

Tilburg University

Effectiviteitsbeginsel en nationaal privaatrecht

Tjong Tjin Tai, T.F.E.

Published in:

WPNR: Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie

Publication date:

2011

Document Version

Peer reviewed version

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

Tjong Tjin Tai, T. F. E. (2011). Effectiviteitsbeginsel en nationaal privaatrecht. *WPNR: Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie*, 2011(6901), 790-797.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Effectiviteitsbeginsel en nationaal privaatrecht

T.F.E. Tjong Tjin Tai
Hoogleraar privaatrecht
Tilburg University

1. Inleiding

Wie zich in het recht van de Europese Unie verdiept merkt al snel dat men daar spreekt over beginselen die een wezenlijk andere betekenis hebben dan de beginselen die wij uit het nationale privaatrecht kennen. Zij hebben andere namen, werken op andere wijze; men kan zich zelfs afvragen of het wel gaat om beginselen in dezelfde zin als in het privaatrecht. Onder deze beginselen is er een die een grote betekenis heeft gekregen: het effectiviteitsbeginsel (ook wel doeltreffendheidsbeginsel genoemd).¹ Hiermee wordt bedoeld op een bepaalde gedachtegang achter een reeks uitspraken van het Hof van Justitie van de Europese Unie.² Dit zijn uitspraken die gemeen hebben dat zij wijzigingen afdwingen in de nationale rechtsorde, met name – doch niet uitsluitend – op het gebied van het formele en materiële privaatrecht. Deze wijzigingen worden gerechtvaardigd onder verwijzing naar de noodzaak dat regels van Europees recht niet in hun volle werking worden belemmerd door nationale regels of beperkingen.

Ter behandeling van dit beginsel zal ik eerst ingaan op de wijze waarop nationale rechtsvinding geschiedt in gevallen die lijken op de casus die aanleiding geven tot het invoeren van het effectiviteitsbeginsel. Vervolgens zal ik een korte beschrijving geven van het de jurisprudentie van het HvJ inzake het effectiviteitsbeginsel. Daarna trek ik enige (rechts)theoretische conclusies wat betreft de werking en beperkingen van het effectiviteitsbeginsel, om af te sluiten met enkele voorspellingen en aanbevelingen. Ik zal daarbij drie aspecten van dit beginsel behandelen: (a) de legitimerende functie, (b) de structurerende functie, en (c) de betekenis voor het nationale privaatrecht.

2. Rechtsvinding bij conflicten in het nationale recht

Ons nationaal privaatrecht kent geen effectiviteitsbeginsel. Toch kan men de gedachte achter effectiviteit wel waarnemen in casus die structurele verwantschap vertonen met de gevallen die bij het HvJ aan de orde zijn gekomen. Ik zal dit illustreren aan de hand van enkele casus.

Om te beginnen is er de figuur van de ‘dode letter’. In het arrest HR 3 maart 1972, NJ 1972, 339 (Maring) oordeelde de Hoge Raad dat art. 288 en 289 WvK in onbruik waren geraakt en dus een uitkering op basis van nieuwwaarde niet in strijd kwam met het indemniteitsbeginsel. Vanuit het standpunt van de wetgever beschouwd betekent dit dat genoemde wetsbepalingen hierdoor niet langer effectief zijn. Dat de wetsbepaling met zo’n beslissing niet effectief meer is, achten wij niet problematisch omdat wij de beslissing beschouwen als uiting van rechtsvorming: het recht is gewijzigd, zodanig dat de genoemde wetsbepalingen niet langer deel uitmaken van

¹ Men spreekt in andere talen ook wel over *principle of effectiveness*, *effet utile*, of *Effektivitätsgrundsatz*.

² Hierover Asser/Hartkamp, 3-I* 2011, nr. 109-130, J. König, *Der Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs*, Nomos: Baden-Baden 2011, T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, 2e dr., Oxford University Press: Oxford 2006, p. 418-476, M. Dougan, *National remedies before the Court of Justice: issues of harmonisation and differentiation*, Hart: Oxford 2004, W. van Gerven, ‘Of rights, remedies and procedures’, *CMLR* 37 (2000), p. 501-536.

het geldend recht.³ De wettelijke regel is niet langer effectief omdat zij niet effectief behoort te zijn.⁴

Een recenter voorbeeld is het relativiseren van de objectieve verjaringstermijn van bevrijdende verjaring (art. 3:310 lid 1, slot, BW). De Hoge Raad acht het mogelijk dat een beroep op deze twintigjaarstermijn niet wordt toegelaten, op grond van art. 6:2 lid 2 BW.⁵ De rechtvaardiging hiervoor wordt daarin gezocht dat een ander recht, te weten het vorderingsrecht van de schuldeiser, anders niet geldend te maken is (met name in gevallen waarin de schuldeiser vóór het verstrijken van de termijn onbekend was met de aanwezigheid van de schade of niet in de gelegenheid was een vordering in te stellen), hetgeen in bepaalde omstandigheden ontoelaatbaar is. Een uitdrukkelijke wettelijke rechtsregel wordt dusdoende opzij gezet door de rechter, om een vorderingsrecht (neergelegd in een andere regel) effectief te maken. Opmerking verdient dat de Hoge Raad dit mede onderbouwt met een verwijzing naar rechtspraak van het EHRM⁶ waar is overwogen dat beperkingen op een bepaald recht niet zover mogen gaan dat de kern van het recht wordt beknot ('the very essence of the right is impaired'). De rechter 'bemiddelt' hier dus tussen twee verschillende rechtsregels die allebei gelding verlangen.

Een ander type conflict tussen twee regels doet zich voor bij gevallen van samenloop.⁷ Dit betreft gevallen waar *prima facie* twee verschillende materiële regels van toepassing zijn die echter tot een verschillende uitkomst leiden. Eiser zal dan doorgaans een beroep doen op de voor hem meest gunstige regel, terwijl verweerder zal betogen dat de andere regel exclusief van toepassing is. Voor dergelijke kwesties werkt men van oudsher met een scala aan vuistregels, zoals de 'lex specialis' regel, die impliciet lijken te verwijzen naar de bedoeling van de wetgever. Men kan zulke regels echter ook anders opvatten, namelijk als indicatoren voor de begrijpelijkheid, coherentie en consistentie van het recht. Samenloop legt immers een potentiële strijdigheid in het recht bloot, die moet worden opgelost. In hoofdlijnen zijn daarbij twee richtingen mogelijk.

Ten eerste kunnen de regels elkaar wederzijds beïnvloeden, zodat zij tot dezelfde uitkomst leiden en de strijdigheid aldus verdwenen is.⁸ Ten tweede zal, als vreedzame coëxistentie niet mogelijk is, moeten worden bepaald welke norm prioriteit krijgt: de grens ligt daar bij 'onaanvaardbare doorkruising',⁹ namelijk of een regel de werking van een andere regel ontoelaatbaar zou blokkeren. Het systeem van de wet, de strekking van de regels, de rechtsverhouding van partijen spelen hierbij een rol. Een soms gehanteerd gezichtspunt hierbij is (in het kader van de strekking van de regels) dat een regel prioriteit moet krijgen omdat bij de omgekeerde uitkomst die

³ Vgl. G.J.M. Corstens, NJB 1981, p. 973-978 die voor het strafrecht verschillende redenen bespreekt waarom een bepaling een dode letter is geworden.

⁴ De rechterlijke bevoegdheid om de wet opzij te zetten is thans neergelegd in art. 6:2 lid 2 BW.

⁵ HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 (Van Hese/De Schelde), HR 26 november 2004, NJ 2006, 228 (De Jong/Optimodal), HR 25 november 2005, NJ 2009, 103 (Eternit/Horsting).

⁶ EHRM 22 oktober 1996, NJ 1997, 449 (Stubbings c.s./Verenigd Koninkrijk), par. 50.

⁷ F.B. Bakels, 'Aspecten van samenloop', WPNR 6796 en 6797 (2009). Voor 'verticale' gevallen van botsende regels geeft hij het doctrinaire standpunt weer dat hogere regels prioriteit hebben (nr. 3.1). C.H. Sieburgh, 'Ich weiss nicht was soll es bedeuten', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Ex libris Hans Nieuwenhuis*, Kluwer: Deventer 2009, p. 239-267 benadert de spanning tussen EU-recht en nationaal privaatrecht ook vanuit het perspectief van samenloop.

⁸ Bakels, WPNR 6797 (2009), nr. 21-31.2; dit is de tweede stap in een drie-stappenplan voor beoordeling van gevallen van samenloop.

⁹ Bakels, WPNR 6796 (2009), nr. 18 en 6797 (2009), nr. 32-48.6; hij refereert aan de rechtspraak over het gebruik van privaatrechtelijke bevoegdheden door de overheid, zie HR 26 januari 1991, NJ 1991, 393 (Windmill).

regel een dode letter zou blijven, als ongeschreven kon worden beschouwd, oftewel de wetsbepaling geen zin zou hebben.¹⁰ Voorbeelden zijn de korte verjaringstermijn voor aanvaringen (art. 8:1793 BW) tegenover de gewone verjaringstermijn bij onrechtmatige daad,¹¹ of de beperkte aansprakelijkheid van de uitlener van een roerende zaak versus de ruime (risico-)aansprakelijkheid voor roerende zaken.¹² Dit betekent in essentie dat de desbetreffende regel in zulke gevallen, opdat zij enige betekenis zal hebben, dat wil zeggen *effectief* is, moet voorgaan.

Effectiviteit als argument kan men ook aantreffen rond het burgerlijk procesrecht. De discussie of het procesrecht, in het bijzonder de processuele partijautonomie, in de weg moet of mag staan aan de materiële waarheid,¹³ is ten dele¹⁴ ook een discussie over de vraag of het procesrecht in de weg kan of moet staan aan de toepassing van het materiële recht.¹⁵ Concreet ziet men spanning ten aanzien van de regels omtrent de grenzen van de rechtsstrijd c.q. feitelijke grondslag, en de obstakels van het bewijsrecht. Ten aanzien van dit laatste punt wordt inderdaad regelmatig verdedigd dat een bepaalde verdeling van de bewijslast nodig is om een zeker recht te verwezenlijken¹⁶ of een beoogde bescherming tot zijn recht te laten komen.¹⁷ Spier heeft in een conclusie bijvoorbeeld (overigens vergeefs) betoogd dat voor het bewijs van terhandstelling van algemene voorwaarden niet moet volstaan de enkele vermelding in de offertebevestiging dat de voorwaarden ter hand zijn gesteld, met als argument dat een tegengesteld oordeel “de bijl [zou] zetten aan art. 6:234 lid 1 onder b BW”.¹⁸ Ten aanzien van de klachtplicht van art. 6:89 en 7:23 BW heeft Valk betoogd dat de bewijslast bij de schuldenaar/verkoper moet liggen.¹⁹ Voor beroepsfouten is door de Hoge Raad een verzwaarde stelplicht aangenomen, die het vergemakkelijkt dat de schuldeiser daadwerkelijk een vordering wegens wanprestatie geldend zou kunnen maken doordat de schuldenaar hem tegemoet moet komen in zijn bewijsnood.²⁰

¹⁰ Deze grondgedachte komt men overigens ook tegen in de oude uitlegregel van art. 1380 BW (oud).

¹¹ HR 15 juni 2007, LJN BA1414, NJ 2007, 621 (Fernhout/Essent), rov. 4.2.

¹² HR 22 november 1996, NJ 1998, 567 (Bos/Erven Althuisius). Brunner wijst er in zijn NJ-noot, nr. 2 uitdrukkelijk op dat bij de tegenovergestelde uitkomst art. 1790 BW (oud) nooit meer zou worden toegepast.

¹³ Recent weer aangezwengeld door A.C. van Schaick, Het burgerlijk recht de baas?, oratie Tilburg 2009. Zie verder bv. Grosheide, WPNR 6847 en 6857 (2010) en Den Tonkelaar, WPNR 6857 (2010).

¹⁴ Deels is het een bloot-feitelijke kwestie. Ik zal hier niet ingaan op de vraag of alle feiten naar voren zijn gekomen.

¹⁵ Bakels, WPNR 6796, nr. 1.4 duidt het procesrecht aan als ‘dienend’.

¹⁶ Waarbij overigens zij opgemerkt dat bij de hercodificatie van het BW uitdrukkelijk is beoogd dat de formulering van het materiële recht de bewijslastverdeling zou bepalen (de objectiefrechtelijke leer, zie W.D.H. Asser, Bewijslastverdeling, Deventer 2004, p. 49-58 en 64-66). Echter in concrete gevallen blijkt dat er redenen zijn om de in de wetsbepalingen geïmpliceerde bewijslastverdeling te bekritisieren, dan wel dat de wetsbepalingen onvoldoende duidelijk zijn over de bewijslastverdeling.

¹⁷ Diepgaand: I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid*, diss. Tilburg 2001.

¹⁸ Conclusie nr. 3.25 voor HR 21 september 2007, LJN BA9610, NJ 2009, 50 (Ammerlaan/Enthoven).

¹⁹ NTBR 2008, 11. De Hoge Raad oordeelde evenwel kennelijk anders: HR 23 november 2007, LJN BB3733, NJ 2008, 552 (Ploum/Smeets). Valk aarzelt over de betekenis van deze uitspraak, ook kritisch H.B. Krans, AAe 2009, p. 188-190.

²⁰ Bijv. HR 20 november 1987, NJ 1988, 500, recent HR 15 juni 2007, NJ 2007, 335, en buiten het medische aansprakelijkheidsrecht HR 10 januari 1997, NJ 1999, 286, HR 15 december 2006, NJ 2007, 203 (NNEK). Voorts I. Giesen, *Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid*, Tjeenk Willink: Deventer 1999, en Giesen, diss. 2001, Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 205 en 453.

Wat hebben deze verschillende categorieën gevallen gemeen? Het gaat steeds om verschillende ‘rechtssferen’²¹ die in concrete casus botsen. De ene sfeer (wet, rechtsgebied, materieel recht) dreigt te worden beknot door de andere sfeer (rechter, ander rechtsgebied, procesrecht). De discussie over de wenselijkheid hiervan wordt doorgaans niet expliciet gevoerd in termen van effectiviteit. Nochtans weegt dit aspect wel mee. Dit algemene verschijnsel van beknotting (en dus verlies aan effectiviteit) wordt niet als zodanig problematisch. Dit komt doordat de beslissing hierover, en de beoordeling van de omvang van de in het geding zijnde rechten en regels, in één hand ligt: bij de Hoge Raad.

Wettelijke rechten worden tegenwoordig niet opgevat als dat zij een vaststaande, in één regel of definitie omschreven, omvang hebben; integendeel geldt dat de omvang van zulke rechten wordt bepaald door het positieve recht, waar de rechterlijke interpretatie onderdeel van uitmaakt.²² Eigendom is bijvoorbeeld niet langer het recht “om van een zaak het vrij genot te hebben en daarover op de volstrekte wijze te beschikken” (art. 625 BW-oud) maar eenvoudigweg formeel “het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben” (art. 5:1 BW). Het is in zekere zin in de beperkingen op vastgestelde rechten dat de omvang van die rechten wordt gedefinieerd.²³ De effectiviteit van het recht werkt uit in de omvang van het recht, waaronder de mogelijke beperkingen. Omgekeerd is het ook mogelijk dat, zoals we zien in de figuur van de verzwaarde stelplicht, een beperking wordt afgezwakt opdat een zeker recht voldoende werking krijgt.

Er vindt derhalve een heen-en-weergang plaats van het subjectieve recht (dat een zekere omvang claimt) en een beperking (die vanuit een andere rationaliteit aanspraken geldend tracht te maken). Welk van beide wint, wisselt per geval. Het is als jonge vogeltjes in een nest die onderling de ruimte zoeken die zij nodig hebben. Bij deze afweging gaat het uiteindelijk (naast bijvoorbeeld rechtvaardigheid) mede om het belang van coherentie, of zoals Dworkin dat noemt, ‘integriteit’.²⁴ Deze afweging is niet geheel regelgeleid. Beginselen kunnen hierbij in zoverre een rol spelen dat zij aanwijzingen geven of en wanneer een regel moet wijken, maar de Hoge Raad is degene die knoop doorhakt en dan het beginsel vooral als rechtvaardiging zal aanhalen voor zijn beslissing. De lagere rechter kan hooguit proberen die uitkomst te voorspellen.²⁵

Er is in het nationale privaatrecht dus geen effectiviteits*beginsel*, er zijn alleen effectiviteits*argumenten*. Een effectiviteits*beginsel* zou inhouden dat één sfeer *in beginsel* prioriteit zou hebben.²⁶ Uit de hierboven besproken voorbeelden blijkt evenwel dat er steeds casuïstisch wordt geoordeeld welke sfeer in het gegeven geval vóórgaat.

²¹ Ik gebruik deze term nu maar even om losweg de navolgende tamelijk heterogene entiteiten en concepten aan te duiden, zonder daarmee een diepere technische betekenis te pretenderen. Inspiratie voor de term is te vinden in M. Walzer, *Spheres of Justice*, New York: Basic Books 1983, die hieraan echter een andere betekenis geeft.

²² Dit is gevolg van het ‘prima facie’ karakter van juridische regels, die kunnen wijken voor andere regels, zie bijv. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, par 31.h, A. Soeteman, *Rechtsgeleerde waarheid, afscheidsrede 2009 en R&R 2009*, p. 5-10, T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek*, diss. Amsterdam (UvA) 2007, p. 257-264 (verwijzend naar ethicus David Ross),.

²³ Vgl. de Hohfeldiaanse analyse van rechten in termen van polaire tegenstellingen (W.N. Hohfeld, ‘Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning’, 23 *Yale Law Journal* 16 (1913), p. 16-59.

²⁴ R. Dworkin, *Law’s Empire*, Harvard University Press: Cambridge (Mass.) 1986, hfdst. 6.

²⁵ Voorspellen is overigens lastig, zoals blijkt uit de jurisprudentie inzake doorkruising à la Windmill.

²⁶ Het gaat hier om een ander type beginsel dan gebruikelijk in het privaatrecht, zie par. 5, begin.

3. Vereisten voor het effectiviteitsbeginsel

Deze exercitie onderstreept enerzijds de bijzondere aard van het effectiviteitsbeginsel, nu dit geen equivalent in het nationale recht vindt, terwijl zij anderzijds de uitzonderlijkheid ook weer nuanceert, nu het type gedachtegang wel gangbaar is en in feite behoort tot de traditionele rechtsvindingsbagage van iedere jurist. We kunnen nu vaststellen dat effectiviteit als *beginsel* slechts kan voorkomen onder vier voorwaarden, waaraan bij het Europees recht voldaan is.

Ten eerste moeten er twee onderscheiden²⁷ rechtssferen zijn. Anders zal het eenvoudigweg gaan om de precieze afbakening van een regel zonder dat er sprake is van externe spanning. Het Unierecht is zo'n rechtssfeer: het is een zelfstandige rechtsorde die qua inhoud niet steunt op de nationale rechtssystemen, integendeel boven die systemen staat en deze vormt. Het streeft daardoor zijn eigen coherentie na, en heeft zijn eigen doeleinden – eerst en vooral de bevordering van een gemeenschappelijke markt – die beperkter zijn dan die van privaatrecht in het algemeen. Het is in zoverre een eigen systeem dat, zoals ieder systeem, neigt tot een eigen begrippenkader.²⁸ Dit wordt voor het Unierecht aldus uitgedrukt dat zijn termen, ook al zijn zij ontleend aan nationale begrippen, autonoom worden uitgelegd.²⁹

Ten tweede moeten de rechtssferen niet onder dezelfde rechter vallen. Waar dat laatste wel zo is, zal het eenvoudigweg gaan om traditionele rechtsvorming. Dit betekent dat het steeds zal gaan om wat men tegenwoordig noemt een meerlagige rechtsorde, of zoals Tridimas het noemt, een 'decentralized model of justice'.³⁰

Ten derde moet de ene rechtssfeer prioriteit hebben boven de andere. Zoniet, dan kan niet gesproken worden over een effectiviteits*beginsel*. Dan zal zich een discussie of getouwtrek ontplooiën over de prioriteit in concrete gevallen (par. 2, slot). Een voorbeeld is de moeizame afbakening van bevoegdheden tussen burgerlijke rechter en verschillende bestuursrechters. De suprematie van EU-recht is in veel uitspraken uitgedrukt.³¹ Die prioriteit impliceert dat nationale regels niet in de weg mogen staan aan de verplichtingen uit het gemeenschapsrecht.³²

Ten vierde moet er overlap bestaan, preciezer: een 'recht' uit de superieure sfeer moet botsen op beperkingen van de lagere rechtssfeer.³³ Alleen dan zal de vraag opkomen hoeveel ruimte dat recht behoeft om effectief te zijn. In termen van een nest is de Europese regel een koekoeksjong dat eigenmachtig zijn ruimte claimt ten koste van de overige vogeltjes. Ik laat overigens in het midden of er bij richtlijnen (die geïmplementeerd moeten worden) daadwerkelijk sprake is van een subjectief recht in de strikte zin des woords,³⁴ en of ook bij direct werkende rechten gesproken kan

²⁷ Doch niet gescheiden, integendeel zullen zij moeten overlappen omdat zonder interactie geen probleem kan ontstaan dat een beslissing vergt.

²⁸ Het neigt tot geslotenheid, zie nader de systeemtheorie van N. Luhmann (*Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp: Frankfurt am Main 1993).

²⁹ Reeds HvJ EG 19 maart 1964, zaak 75/63 (Unger/Bedrijfsvereniging). Zie bijv. P. Rott, 'What is the Role of the ECJ in EC Private Law? A Comment on the ECJ judgments in *Océano Grupo*, *Freiburger Kommunalbauten*, *Leitner and Veedfald*', *Hanse Law Review* 1/1 (2005), p. 6-17. Dit zien we ook bij het EHRM, zie bijv. G. Letsas, 'The Truth in Autonomous Concepts: How to Interpret the ECHR', *EJIL* 2004, p. 279-305. Algemeen bijv. M. Gebauer, 'Uniform Law, General Principles and Autonomous Interpretation', *Uniform Law Review* 2000, p. 683-705.

³⁰ Tridimas 2006, titel van par. 9.1, p. 418, ook op p. 419, ook Dougan 2004, p. 1 e.v.

³¹ O.a. HvJ EG 15 juli 1964, zaak 6/64, Jur. 1964, p. 1199 (Costa/ENEL).

³² O.a. HvJ EG 9 maart 1978, zaak 106/77, Jur. 1978, p. 629 (Simmenthal), par. 17.

³³ In de Duitse doctrine spreekt men van *indirecte Kollisionen*, zie König 2011, p. 21-34, 43-44.

³⁴ Nader M. Ruffert, 'Rights and remedies in European Community Law: a comparative view', *CMLR* 34 (1997), p. 307-336, Van Gerven, *CMLR* 2000, p. 501-536.

worden van toepassing van het effectiviteitsbeginsel of dat het dan alleen gaat om uitleg van dat recht.³⁵

Terzijde merk ik op dat het effectiviteitsbeginsel niet beperkt is tot het recht van de Europese Unie. Een effectiviteitsbeginsel kennen we ook bij het EHRM.³⁶ Het EHRM gebruikt al decennia lang de tournure dat “The Convention is intended to guarantee not theoretical or illusory but practical and effective rights.”³⁷ Dit is niet toevallig: het EHRM is evenals het HvJ een supranationale rechter die over een beperkt domein supervisie uitoefent over nationale rechters.

4. Voorbeelden en legitimerende functie

De logica achter dit beginsel is op zichzelf goed te begrijpen. Het zou weinig zin hebben om rechten toe te kennen als deze door nationale barrières in feite betekenisloos zouden worden. Dit geldt voor beperkingen die doelbewust zijn opgesteld om de Europese regels te kort te doen. Maar evenzeer geldt dit voor beperkingen die met andere, op zichzelf oirbare bedoelingen zijn opgesteld.³⁸ En bovendien geldt dit ook voor beperkingen die net zo goed voor nationale rechten en regels gelden.³⁹ In de kern gaat het om het adagium *ubi jus, ibi remedium*.⁴⁰ Het effectiviteitsbeginsel heeft in zoverre een *legitimerende functie*:⁴¹ het vormde de basis waaraan het HvJ zijn bevoegdheid ontleende om vérgaande ingrijpen in het nationale recht te kunnen doen.⁴²

Er zijn tal van voorbeelden van toepassing van het effectiviteitsbeginsel.⁴³ Sommige uitspraken geven extra materiële vorderingsrechten, zoals in het geval dat een vrouwelijke sollicitant wegens discriminatie in de sollicitatieprocedure recht had op meer dan een symbolische schadevergoeding,⁴⁴ of de eis dat benadeelden van mededingingsbeperkende acties ook recht hebben op vergoeding van gedeerde winst.⁴⁵ Andere leiden tot extra processuele mogelijkheden, zoals het open stellen van een voorlopige voorziening ter bescherming van door de Gemeenschap toegekende

³⁵ Dougan 2004, p. 56-59.

³⁶ Aldus uitdrukkelijk J.G. Merrills, *The development of international law by the European Court of Human Rights*, 2^e dr., Manchester University Press: Manchester 1993, hfdst. 5, p. 98 e.v., Van Dijk e.a., *Theory and practice of the European convention on human rights*, 4^e dr., Intersentia: Antwerpen 2006, p. 74.

³⁷ Aldus als een der eerste EHRM 9 oktober 1979, zaak nr. 6289/73, NJ 1980, 376 (Airey/Ierland), par. 24, waar wordt verwezen naar eerdere uitspraken die dezelfde gedachte in andere bewoordingen bevatten. Sedertdien is dit een vast principe. De exacte formulering wisselt enigszins, vaak wordt ook gebezigd “rights that are practical and effective, not theoretical and illusory”.

³⁸ Vgl. J. Hijma, ‘Begrenzing van consumentenbescherming, bezien bij ‘koop op afstand’’, in: *Europees contractenrecht. Techniek en moraal*, BW-Krant Jaarboek 22 (2007), p. 23-40, op p. 37, sprekend over ‘blokkerende leerstukken’. Hij suggereert dat bijzondere puur nationale leerstukken geen stand kunnen houden (verwijzend naar M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht*, diss. Leiden 2001, nr. 421-424).

³⁹ Het gaat dus verder dan het gelijkheids- of equivalentiebeginsel.

⁴⁰ Tridimas 2006, p. 422, Van Gerven CMLR 2000, p. 521.

⁴¹ Dergelijke beginselen ‘fingeert’ de rechter m.i. wanneer dit nodig is, anticiperend op acceptatie door de rechtsgemeenschap. Zij zijn voordien hooguit impliciet aanwezig in de rechtsorde (zoals Dworkin het ziet). Het voert hier te ver om dit rechtstheoretische punt hier uit te werken.

⁴² Bijv. HvJ EG 9 maart 1978, zaak 106/77, Jur. 1978, p. 629, NJ 1978, 656 (Simmenthal).

⁴³ Zie de literatuur in noot 2.

⁴⁴ HvJ 10 april 1984, zaak 14/83, Jur. 1984, p. 1892 (Von Colson/Nordrhein-Westfalen), waar de Duitse rechter alleen reiskostenvergoeding had toegekend.

⁴⁵ HvJ 13 juli 2006, C-295/04, NJ 2007, 34 (Manfredi).

rechten in een geval waar het nationale recht daar niet in voorzag.⁴⁶ Verder is er veel rechtspraak over het terzijde stellen van beperkende termijnen (zie hierna).

Tridimas ontwaart in de rechtspraak drie fasen.⁴⁷ Als eerste ziet hij een periode van terughoudendheid, waar het HvJ zich op het standpunt stelt dat het EG-verdrag niet is bedoeld om nieuwe remedies te scheppen⁴⁸ en dat bij gebreke aan gemeenschapsregels de burgers voor bescherming zijn aangewezen op het nationale rechtssysteem, mits de Europese regels maar niet slechter worden behandeld dan nationale regels en het niet onmogelijk is rechten uit te oefenen die de nationale rechter moet handhaven.⁴⁹ Vervolgens ziet hij een periode van interventionisme, waar het HvJ uitgaat van een plicht voor nationale rechters om de volle en effectieve werking van gemeenschapsrechten te waarborgen.⁵⁰ Sprekend voorbeeld is het Francovich-arrest, waar is geoordeeld dat overheidsaansprakelijkheid voor tardieve implementatie van richtlijnen noodzakelijk is voor de effectiviteit van het gemeenschapsrecht.⁵¹ Daarmee schiep het HvJ zelfstandig een nieuwe aansprakelijkheidsgrond. Tot slot onderscheidt Tridimas een periode vanaf de jaren negentig waar het HvJ nationale procedurele regels selectief respecteert.⁵² Dit leidt tot minder spectaculaire, maar juist daarom veel lastiger te interpreteren rechtspraak. Een bekende voorbeeld is de verplichting tot ambtshalve toepassing van bepaalde regels van Europese herkomst, met name regels tegen bedingen die nadelig zijn voor consumenten.⁵³ Of er nu wel of niet volgtijdelijke fasen zijn aan te wijzen in de jurisprudentie, de driedeling laat wel zien dat er gradaties kunnen bestaan in intensiteit van de controle door de hogere rechter.⁵⁴

De concrete invulling door het HvJ geeft blijk van enige terughoudendheid, niettegenstaande enkele uitspraken die relatief indringend lijken te toetsen. Waar het HvJ ingrijpt lijkt het vooral te gaan om tamelijk flagrante beperkingen zoals termijnen die buiten medeweten van de consument of particulier konden verstrijken⁵⁵ of

⁴⁶ HvJ EG 19 juni 1990, C-213/89, Jur. 1990, p. 2433 (Factortame I).

⁴⁷ Tridimas 2006, p. 420-422, ook Dougan 2004, p. 26-52 en hfdst. 5, König 2011, p. 84-91.

⁴⁸ HvJ EG 7 juli 1981, zaak 158/80, Jur. 1981, p. 1805, NJ 1982, 613 (Butterfahrten), par. 44.

⁴⁹ HvJ EG 16 december 1976, zaak 33/76, Jur. 1976, p. 1989 (Rewe/Landwirtschaftskammer für das Saarland), par. 5.

⁵⁰ Aldus HvJ EG 9 maart 1978, zaak 106/77, Jur. 1978, p. 629, NJ 1978, 656 (Simmenthal), par. 24.

⁵¹ HvJ EG 19 november 1991, C-6/90 en C-9/90, Jur. 1991, p. I-5357, NJ 1994, 2 (Francovich), met name par. 33 en 34, waar in de Engelse tekst wordt gesproken over 'full effectiveness'. Zie ook Asser/Hartkamp 3-I* 2011, nr. 109. Het HvJ acht aansprakelijkheid voor schending van Gemeenschapsrecht onontbeerlijk voor de volle werking (effectiviteit) van individuele rechten ontleend aan Gemeenschapsrecht (HvJ 30 september 2003, C-224/01, NJ 2004, 160 (Köbler/Oostenrijk), par. 33).

⁵² Overigens neemt hij in de meest recente rechtspraak weer een interventionistische tendens waar, zie p. 422. In HvJ 6 oktober 2009, C-40/08, NJ 2010, 11 (Asturcom), nr. 38 en 48 wordt echter weer de 'oude' norm genoemd, te weten het niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken.

⁵³ Zie o.a. HvJ EG 27 juni 2000, C-240/98 tot en met C-244/98, NJ 2000, 730 (Océano), tot meest recent HvJ 4 juni 2009, C-243/08, NJ 2009, 395 (Pannon) en HvJ 6 oktober 2009, C-40/08, NJ 2010, 11 (Asturcom), en in de literatuur Asser/Hartkamp 3-I*, nr. 124-130 en 187, voorts onder veel meer A.S. Hartkamp, Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden naar Europees recht en naar Nederlands recht, rede Nijmegen 2007, H.J. Snijders, 6761 en 6779 (2008) en 6823 (2009), A.S. Hartkamp, Trema 2010, p. 136-143, H.B. Krans en A.G.F. Ancery, RM Themis 2009, p. 191-200, ook Tridimas, p. 461-466.

⁵⁴ Dougan 2004, p. 306-309 ziet geen duidelijke lijnen, behalve een terughoudendheid om uniformiteit aan te brengen. Van Gerven 2000 verdedigt dat remedies strikter zouden moeten worden getoetst dan procedurele belemmeringen, wat echter niet in de latere rechtspraak lijkt te zijn gevolgd.

⁵⁵ Zie Asser/Hartkamp 3-I* 2011, nr. 113-114 over HvJ EG 21 november 2002, C-473/00, NJ 2003, 703 (Cofidis) en HvJ 13 juli 2006, C-295/04, NJ 2007, 34 (Manfredi), en Tridimas, p. 432, over HvJ

wetgeving die beoogt om Unieregels te omzeilen.⁵⁶ Bij andere belemmeringen wordt niet of nauwelijks ingegrepen,⁵⁷ althans niet zozeer op basis van het effectiviteitsbeginsel als wel op basis van het gelijkheidsbeginsel.⁵⁸ Het HvJ lijkt in zoverre aan te sturen op een redelijker privaatrecht, een benadering die enigszins lijkt op de tendens tot deformalisering in het Nederlands procesrecht.⁵⁹ Er lijkt naar Nederlandse opvattingen weinig tegen zo'n tendens te zijn.

Actiever lijkt het HvJ bij het openstellen van remedies,⁶⁰ met name schadevergoeding. Dit blijkt bij schendingen van verplichtingen uit het EU-verdragsrecht, zoals bij te late implementatie van richtlijnen⁶¹ of schending van mededingingsrecht.⁶² Ook blijkt dit bij implementatie van richtlijnen, waar eveneens kritisch wordt gekeken naar beperkingen van de toegelaten vormen van schadevergoeding.⁶³

Voor regels die strekken tot consumentenbescherming lijkt het HvJ daarnaast een andere eis te stellen, namelijk niet of het beroep op het recht praktisch onmogelijk wordt gemaakt in bepaalde gevallen, maar of de consument er uitdrukkelijk geïnformeerd voor heeft kunnen kiezen wel of geen gebruik te maken van bepaalde bescherming.⁶⁴ Er wordt op dat punt derhalve van consumenten geen kennis van het recht of onderzoek naar mogelijke remedies verwacht. Dit is een afwijkende invulling van effectiviteit, die een breuk betekent met wat doorgaans in het Nederlandse recht wordt aangenomen.

De overige rechtspraak heeft voornamelijk betrekking op de uitleg van individuele Europeesrechtelijke begrippen: na verduidelijking is doorgaans ook duidelijk in hoeverre nationaal recht aanpassing behoeft.

5. Structurerende functie van het effectiviteitsbeginsel

In de literatuur noemt men het effectiviteitsbeginsel ook wel een institutioneel beginsel⁶⁵ of structuurbeginsel.⁶⁶ Dit wijst op wat kan worden genoemd de

EG 1 december 1998, C-326/96, NJ 1999, 524 (Levez), een geval van misleiding door de wederpartij; ook Dougan 2004, p. 267-293.

⁵⁶ Tridimas, p. 434-437.

⁵⁷ Bijv. ten aanzien van 'normale' termijnen zie Dougan 2004, p. 267-293 en Tridimas, p. 428-430, König 2011, p. 187-191, verwijzend naar zaken 39/73 (Rewe), C-90/94 (Haahr petroleum), C-114/95 (Texaco), C-188/95 (Fantask) en C-261/95 (Palmisani), en recent ook HvJ 6 oktober 2009, C-40/08, NJ 2010, 11 (Asturcom), ten aanzien van het 'passing on'-verweer zie Tridimas, p. 438-441 en Asser/Hartkamp 3-I*, nr. 121, alsmede R.W.E. van Leuken, WPNR 6734 en 6735 (2007).

⁵⁸ Zie daarover de bijdrage van Carla Sieburgh in dit WPNR-nummer, ook König 2011. Zie Tridimas, par. 9.3 over de verhouding tussen beide beginselen.

⁵⁹ Dougan 2004, p. 294 suggereert dat proportionaliteit wordt getoetst doch slechts beperkt. Overigens ziet men een vergelijkbare trend in de rechtspraak van het EHRM inzake 'excessive formalism', waarover bijv. F. Fernhout, *Praktisch Procederen* 2008, p. 59-64.

⁶⁰ Zoals ruimere mogelijkheden voor aantasting van arbitrale uitspraken die in strijd blijken met verdragsrecht, zie bijv. HvJ 1 juni 1999, C-126/97, NJ 2000, 339 (Eco Swiss/Benetton).

⁶¹ HvJ EG 19 november 1991, C-6/90 en C-9/90, NJ 1994, 2 (Francovich).

⁶² Bijv. HvJ 20 september 2001, C-453/99, NJ 2002, 43 (Courage/Crehan).

⁶³ Bijv. HvJ 10 april 1984, zaak 14/83, Jur. 1984, p. 1892 (Von Colson).

⁶⁴ Zie de rechtspraak in noot 53.

⁶⁵ B. De Witte, 'Institutional Principles: A Special Category of General Principles of Law', in: U. Bernitz en J. Nergelius (red.), *General Principles of Community Law*, Den Haag: Kluwer Law International 2000, p. 143-159, L.A.D. Keus, *Europees privaatrecht*, Mon. BW A30, p. 29-30. W. Devroe, 'Impact van door het Europees Hof van Justitie ontwikkelde algemene beginselen op privaatrechtelijke verhoudingen', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europees recht op het Nederlandse privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 133-189, op. p. 137-138.

structureerende functie van het effectiviteitsbeginsel. Dit wijkt af van bekende privaatrechtelijke beginselen die meer materieelrechtelijk getint zijn, die morele uitgangspunten tot uitdrukking brengen.⁶⁷ De term ‘beginsel’ is echter in zoverre juist dat het niet gaat om een regel als wel om een standaard die geen exacte uitkomsten aanwijst.⁶⁸

Zoals in par. 2 beschreven behoeft een subjectief recht toepassing opdat het werkelijk iets voorstelt. Voor die toepassing is men altijd aangewezen op procesrecht; daarnaast is de concrete vormgeving afhankelijk van andere, algemene regels (zoals termijnen) die begrenzungen aangeven.⁶⁹ Echter bij gewone rechtsstelsels is dat allemaal onderdeel van één rechtsorde. Europees recht daarentegen is afhankelijk van de uitwerking in het nationale recht: het is een afhankelijke rechtsorde.⁷⁰ Het Europese privaatrecht *is* geen privaatrecht (in de zin van een volledig stelsel). Zou het dit wel zijn, dan zouden de nationale rechtsstelsels nagenoeg volledig weggeharmoniseerd moeten worden.⁷¹ Derhalve zal het HvJ ergens een grens moeten trekken. Het effectiviteitsbeginsel drukt deze structurele afhankelijkheid, deze begrenzing uit: als er geen grens was, ging het eenvoudigweg om prioriteit.

Dat er formeel een begrenzing is, maakt echter nog niet duidelijk waar deze ligt. In gevallen waar geen absolute blokkades doch slechts relatieve belemmeringen aan de orde zijn, is het voor het HvJ lastig om te beoordelen of het effectiviteitsbeginsel noopt tot wijziging van het nationale recht. Ten dele kan de verwijzingsrechter helpen door uitvoerige informatieverschaffing.⁷² Een intrinsiek obstakel blijft evenwel dat de werkelijke mate van belemmering slechts kan worden beoordeeld met een volledig beeld van de plaats van de belemmerende regel of rechtsfiguur in de nationale rechtsorde. Hetzelfde geldt voor de omvang van subjectieve rechten: deze kan slechts worden bepaald in de context van een compleet rechtsstelsel.⁷³ Het HvJ bepaalt dit niet, het geeft slechts bindende beslissingen die de nationale rechter moet uitwerken.

Dit lijkt enigszins op de wijze waarop de cassatierechter zich bevindt in een stelsel van gedelegeerde rechtshandhaving: het is de feitenrechter die het uiteindelijke geschil beslecht, de cassatierechter moet geen tweede beroepsinstantie worden. Dit vereist een zekere afstandelijkheid in de beoordeling. In Nederland wordt dit gerealiseerd met het ingewikkelde – en deels rechtspolitiek uitgewerkte – onderscheid

⁶⁶ A. Metzger, *Extra legem intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2009, p. 351, vgl. J. Bengoetxea, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice*, Oxford: Clarendon Press 1993, p. 76.

⁶⁷ P. Scholten, *Algemeen deel*, par. 15, evenzo Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press: Cambridge (Mass.) 1977, p. 22.

⁶⁸ Dworkin 1977, p. 24-28, vgl. Scholten, *Algemeen deel*, par. 15, sprekende over ‘tendens’.

⁶⁹ Nader Van Gerven 2000. In HvJ EG 14 december 1995, C-312/93, NJ 1997, 115 (Peterbroeck), par. 14 wordt dit expliciet onder ogen gezien en aangegeven dat rekening moet worden gehouden met diverse algemene procedurele aspecten.

⁷⁰ Sieburgh, Preadvies NJV 2011, p. 214-215. Dit is een gevolg van het feit dat er twee verschillende rechters bevoegd zijn bij deze kwesties, wat impliceert dat de superieure rechter voor de uiteindelijke handhaving/uitvoering afhankelijk is van de lagere rechter. Als de superieure rechter de tenuitvoerlegging in alle zaken zelf zou behandelen zou de lagere rechter immers geen rol hebben.

⁷¹ Dougan 2004, p. 105-110 noemt diverse bezwaren.

⁷² Aldus Sieburgh, Preadvies NJV 2011, p. 232, 234-235.

⁷³ Dat impliceert dat implementatie van Europese richtlijnen geen automatisme kan zijn: dit moet plaatsvinden in het licht van de beoogde omvang van die regels, waarbij wellicht uitzonderingen of aanpassingen moeten worden gemaakt op eventuele nationale beperkingen die op die regels van toepassing zijn.

tussen feit en recht, wat leidt tot een arbeidsdeling tussen cassatie- en feitenrechter.⁷⁴ Het verschil met het HvJ is evenwel dat de cassatierechter over hetzelfde rechtssysteem oordeelt, zich in een gedeeld normatief kader bevindt met de lagere rechter. Dat gedeelde kader ontbreekt bij het HvJ.

Voor de meerlagige Europese rechtsorde berust de taakverdeling op het onderscheid tussen de uitleg en toepassing van Europese regels en begrippen: het eerste is de bevoegdheid van het HvJ, het laatste ligt in het domein van de nationale rechter.⁷⁵ Bij die uitleg van Europees recht is het overigens wel van belang om te kijken naar de gevolgen onder nationaal recht.⁷⁶ Het HvJ mag zich alleen uitspreken over hetgeen de Europese regel vereist: het kan binnen dat beperkte kader tevens aangeven of bepaalde nationale regels ruimte moeten maken voor de Europese regel, maar niet verder dan dat. Het Hof van Justitie is zich daar van bewust: het heeft uitdrukkelijk aangegeven dat het zich niet in het nationale kader zelf mengt, en bijvoorbeeld niet ingaat op kwesties van classificatie of kwalificatie.⁷⁷ Dit laat een aanzienlijke autonomie over aan de ontvangende rechtssfeer over de wijze van invulling van wat het effectiviteitsbeginsel in het concrete geval vereist. Het is zagezegd alsof het HvJ de nationale rechter helpt met inparkeren, door van buitenaf te waarschuwen voor botsingen. Het gaat om coöperatieve rechtsvorming, met de nationale rechter aan het stuur.⁷⁸

6. *Effectiviteitsbeginsel als voertuig van coöperatieve rechtsvinding*

Dit brengt ons tot het derde aspect van het effectiviteitsbeginsel: de betekenis voor de rechtsvinding door de nationale rechter. Om het Europese recht te verwezenlijken, effectief te maken, moet dat nationale recht, zegt het HvJ, worden uitgelegd (op de relevante punten) conform het autonome kader.⁷⁹ Die uitleg van het nationaal recht is een taak van de nationale rechter. Het punt is evenwel dat zodanige uitleg niet op de traditionele wijze kan geschieden. Uitleg zijn wij normaal gewend te doen in een *context*. De traditionele context is het *systeem*⁸⁰ dat als ideaal heeft de rechtseenheid.⁸¹ Het gaat dan om uitbreiding van, inbedding in het systeem, waarin als richtinggevende maatstaf geldt de norm van coherentie of integriteit. Het autonome Europese kader is evenwel systeemvreemd aan het nationaal recht: dat is onvermijdelijk aangezien het voor alle, onderling zeer verschillende, nationale rechtssystemen geldt en daarom nooit voor alle systemen geheel vertrouwd kan zijn.

Anders dan de nationale rechter, die beide kanten van de zaak kan beschouwen, namelijk de ruimte die de ene regel vergt versus de mate waarin de

⁷⁴ Asser Procesrecht/Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005, nr. 95-97.

⁷⁵ Zie art. 267 VWEU, vroeger art. 234 EU-verdrag. Hiernaar verwijst uitdrukkelijk HvJ 1 april 2004, C-237/02, NJ 2005, 75 (Freibürger Kommunalbauten), par. 22.

⁷⁶ Zie bv. HvJ 1 april 2004, C-237/02, NJ 2005, 75 (Freibürger Kommunalbauten), par. 21.

⁷⁷ HvJ 30 september 2003, C-224/01, NJ 2004, 160 (Köbler/Oostenrijk), par. 47, verwijzend naar HvJ 18 januari 1996, C-446/93, Jur. 1996, p. I-73 (SEIM/Alfândagas), par. 32 en HvJ 17 september 1997, C-54/96, Jur. 1997-I, p. 4961 (Dorsch Consult/Bundesbaugesellschaft), par. 40.

⁷⁸ Tridimas, p. 422 ook Sieburgh, Preadvies NJV 2011, p. 226-228, H. Collins, *The European Civil Code*, Cambridge University Press: Cambridge 2008, p. 200-205.

⁷⁹ HvJ 10 april 1984, 14/83, Jur. 1984, p. 1892 (Von Colson/Nordrhein-Westfalen), par. 26, veelvuldig herhaald in latere rechtspraak.

⁸⁰ Hierover bv. Scholten, *Algemeen deel*, par. 12, J.B.M. Vranken, *Algemeen deel* **, nr. 118-130, C.E. Smith, *Regels van rechtsvinding*, BJu: Den Haag 2005, par. 5.1, M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht*, diss. Leiden 2001, par. 6.3, L.K. van Zaltbommel, *De betekenis van het recht als systeem*, diss. VU, Tjeenk Willink: Zwolle 1993.

⁸¹ En zie t.a.v. de destabiliserende werking van EU-regelgeving I.C. van der Vlies, AAe 1996, p. 293-300, ook Wissink, diss., par. 6.3.

andere regel ruimte moet maken, spreekt het HvJ zich slechts over de ene Europese regel uit en laat de nationale uitwerking over aan de nationale rechter.⁸² De coherentie van het recht blijft dus een taak van de nationale rechter.⁸³ De Europese rechter kan en wil daar niet over oordelen. Het betekent echter ook dat het argument van coherentie in de procedure bij het HvJ geen of slechts weinig gewicht in de schaal legt.⁸⁴ En zelfs als de coherentie meeweegt is die niet allesbepalend; de Europese regel kan immers om haar eigen redenen hier doorheen breken.

Dit brengt met zich dat het effectiviteitsbeginsel in combinatie met de onophoudelijke vloed aan Europese regelgeving ook een continue destabilisatie van het nationale systeem veroorzaakt. In dat opzicht klopt de klacht dat Europa ons systeem verrommelt, en komt er geen ander systeem voor terug.⁸⁵ Het ideaal van een steeds coherenter systeem, waarin juristen impliciet worden opgevoed, verdwijnt uit het zicht. Nu moet daar onmiddellijk aan worden toegevoegd dat het recht ook vroeger nooit geheel stabiel was: door import van buitenlandse begrippen zoals *Schutznorm*, *obligations de resultat*, *Adäquanztheorie* werd ons recht gewijzigd, en anders gebeurde dit wel door binnenlandse doctrinaire innovaties.⁸⁶ Een verschil is nochtans dat zulke wijzigingen welbewust door nationale juristen geaccepteerd werden omdat zij als een verbetering van ons systeem werden beschouwd, terwijl daarentegen de Europese inbreuken over ons heen komen zonder dat er een systematisch of inhoudelijk belang mee gemoeid is. Het effectiviteitsbeginsel is symptomatisch voor het gegeven dat het soevereine ideaal van een gesloten rechtssysteem voorbij is, voorzover dat ooit werkelijkheid is geweest.

Dat neemt niet weg dat coherentie – naast andere doelen, zoals rechtvaardigheid – onvermijdelijk blijft als richtinggevend ideaal.⁸⁷ De nationale rechter, en bij uitbreiding alle nationale juristen, zijn hier verantwoordelijk voor. Voor de nationale rechter brengt dit met zich een tweeslachtige houding ten opzichte van het recht.⁸⁸ Enerzijds dient de rechter zich in te spannen om het nationale recht, inclusief de daarin aanwezige brokstukken van Europese oorsprong, zo coherent mogelijk uit te leggen. Anderzijds moet hij voor de Europese delen nagaan of deze misschien een van het nationale recht afwijkende behandeling behoeven uit oogpunt van effectiviteit, en moet hij bij onzekerheid een prejudiciële vraag stellen. Dat is in feite wat er ook gebeurd is in alle zaken waarin het effectiviteitsbeginsel aan de orde was. Dit hindert de systematisering van het nationale recht.

Toch is dit niet onmogelijk. De taak van uitleg van systeemvreemde termen en regels in nationaal recht heeft een analogon in literaire vertaling:⁸⁹ hoe vertaalt men een term uit een andere taal, met zijn eigen connotaties, terwijl de uitdrukking tegelijk

⁸² Wel kan het HvJ rekening houden met beginselen die aan het nationale stelsel ten grondslag liggen, of met beginselen die het Europese recht zelf erkent, zie bijv. HvJ 6 oktober 2009, C-40/08, NJ 2010, 11 (Asturcom), par. 36 en 39 met verwijzingen. Nader Hartkamp, inleidende artikel in dit WPNR-nummer.

⁸³ Evenzo bijv. W. Snijders, NJB 2007, p. 10-16, op p. 13.

⁸⁴ Behalve voorzover dit uitwerkt in beginselen die ook Europees zijn erkend, waarover Hartkamp, inleidend artikel in dit WPNR-nummer.

⁸⁵ Vgl. W. Snijders 2007, p. 13 met verwijzingen, ook Valk, NTBR 2007/5 en 21.

⁸⁶ Loos, NTBR 2007/20.

⁸⁷ Bijv. Dworkin 1986. Sieburgh 2011, p. 225-242 beklemtoont het belang van legimiteit van het Europees recht.

⁸⁸ Ook Sieburgh 2011, p. 226-234.

⁸⁹ Het probleem speelt bij iedere vertaling, doch klemmt bij literatuur (en misschien het sterkst in de poëzie) waar de bijbetekenissen en associaties een grotere rol spelen dan in technische of utilitaire teksten. Zie bijv. de discussie bij D. Hofstadter, *Gödel, Escher, Bach: een eeuwige gouden band*, Contact: Amsterdam 1985, p. 429-442.

in een nieuwe taal moet terechtkomen met geheel andere allusies, verwantschappen en dergelijke? De ‘auteur’ heeft geen definitieve invloed op het eindresultaat. Hij kan alleen aangeven wat hij bedoeld heeft; het is aan de vertaler om te bepalen wat de beste keuze is naar de nationale taal.

De prejudiciële procedure is vergelijkbaar met de consultatie van de vertaler met de auteur bij twijfelgevallen. De representant van de ‘auteur’, het HvJ, kan dan nog steeds niet bepalen hoe het uiteindelijke resultaat is, doch geeft alleen aanwijzingen. De analogie met literaire vertaling gaat overigens in zoverre mank dat de invloed van het HvJ op het nationale recht groter is dan dat van een willekeurige vertaling op het Nederlands, echter er zijn ook vertalingen (denk aan de Statenbijbel) die wel degelijk het Nederlands sterk hebben beïnvloed. Europese rechtsbegrippen figureren in het Nederlands recht zoals leenwoorden in het Nederlands; zij lijken eerst vreemde elementen doch raken gaandeweg ingeburgerd. Dit leidt uiteindelijk tot een nieuwe ‘taal’ of rechtscultuur.⁹⁰

Juridisch betekent dit dat wij serieus moeten nemen dat de nationale rechter tevens Europese rechter is, dat wil zeggen de toepassing van het Europees recht bewaakt. Die toepassing impliceert tevens dat hij mede-verantwoordelijk is voor de effectiviteit van Europese ‘rechten’. Om hier uitvoering aan te geven zal hij het effectiviteitsbeginsel in zijn eigen rechtspraak moeten hanteren; hij moet anticiperen op de wijze waarop het HvJ wenst dat Europese regels effectief worden. Dit is gelijk aan de wijze waarop de rechter bij het nationale recht beginselen hanteert ingeval van conflicten (zie par. 2). Om hiertoe in staat te zijn moet hij een gevoel voor het beginsel ontwikkelen, de concrete invulling van dat beginsel kennen, wat vereist dat de toepasselijke rechtspraak bekend is bij de rechter. Zo leren wij immers hoe redelijkheid en billijkheid, ongerechtvaardigde verrijking, onvoorziene omstandigheden e.d. worden ingevuld: door kennis van casuïstiek.

Een aarzeling heb ik wel: de rechter dreigt met deze extra taak overladen te worden: hij moet al zoveel bijhouden. De rechtspraak van het HvJ is bovendien niet erg duidelijk. Om steun te geven zou de doctrine sterker dan tot nog toe gebeurt lijnen moeten aangeven in die rechtspraak.⁹¹ In par. 5 heb ik getracht hiertoe enige beknopte aanzetten te geven. Met name de nieuwe eis voor consumentenbescherming vergt een inhoudelijke herijking. Voor een uitgebreidere analyse ontbreekt hier de ruimte.

⁹⁰ Dat de ontwikkeling langs deze wegen meer evolutionair en minder doelbewust geleid zal gaan, wordt vaker betoogd, bv. M. Amstutz, ‘In-Between Worlds: Marleasing and the Emergence of Interlegality in Legal Reasoning’, *ELJ* 2005, p. 766-784, ook Collins 2008, Dougan 2004, p. 187-189, M. Loos, Spontane harmonisatie in het contracten- en consumentenrecht, rede UvA 2007.

⁹¹ Vgl. König 2011, p. 248-250.