale rechtsmiddelen zijn voldoende uitgeput indien de verzoeker kan aantonen dat het rechtsmiddel dat hij niet heeft aangewend, beschikbaar was, maar gedoemd was te stranden⁵⁹. Volgens de Hoge Raad was er dus voldoende twijfel of dit voor de toepassing van de openbare orde-exceptie onder de Brussel I verordening wel nodig zou zijn⁶⁰.

19. Het Hof volgt niet de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Omdat de regels van erkenning en tenuitvoerlegging in de Brussel I-Verordening zijn gebaseerd op het wederzijdse vertrouwen tussen lidstaten hebben rechtsonderhorigen voldoende garanties bij een onjuiste toepassing van nationaal recht of Unierecht. Name-lijk, rechtsonderhorigen worden beschermd door het bestaande stelsel van rechtsmiddelen in iedere lidstaat, aangevuld met de prejudiciële procedure van artikel 267 VWEU. Daarom is de Brussel I-Verordening gebaseerd op het idee dat partijen verplicht zijn alle beschikbare rechtsmiddelen in de lidstaat van herkomst uit te putten. De enige uitzondering die het Hof hierop toelaat, is indien bijzondere

⁵⁴ HvJ, C-681/13, *Diageo Brands*, r.o. 57-60.

⁵⁵ H.U.J. D'OLIVEIRA, *supra*, vn. 35, 28; M.E.A. MÖHRING en M. NIEUWENHUIS, "Leidt bewust onjuiste toepassing van het recht tot een doorbraak in de 'openbare orde'-exceptie", *Tijdschrift voor Procespraktijk*, 2014-4, 119.

⁵⁶ Gaudemet-Tallon noemt dit wederzijds vertrouwen een "fiction juridique [...] qui est invoquée comme une sorte d'antienne, de refrain, en droit de l'Union européenne, et que l'on invoque d'autant plus qu'elle n'existe pas vraiment. Le droit de l'Union européenne cherche, à juste titre, à la construire, à l'imposer, mais il ne faut pas se voiler la face: bien souvent elle est très faible, voire inexistante et c'est la raison pour laquelle ont été maintenus les mêmes motifs de contestation de la décision d'origine, y compris l'ordre public [...]": H. GAUDEMET-TALLON, "Quelques propos autour du règlement Bruxelles Ibis", *JT* 2015, 454.

⁵⁷ HvJ, C-283/81, *CILFIT*, 3428.

⁵⁸ M. KLAMERT, *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 22-23.

⁵⁹ EHRM 11 januari 2007, nr. 1948/04, *Salah Sheekh / Nederland*, § 21.

⁶⁰ Hoge Raad (NL) 20 december 2013, nr. 12/04408, www.rechtspraak.nl, ECLI:NL:HR:2013:2062, overw. 5.3.5.

omstandigheden dit te moeilijk of onmogelijk maken. Dit geldt volgens het Hof des te meer wanneer de vermeende schending van de openbare orde voortvloeit uit een vermeende schending van het Unierecht⁶¹.

Omdat het Hof ook niet akkoord gaat met de premisse die de Hoge Raad voorop had gesteld, namelijk de schending van het Unierecht, kan volgens het Hof niet worden uitgesloten dat het de rechtbank te Sofia is die de interpretatieve beslissing verkeerd heeft toegepast. Indien Diageo hiertegen beroep had aangetekend, had deze vermeende onjuiste toepassing in hoger beroep rechtgezet kunnen worden. Bij twijfel had deze beroepsinstantie dan in ieder geval de mogelijkheid een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie. Bij hogere voorziening voor het Bulgaarse Hof van Cassatie

was deze op zijn beurt verplicht geweest een prejudiciële vraag te stellen⁶².

20. Zodoende kon Diageo volgens het Hof van Justitie geen beroep doen op de openbare orde-exceptie gezien het niet de nationale rechtsmiddelen in Bulgarije had uitgeput. Deze uitspraak is een logisch gevolg sinds het arrest *Renault* en kan niet verbazen⁶³. Het Hof laat een uitzondering toe indien bijzondere omstandigheden deze uitputting te moeilijk of onmogelijk maakten. Deze uitzonderingen laten ruimte voor discussie. We kunnen enkel met zekerheid stellen dat “te moeilijk of onmogelijk” geen zinloos hoger beroep inhoudt. Het Hof legt de lat hoger en lijkt eerder op omstandigheden buiten de partijen te doelen. Ongetwijfeld zal het in de toekomst deze begrippen verder moeten interpreteren.

V. RESTERENDE MOGELIJKHEDEN VOOR DIAGEO

21. Door uit te gaan van het standpunt van de Commissie dat er geen schending van het Unierecht aan de orde was, heeft het Hof van Justitie Diageo voor blok gezet. Hoewel Diageo waarschijnlijk toch terecht een beroep had gedaan op zijn merkrechten, maar het Hof deze stelling niet heeft onderzocht, is Diageo aansprakelijk voor de schade die Simiramida heeft geleden⁶⁴. In dit opzicht laat het arrest een bittere smaak na⁶⁵. Wat zijn de resterende mogelijkheden voor een partij die zich met dergelijke uitkomst geconfronteerd ziet?

22. Het Hof van Justitie geeft zelf te kennen dat Diageo via het systeem van de staatsaansprakelijkheid zijn schade kan terugvorderen⁶⁶. Sinds het arrest *Frankovich* staat immers vast dat particulieren die schade hebben geleden als gevolg van een schending van het Unierecht door een lidstaat, deze schade moeten vergoed zien door die lidstaat⁶⁷. Hierbij moeten drie cumulatieve voorwaarden zijn voldaan, afhankelijk van de aard van de schending: de particulier ontleent zijn recht aan het Europees recht; het moet gaan om een aanzienlijke schending; en er moet een causaal verband bestaan tussen de schending van de op de lidstaat rustende verplichting en de geleden schade door de benadeelde⁶⁸. In het arrest *Köbler* heeft het Hof van Justitie dit principe ook uitgebreid naar schade die het gevolg is van het verkeerd toepassen van

het Unierecht door een nationale rechtsinstantie in laatste aanleg, wat *in casu* het geval is⁶⁹.

23. Hoewel het beginsel van staatsaansprakelijkheid theoretisch een oplossing kan bieden, lijkt deze piste zich *in casu* moeilijk te verzoenen met de beslissing van de Europese Commissie inzake de inbreukprocedure. Zonder uitvoerig te willen ingaan op deze problematische kwestie, toch enkele bedenkingen die de moeilijkheid van deze mogelijke voorde- ring aantonen.

Hoewel de voorwaarden tot staatsaansprakelijkheid onder *Frankovich* bepaald worden door EU-recht, moet de voorde- ring tot compensatie binnen het kader van het nationaal recht worden ingesteld⁷⁰. In deze zaak zijn het de Bulgaarse rechters die een verkeerde interpretatie gaven van het Unierecht. De Europese Commissie besloot dat deze interpretatie toch niet strijdig was met het Unierecht. Het valt sterk te betwijfelen of de Bulgaarse rechters de voorwaarden onder *Frankovich* voldaan zouden achten. Hoewel op grond van artikel 5 van de merkenrichtlijn en de rechtspraak van het Hof van Justitie Diageo zijn recht wel degelijk aan het EU-recht ontleent, kan de beslissing van de Europese Commissie hieraan afbreuk doen. Zelfs indien deze eerste voorwaarde toch vervuld zou blijken, is het maar de vraag of deze schen-

61. HvJ, C-681/13, *Diageo Brands*, r.o. 64.

62. HvJ, C-681/13, *Diageo Brands*, r.o. 65-66.

63. HvJ, C-38/98, *Renault*, r.o. 34.

64. Advocaat-generaal SZPUNAR heeft in zijn conclusie de premissen waarop de Hoge Raad zich had gebaseerd wel onderzocht. Echter volgde hij de beslissing van de Commissie om de infractieprocedure stop te zetten en onderzocht hij evenmin zelf de eventuele schending van het Unierecht: Concl. Adv. Gen. M. SZPUNAR, 3 maart 2015, HvJ, C-681/13, *Diageo Brands*, ECLI:EU:C:2015:137, punten 27-34.

65. F.W.E. EIJVOGELS, noot onder HvJ 16 juli 2015, *Intellectuele Eigendom en Reclamerecht*, 2015/49, 24.

66. HvJ, C-681/13, *Diageo Brands*, r.o. 66.

67. HvJ 19 november 1991, C-6/90 en C-9/90, *Frankovich*, ECLI:EU:C:1991:428, r.o. 35-36.

68. *Ibid.*, r.o. 38-39.

69. HvJ 30 september 2003, C-224/01, *Köbler*, ECLI:EU:C:2003:513, r.o. 59.

70. P.P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *EU law: text, cases, and materials*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 261.

ding dan ook aanzienlijk zou worden geacht gezien de bijzondere omstandigheden. Daarnaast moet de vordering ook aan de nationale, procedurele voorwaarden voor het instellen van de vordering voldoen. Ook hier kunnen obstakels op

Diageo's weg liggen. In ieder geval start Diageo niet van een sterke basis om zijn schade vergoed te zien door de Bulgaarse rechters.

VI. CONCLUSIE

24. Het Hof van Justitie hield in de geannoteerde zaak vast aan zijn enge interpretatie van de openbare orde-exceptie onder de Brussel I-Verordening. Het blijft bij zijn vaste rechtspraak dat een geldige weigering van erkenning in combinatie met het verbod op de *révision au fond* enkel mag plaatsvinden wanneer “de inbreuk bestaat in kennelijke schending van een rechtsregel die in de rechtsorde van de aangezochte staat van essentieel belang wordt geacht, of van een in die rechtsorde als fundamenteel erkend recht”⁷¹. Het nationale karakter van de openbare orde-exceptie blijft daardoor een sterk Europese invulling krijgen, in de vorm van een streng toezicht door het Hof van Justitie op het gebruik van exceptie. Op inhoudelijk vlak stelt het geannoteerde arrest dat artikel 5 van de merkenrichtlijn geen fundamenteel beginsel is dat het gebruik van de exceptie rechtvaardigt. Artikel 267 VWEU en het beginsel van loyale samenwerking werden in deze zaak niet geschonden. Het Hof van Justitie weerhoudt zich evenwel van een algemene uitspraak of deze bepalingen fundamentele beginselen in de zin van

artikel 34, 1. Brussel I zouden zijn. M.i. zou het Hof hier eerder negatief op antwoorden. Het Hof is een trouwe voorvechter van het beginsel van wederzijds vertrouwen tussen de lidstaten. Hierdoor is het Hof eerder geneigd de balans in het voordeel van het vrij verkeer van rechterlijke beslissingen dan in het voordeel van de bescherming van fundamentele beginselen te laten doorwegen.

25. Daarnaast besliste het Hof dat de partij die zich op de exceptie van openbare orde in de lidstaat van erkenning beroept, de nationale rechtsmiddelen in de lidstaat van herkomst moet hebben uitgeput. Deze partij kan zich hiervan enkel verontschuldigen indien gezien de bijzondere omstandigheden deze uitputting te moeilijk of onmogelijk was. Hoe deze bijzondere omstandigheden moeten beoordeeld worden, is aan de nationale rechter. In ieder geval kan een zinloos hoger beroep niet als geldige verschoning ingeroepen worden.

⁷¹ HvJ, C-681/13, *Diageo Brands*, r.o. 44; HvJ, C 302/13, *FlyLAL*, r.o. 49; HvJ, C-619/10, *Trade Agency*, r.o. 51; HvJ, C-420/07, *Apostolides*, r.o. 59; HvJ, C-394/07, *Gambazzi*, r.o. 27; HvJ, C-38/98, *Renault*, r.o. 30; HvJ, C-7/98, *Krombach*, r.o. 37.