

Voorwoord en verantwoording

Hoe het *geldende recht* te kennen?

‘Geldend recht *en* het privaatrecht’: moet dat niet zijn: geldend privaatrecht? Antwoord: ja, dat zou het moeten zijn. Momenteel valt het geldende recht echter niet per se samen met geldend privaatrecht. De focus in de rechtspraak, in de rechtswetenschap, maar vooral in het onderwijs zou op deze vraag gericht moeten zijn.

Deze monografie is geschreven vanuit verbazing. Het is namelijk verbazingwekkend dat ‘het Europese recht’ zo aanwezig is als ‘extern recht’, dat het zo wordt benaderd als recht dat ‘van buiten komt’. Niets is namelijk minder waar. Het Europese recht komt niet ‘van buiten’. Het is geldend recht en als zodanig onderdeel van elk nationaal rechtsstelsel van iedere EU-lidstaat. In het heersende spraakgebruik en in de heersende benadering gaat het echter om ‘Unierecht’ en om ‘Europees recht’, als bestaat er een tegenstelling tot ‘nationaal recht’.

Een verantwoording is nu dadelijk op zijn plaats. De benadering in deze monografie gaat namelijk niet uit van die heersende visie op en gebruikelijke beoefening van ‘het Europese recht’. Daarmee wordt voorbijgegaan aan de bestaande denk- en werkwijze, die gepraktiseerd wordt in de verschillende rechtsgebieden. Daarin is telkens¹ en overal het uitgangspunt dat het Europese recht als ‘hoger recht’ en als *corpus alienum* moet worden ingepast in het nationale rechtsstelsel. Ook wordt in de heersende visie de *status quo* die is ontstaan vanuit de herkomst, structuur en hiërarchie van dat Europese recht tot uitgangspunt genomen. Vervolgens wordt daaruit de al of niet toepasselijkheid van Europese en/of nationaalrechtelijke regels afgeleid, ‘van boven naar beneden’, van hiërarchisch hoger Europees recht naar het lagere nationale recht.

De aandacht in het navolgende onderzoek is echter gericht op de omgekeerde vraag: wat is het geldende recht, los van enige herkomst, wat houdt het in en vooral: hoe is het te vinden? Die omgekeerde vraag ziet op de casus die op enig dagelijks moment moet worden opgelost, op enig advies dat moet worden geschreven of op enig vonnis of arrest dat moet worden gewezen. De vraag is dan gericht op het moeten toepassen van *geldend recht*; die vraag loopt ‘van beneden naar boven’.

De heersende benadering, die redeneert vanuit het ‘hogere Europese recht’ naar beneden, naar het nationale recht, kan die vraag wat in enig concreet geval geldend recht is, veelal niet beantwoorden. De praktiserende jurist – rechter, advocaat, bedrijfsjurist, wetenschapper – krijgt geen antwoord op de vraag waar het geldende recht te vinden is. De benadering ‘van boven naar beneden’ moet – kennelijk gedwongen door de complexiteit van het recht van Europese origine – volstaan met

1. De enkele auteurs die al langer betogen dat ‘het Europese recht’ in wezen reeds onderdeel is van ‘het nationale recht’ komen in hfdst. 2 t/m 4 ter sprake.

omschrijvingen en aanduidingen die of heel algemeen zijn, of alle mogelijkheden (moeten) openhouden, of als ‘zoekende’ aangeduid moeten worden. Een antwoord op de vraag wat het geldende recht is, biedt zij niet. Hierna volgen enkele willekeurig gekozen zinnen uit de desbetreffende literatuur.²

Zeer algemeen is bijvoorbeeld:

‘Dit een en ander impliceert dat de contouren van het Europese recht niet scherp zijn en dat over de concrete doorwerking daarvan in het privaatrecht veel onduidelijkheid en onzekerheid bestaat’; ‘Er kunnen in concreto verschillen bestaan tussen de mogelijkheid en de omvang van de rechtmatigheidstoetsing’.

‘Zoekende’, dan wel andere mogelijkheden openhoudend:

‘Als het arrest toch zo moet worden uitgelegd (...)’

Zeer duidelijk ‘van boven naar beneden’ redenerend, maar slechts algemeen beschrijvend:

‘Voor privaatrechtelijke casus speelt binnen dit kader de vraag welke inhoudelijke consequenties de keuzes van het Europese Hof en de nationale rechter hebben voor partijen (...)’

Deels zelfs verwarrend c.q. ‘lastig te denken’:

‘Vanuit privaatrechtelijk perspectief redeneert het hoogste rechtscollege daarentegen in de eerste plaats als nationale civiele rechter en past het Unierechtelijke verplichtingen in binnen de door het nationale privaatrecht bepaalde kaders.’

In dit laatste citaat is enerzijds de doorwerking ‘van boven naar beneden’ aanwezig, dus het Unierecht als het hiërarchisch en normatief hogere kader, anderzijds zou een primaat van ‘door nationaal privaatrecht bepaalde kaders’ gelden. Dat laatste is, zoals in dit boek aan de orde zal komen, in ieder geval onjuist. Het Unierecht overstijgt, als het erop aankomt, de nationale kaders. Die kaders bestaan dan niet. Het toepasselijke recht bestaat in recht van nationale én van Europese origine, naast elkaar, als geldend recht, waarbij het recht van Europese origine normatief het hogere is.

De jurist die voor een dagelijkse casus dat geldende, toepasselijke recht moet vinden, zal daarin niet slagen met en door de thans beschikbare literatuur. Dat is een schrijnende constatering. Enerzijds namelijk zijn de beschrijvende exercities zowel onontkoombaar algemeen beschrijvend, omdat de veelheid aan mogelijkheden die het Europese recht in zich bergt, zich moeilijk anders laat ‘vangen’ dan in algemene

2. De bronvermelding wordt achterwege gelaten, omdat de algemene aanduidingen exemplarisch zijn voor het schrijven over dit onderwerp ‘van boven naar beneden’ (en derhalve als onontkoombaar in vrijwel alle teksten voorkomen).

bewoordingen en overkoepelende concepten. Zij zijn voorts noodzakelijk algemeen beschrijvend, juist omdat er geconceptualiseerd en geabstraheerd moet worden om de nieuwe werkelijkheid te kunnen duiden en inkaderen. Anderzijds echter is het momenteel de enige beschikbare literatuur waaruit de jurist het geldende recht moet kennen; het biedt die jurist echter geen antwoord op concrete vragen omtrent het toepasselijke recht.³

De jurist die antwoord wil of beter, moet hebben op de vraag ‘Wat is in dit concrete geval het geldende, toepasselijke recht, ongeacht of dit van nationale of van Europese origine is?’, heeft daarmee een probleem. Het nationale recht heeft enkel gelding wanneer het binnen de normen van het Europese recht blijft. Dat zal niemand verbazen, maar als juristen dienen wij ons dan in de eerste plaats af te vragen *welk* recht nu écht het geldende is. Die vraag staat centraal in dit boek. De realisatie dat die vraag *vooraf*gesteld moet worden, gaat ‘met zevenmijlslaarzen’ door bestaande werkwijzen en indelingen in rechtsgebieden heen en laat zich niets gelegen liggen aan de bestaande benadering van ‘het Europese recht’ (vandaar deze voorafgaande verantwoording). In de tweede plaats doemt de vraag op: hoe moet dat geldende recht in al zijn – in heersende termen – ‘doorwerking’ gekend worden? Met name in dat laatste blijkt een groot probleem te liggen.

Noch een gedegen studie en kennis van het Europese recht, noch een veel verder en diepergaande studie van het Europese recht, noch een zéér veel verder en diepergaande studie van de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) bieden enig soelaas. Integendeel zelfs: hoe verder- en diepergaander de studie, hoe groter het aantal vragen en onzekerheden dat tevoorschijn komt. Anders gezegd, de onvindbaarheid van het geldende recht neemt juist toe wanneer er intensiever naar wordt gezocht in het recht uit ‘Europese bron’. Het klassieke beeld van ‘een antwoord kunnen vinden door studie’ is hiermee veranderd in een soort tegendeel: hoe meer men zoekt, hoe meer onduidelijkheden, onzekerheid en raadsels blijken te bestaan. De vraag naar ‘hoe werkt het recht’ lijkt aldus te moeten uitmonden in een werkelijkheid van ‘onwerkbaar recht’.

Op dit kenprobleem aangaande het geldende recht is dit boek gericht. Onderzocht wordt, aan de hand van een aantal illustratieve uitspraken uit recente jaren tot aan heden, met welk *geldend recht* de lidstaatjurist te maken heeft en met welke vragen hij wordt geconfronteerd. Die (vijftien) kenvragen vormen de kern van dit boek. Steeds, bij elk van die vijftien kenvragen wordt de vraag gesteld: hoe zou dat geldende recht gekend kunnen worden?

De boodschap aan de juridische, privaatrechtelijke wereld is aldus: *Wake up! Het Europese recht is onderdeel van het geldende recht en dient als zodanig – en dus niet als afzonderlijke toevoeging onder de vlag van ‘IPR, Europees recht of doorwerking’ – bestudeerd, gekend én toegepast te worden. Het gaat om geldend privaatrecht!*

Deze gedachte wordt nog weinig aangetroffen in de juridische literatuur. Meldingen van de noodzaak om ook een ‘bottom-up’-benadering onder ogen te zien, vindt

3. Een positieve uitzondering op dit gegeven is de Transponeringstabel in de memorie van toelichting bij de Implementatiewetgeving inzake de Richtlijnen 2008/48/EG en 2013/36/EU en Verordening (EU) 1093/2010 (PbEU 2014, L 60/34), *Kamerstukken II* 2015/16, 34292, 3, p. 15-33, waarin is aangegeven waar in de implementatiewetgeving de bepalingen van de richtlijn onderdeel zijn van die implementatiewetgeving. Vgl. hierover A.A. van Velten, ‘Privaatrecht Aktueel’, *WPNR* 2016, afl. 7092, p. 73-74.

men aan het begin van de eenentwintigste eeuw bij Van Gerven, Smits en Hesselink.⁴ Van Gerven bijvoorbeeld spreekt van

‘(...) an urgent need to combine the “top-down” approach inherent in codification, with the “bottom-up” approach inherent in Source and Casebooks in which materials from all legal systems involved in the codification enterprise are collected.’⁵

Bij deze zin sluit de benadering die in het navolgende wordt voorgestaan naadloos aan. De zin werd echter geschreven in een periode waarin ‘vurig’ en allerwegen werd nagedacht over een Europese codificatie. Bezien in die context pleit ook Van Gerven in het betreffende artikel voor ‘A Common Law for Europe’. Die codificatie zou moeten worden opgesteld als een ‘verdrag’ tussen de lidstaten en vervolgens, na ondertekening en ratificatie, moeten worden ingevoerd en toegepast. Op dat moment zou de codificatie echter ‘botsen’ met het traditionele geldende recht van de (ratificerende) lidstaten en dient de ‘urgent need’ zich aan:

‘In order to maintain uniformity, the Treaty should provide in a preliminary ruling procedure with an existing or a newly established Community court. To avoid the codification work to be carried out, and once in force to prevent it from operating, in the abstract, there is an urgent need to combine the “top-down” approach inherent in codification, with the “bottom-up” approach inherent in Source and Casebooks in which materials from all legal systems involved in the codification enterprise are collected.’⁶

De realiteit van 2016 is een andere. Gedachten aan een Europees wetboek of een *ius commune* leken samen te hangen met economische voorspoed. Zij lijken in tijden van economische tegenwind (sinds 2008) en bijbehorende, verhoogde aandacht voor ‘het eigen territorium’ iets minder te (kunnen) worden geuit. De tweedeling of, zoals ook Van Gerven het noemt, de dichotomie⁷ tussen enerzijds het Europese recht en anderzijds het nationale recht van de lidstaten, bestaat echter onverminderd voort. De wereld van nu ziet zich dan ook voor een probleem van twee geldende

-
4. Zie W. van Gerven, ‘A Common Law for Europe: the Future meeting the Past?’, *ERPL* 2001, p. 485-503; J.M. Smits, *Constitutionalisering van het vermogensrecht, Preadvieszen uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, Deventer: Kluwer 2003, p. 1-164. De titel van het boek van Martijn W. Hesselink, *The New European Private Law*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International 2002, doet vermoeden dat ook hier wordt uitgegaan van een ‘bottom-up’-benadering, maar het bevat toch vooral een benadering vanuit concepten en structuren (die ‘van boven naar beneden’ werken). Vgl. ook M.B.M. Loos, *Spontane harmonisatie in het contracten- en consumentenrecht* (rede UvA), 3 februari 2006, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, die op p. 59 concludeert dat de ‘(...) vraag of aanpassing aan het Europese recht in de gegeven omstandigheden gewenst is, (...) per afzonderlijk geval (dient) te worden beantwoord.’
 5. W. van Gerven, ‘A Common Law for Europe: the Future meeting the Past?’, *ERPL* 2001, p. 486.
 6. Van Gerven, t.a.p.
 7. A.w., p. 490-491.

rechtsstelsels geplaatst, zoals, recenter, verwoord door Van Gerven en Lierman⁸ of, voor het bestuursrecht, door Van der Burg en Voermans.⁹

In deze monografie wordt aandacht gevraagd voor het *kenprobleem* dat juist door die ‘dichotomie’, die als achterhaald kan worden beschouwd,¹⁰ wordt veroorzaakt. Tot slot van deze verantwoording vier opmerkingen. Allereerst: bij het schrijven van de monografie is gebruikgemaakt van veel literatuur over ‘het Europese recht’ en over ‘de doorwerking’ daarvan. Die literatuur is buitengewoon overvloedig. Bij het onderzoek is zo goed en precies mogelijk getracht de ‘geluiden in de literatuur’ op te sporen en te vermelden. Het is echter onvermijdelijk dat wat als ‘geluid’ bij één auteur is aangehaald, ook bij een andere auteur kan worden gevonden. De keuzes van vermelding zijn echter uitdrukkelijk gemaakt zonder voorkeur of aanzien des persoons. Het doel van de monografie, het kenprobleem met betrekking tot geldend recht in beeld brengen, stond steeds voorop.

In de tweede plaats: sociaal-wetenschappelijk onderzoek zou nader licht op de materie kunnen werpen, bijvoorbeeld door vragen te stellen én met empirisch onderzoek te staven als: Bestaan er redenen van (sociaal-)economische of politieke aard om ‘het Europese recht’ vooralsnog, of op enig moment, buiten beeld te laten of juist in beeld te brengen? Op dat sociaal-wetenschappelijke onderzoek is deze monografie echter niet gericht; de in dit boek te maken analyse is van normatieve aard: het geldende recht, dat de geldende normen bevat om casus te beoordelen en op te lossen, dient én behoort gevonden te worden én behoort gevonden te *kunnen* worden.

In de derde plaats: de analyse is ‘politiek neutraal’: het uitgangspunt voor een lidstaatjurist is, dat hij te maken heeft met zowel recht van nationale als van Europese origine. Hij dient dat recht te kunnen vinden en te kunnen kennen, teneinde ‘recht te doen’.

Ten vierde: in dit boek wordt vooral, en wanneer mogelijk, gesproken van ‘recht van Europese origine’ of ‘recht uit Europese bron’. Dat laatste doet recht aan de feitelijke werkelijkheid, het eerste – ‘Unierecht’ of ‘Europees recht’ – niet meer, zulks in het licht van de benadering ervan als geldend recht.

Het onderzoek is afgesloten op 30 april 2016.

8. W. van Gerven & S. Lierman, *Beginselen van Belgisch privaatrecht I, Algemeen Deel, Veertig jaar later, Privaat- en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing*, Mechelen: Kluwer 2010. Zie bijv. ook P. Verbruggen & B. van Leeuwen, ‘Aansprakelijkheid voor gebrekkige medische hulpmiddelen’, *NTBR* 2015/45, par. 6: ‘In die zin raken EU-recht en het nationale vermogensrecht in steeds verdergaande mate verbonden, ook in gevallen die puur nationaal van aard zijn.’

9. F.H. van der Burg & W.J.M. Voermans, *Unierecht in de Nederlandse rechtsorde* (Mastermonografieën Staats- en bestuursrecht), Deventer: Kluwer 2015.

10. Zie hierna, hfdst. 4.

Hoofdstuk 1

Inleiding: een kenprobleem

Juristen worden opgeleid om te werken met geldend recht. Om dat geldende recht te kennen dienen zij ‘hun literatuur bij te houden’. Zie hier, in twee zinnen, de werkelijkheid en werkwijze van juristen gedurende een voorbije eeuw. Voorbij, omdat in de huidige tijd het geldende recht niet goed meer ‘gekend’ kan worden. Er bestaat een kenprobleem met betrekking tot het geldende recht van Europese origine. De voorbeelden zijn zeer talrijk. Enkele sprekende gevallen:

- De Nederlandse overheid legt een boete op aan Essent, omdat dit bedrijf niet om een tewerkstellingsvergunning voor ‘derdelanders’ had gevraagd.¹¹ De overheid meende op basis van de regelgeving en de rechtspraak tot dan toe een gefundeerde en ook juiste beslissing te nemen. Onjuist, aldus het HvJ EU. Het HvJ EU drukt zich krachtig uit, als hadden de minister, maar ook de rechtbank en de Raad van State in de reeds gevoerde procedures het geldende recht van Europese origine (artikel 56 en artikel 57 VWEU¹²) moeten kennen, omdat dat recht al lang bekend was.
- In een aanbesteding door de Duitse stad Landau dienen inschrijvers zich te verplichten een bepaald minimumloon te betalen. Het Duitse bedrijf RegioPost komt tegen deze eis op. De stad Landau alsook de Duitse en de Italiaanse regering menen dat aan het HvJ EU hierover gestelde prejudiciële vragen niet-ontvankelijk zouden moeten zijn, omdat het hoofdinging geen enkel grensoverschrijdend aspect vertoont. Onjuist, aldus het HvJ EU. De prejudiciële vraag betreft de toepasselijkheid, in dit nationale geval, van een Europese richtlijn en van het VWEU. Dan is de vraag ontvankelijk, ‘(...) ook al wordt die vraag (...) gesteld in een geding waarvan alle elementen behoren tot de interne sfeer van een enkele lidstaat.’¹³
- Met instemming van de Deense overheid (douaneautoriteiten) wordt Europese subsidie verleend aan Agroferm, een Deens bedrijf dat een grondstof voor veevoer produceert. Enkele jaren later blijkt de grondstof te moeten worden ingedeeld bij een andere categorie van de Douaneregels en wordt de verstrekte subsidie – 86,8 miljoen DKK – teruggevorderd. Agroferm beroept zich op het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Het HvJ EU is – met A-G Kokott – duidelijk over de wijze waarop het begrip ‘vertrouwensbeginsel’ moet worden begrepen wanneer het om toepasselijk Unierecht gaat: de lidstaatburger, de lidstaatondernemer en de lidstaatsjurist dienen het geldende

11. HvJ EU 11 september 2014, C-91/13, JAR 2014/262, m.nt. E.J.A. Franssen (*Essent Energie Productie BV/Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid*).

12. VWEU: Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

13. HvJ EU 17 november 2015, C-115/14 (*RegioPost GmbH & Co. KG/Stadt Landau in der Pfalz*). Het citaat komt uit r.o. 49.

recht te kennen. Dat recht betreft in deze het, van een hogere orde zijnde, geldende recht van Europese origine (het Unierecht).¹⁴

De drie voorbeelden zijn sprekend, omdat tot drie keer toe een nationale overheid c.q. lokale en nationale overheden – lees: hun juristen –, die geacht mogen c.q. moeten worden thuis te (kunnen) zijn in de werking van het Europese recht, dat recht niet juist toepassen c.q. het als geldend recht ‘missen’. De vraag laat zich stellen of er iets schort aan de kennis en het begrip van, zoals het wordt genoemd, ‘het Europese recht’.

Een onderzoek naar deze en andere gevallen op uiteenlopende rechtsgebieden levert een bevestigend antwoord op: er is iets mis met het ‘kunnen kennen’ van het recht van Europese origine. Toch is dat recht niet alleen op alle terreinen overtuigend aanwezig, het is aanwezig als geldend recht van een hogere orde, met voorrang boven ‘het nationale recht’ – voor zover dat nog als zodanig bestaat – en met een normatieve lading. Er bestaat, anders gezegd, een wezenlijk kenprobleem aangaande ‘het geldende recht’. Het maakt het geldende privaatrecht in toenemende mate tot verborgen recht.

In het navolgende wordt een aantal exemplarische ‘kenvragen’ besproken die van dit kenprobleem getuigen (hoofdstuk 5). Het zijn vragen die een lidstaatjurist zich zou moeten stellen en misschien al stelt, op ieder rechtsgebied en bij iedere casus die hij dagelijks onder ogen krijgt. De vragen bieden inzicht in de mate waarin het geldende recht uit Europese bron ‘verborgen geldend recht’ mag heten. De kenvragen lijken gevoed te worden door een drietal heersende paradoxen (hoofdstuk 3) en door de dichotomie ‘nationaal recht versus Europees recht’ (hoofdstuk 4). Het beeld dat oprijst uit het onderzoek, dat als gezegd in hoofdstuk 5 de kern van deze monografie vormt, is dat het geldende recht uit Europese bron op allerlei, nauwelijks te voorspellen, laat staan te kennen wijzen, de inhoud van het geldende privaatrecht (‘nationaal’ opgevat) bepaalt. Dit gebeurt op alle rechtsgebieden, waarbij territoriale of inhoudelijke grenzen er niet toe doen.

Het kenprobleem kan echter in de Nederlandse rechtspraak, maar ook in de rechtswetenschap en in het rechtenonderwijs onvoldoende worden onderkend, omdat het geldende recht uit Europese bron niet goed kan worden gekend.¹⁵ Met een oproep (hoofdstuk 7, na de conclusie in hoofdstuk 6) besluit het opstel, een oproep om zo spoedig mogelijk en met kracht te beginnen, zowel in de rechtspraak als in de rechtswetenschap, maar vooral in het rechtenonderwijs, met de bestudering van het échte geldende privaatrecht. Dat zal een lange en onbekende weg van studie en hernieuwde conceptualisering zijn die afgelegd moet worden, hernieuwd, omdat de continentale rechtssystemen ieder al een dergelijk proces van eeuwen achter zich hebben. Een nieuw en coherent rechtssysteem op Europees-

14. HvJ EU 20 juni 2013, C-568/11, AB 2014/270, m.nt. J.E. van den Brink en W. den Ouden (*Agroferm A/S/Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri*).

15. In het bestuursrecht lijkt dit proces van vervlechting, uitmondend in één geldend bestuursrecht, al veel verder te zijn gevorderd. Zie bijv. Tom Barkhuysen, ‘De inpassing van de prejudiciële procedure in het Nederlandse bestuursrecht’, in: T. Barkhuysen e.a., *Europees recht effectueren, Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2007, p. 325-350, of het themanummer SEW 2015/11, Europees recht en de nationale rechter, in het bijzonder de bijdragen van H.G. Lubberdink en J.E.M. Polak (nr. 186), H.G. Sevenster (nr. 192) en C.M. Wissels (nr. 187).

én lidstatenrechtelijke grondslag zal echter dringend in beeld gebracht moeten worden.
Begonnen wordt echter met een korte uiteenzetting over de aard en het belang van het kenprobleem.