

# Wisselwerking bij rechtsvinding door de burgerlijke rechter tussen normen van nationale en EG oorsprong; normenhiërarchie?

*G.R.B. van Peurse*m\*

## 1. INLEIDING<sup>1</sup>

1. In de onderscheiden normenstelsels op nationaal en Europees niveau is constitutioneel gezien een hiërarchie te bespeuren. In Nederland zijn er de Grondwet en het Statuut voor het Koninkrijk, gevolgd door — voor de rechtsvinding door de burgerlijke rechter belangrijker — wetten in formele zin. Dit beeld is al incompleet doordat internationale normen op de Nederlandse rechtssfeer inwerken. Enerzijds zijn dat internationale normen in de zin van de artt. 93 en 94 Grondwet, anderzijds is dat de communautaire rechtsorde van de EG. Het normenstelsel van het EG-Verdrag is vanuit constitutioneel oogpunt minder doorzichtig dan het nationale stelsel. Naast de verdragsbepalingen zelf noemt art. 189 EG verordeningen, richtlijnen, beschikkingen en aanbevelingen of adviezen. Daarnaast bestaat een veelheid aan andere normen met wel twintig verschillende besluitvormingsprocessen.<sup>2</sup>

Ons beperkend tot de wet op nationaal niveau en op het Europese vlak tot richtlijnen (gericht tot Lid-Statens, op zichzelf niet rechtstreeks toepasselijk en alleen verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat, in tegenstelling tot verordeningen die wel als zodanig rechtstreeks toepasselijk zijn en bovendien verbindend in al

\* Mr. G.R.B. van Peurse is als universitair docent verbonden aan de Afdeling burgerlijk recht van de Rijksuniversiteit Leiden.

1. Met dank aan mrs. M.H. Wissink en L. Reurich voor hun waardevolle opmerkingen.
2. Zie voor een overzicht van dit normenstelsel en de pogingen daar orde in te scheppen C.A.J.M. Kortmann, Het normenstelsel in het gemeenschapsrecht, SEW 4 (1996) pp. 116 e.v. en T. Koopmans, Regulations, directives, measures, in: Ole Due/Marcus Lutter/Jürgen Schwarze (eds.), Festschrift für Ulrich Everling, pp. 691-700, beide met verdere verwijzingen.

hun onderdelen) rijst de vraag hoe deze basisnormen door de rechter moeten worden toegepast en uitgelegd. Is dat op zichzelf binnen de nationale en Europese stelsels afzonderlijk al geen sinecure, bij beïnvloeding van het nationale stelsel door 'vreemde' elementen wordt dat nog complexer.

2. Indien de burgerlijke rechter bij zijn rechtsvinding normen van buiten de landsgrenzen betreft, deze 'importeert', kan dit op verticaal en horizontaal niveau gestalte krijgen. Bij horizontale import valt te denken aan externe rechtsvergelijking.<sup>3</sup> Van grote invloed is verticale import van normen (afgeleid) uit het EG Verdrag.

Bij rechtsvinding door de burgerlijke rechter is de vraag wat de wisselwerking van deze normen met de nationale normen is en wat voor consequenties dit heeft voor de eventuele normenhiërarchie waar de rechtsvinder zich aan te houden heeft. Met hiërarchie wordt daarmee niet zozeer op 'hoger' en 'lager' recht gedoeld, maar meer op het belang dat aan regels in een bepaalde rechtsvindingscontext toekomt. Anders geformuleerd luidt de vraagstelling van deze bijdrage: gegeven de verschillende (verdragsrechtelijke, wettelijke, gewonterechtelijke of ongeschreven) normen die van toepassing (kunnen) zijn op een bepaald geval voor het forum van de nationale rechter, is daar een wisselwerking en hiërarchie in te ontdekken? Of iets concreter. Op deelgebieden is het civiele recht geharmoniseerd, zoals bij productaansprakelijkheid, bescherming van computerprogrammatuur, colportage, pakketreizen, time-sharing en agentuurovereenkomsten. Is nu denkbaar dat richtlijnconforme interpretatie van de betreffende harmonisatierichtlijnen een beroep voor de Nederlandse rechter op de artt. 6:2 lid 2 of 6:248 lid 2 BW onmogelijk maakt, omdat dit afbreuk zou doen aan het doel dat met de harmonisatierichtlijnen wordt beoogd?

3. Over deze materie is bij mijn weten weinig geschreven. Ik zou het zeker tot de 'moeilijke(r) gevallen' van H. Drion en Vranken willen rekenen.<sup>4</sup> Het navolgende wil niet meer zijn dan een bescheiden

3. Het laatste stuk gereedschap uit Vrankens 'gereedschapskist van de rechter', zie Asser-Vranken, nrs. 198-216.

4. Vgl. Geschriften van H. Drion, 1982, p. 377 en Asser-Vranken, nrs. 88 e.v. In zijn kleine typologie moeilijke(r) gevallen bespreekt Vranken vijf typen; het onderhavige geval lijkt daar niet meer onder begrepen. In nr. 101 noemt hij wel als

poging tot terreinverkenning; volledigheid is niet nagestreefd en systematisch literatuur- en jurisprudentieonderzoek is niet verricht. Verwacht mag worden dat deze kwestie aan belang zal winnen naar mate de nationale rechtsorde meer invloed ondervindt van geharmoniseerd recht.

## 2. RECHTSVINDING OP NATIONAAL NIVEAU

4. Vranken beschrijft in zijn mooie Algemeen Deel het recht als een discursieve grootheid, door hem vertaald als ‘het altijd voorlopige resultaat van een proces van meningsvorming en overtuiging, zowel in abstracto als bij de beslissing in concreto.’<sup>5</sup> Voortdurend in de weer met telkens andere instrumenten uit zijn gereedschapskist is Vrankens rechtsvinder doende de bij de betreffende ‘stand van de techniek’ en tijd passende oplossing te zoeken. Zijn kist is gevuld met de volgende instrumenten: systeem, rechtsbeginselen, wetsgeschiedenis, anticipatie, rechtspraak en literatuur, interne rechtsvergelijking en externe rechtsvergelijking.<sup>6</sup> Een hiërarchie in de zin van een dwingende volg- of rangorde in de te hanteren instrumenten is er niet.<sup>7</sup> Dat maakt dat niet zonder meer duidelijk is aan welke methode(n) doorslaggevende betekenis toekomt. Al naar gelang de aard van de klus wordt specifiek gereedschap ter hand genomen om maatwerk af te leveren. Wel is er een hiërarchie van normen op grond waarvan hogere regels voor lagere gaan, jongere voor oudere en bijzondere voor algemene. De zonodig ambtshalve door de rechter toe te passen hiërarchische verhouding waarbij lagere regels niet in strijd mogen komen met hogere normen wordt algemeen aanvaard.<sup>8</sup> Bovendien is er meestal sprake van het hanteren van verschillende stukken gereed-

voorbeeld van de vijfde categorie moeilijke(r) gevallen het (zeldzame) verbod tot aanvulling van normen door de rechter bij ontbrekende normering, wanneer de betreffende materie beheerst wordt door verdragen die zo’n aanvullingsverbod behelzen. Een deel van de problematiek is wellicht te brengen onder de eerste categorie van Vranken, waarbij de toepasselijke norm in beginsel is gegeven, maar niet past in de omstandigheden van het geval.

5. Asser-Vranken, nr. 105.
6. Zie voor een overzicht van deels nog weer ander gereedschap J.J.H. Bruggink, *Op zoek naar het recht; rechtsvinding in rechtstheoretisch perspectief*, 1992, hoofdstuk 6 en G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, 1988, hoofdstuk 12.
7. Zie Asser-Vranken, nr. 217 (‘Zeker is er geen vaste rangorde’) met verdere verwijzingen.
8. Asser-Vranken, nr. 77 en de daar in noot 18 geciteerden, alsmede nr. 118.

schap tegelijk, die afwisselend en door elkaar heen worden gebruikt. Zo zal bijvoorbeeld het (rechts)beginsel of de uit de systematiek af te leiden regel dat uitzonderingen op hoofdregels restrictief geïnterpreteerd moeten worden iedere keer bij het gebruiken van het ‘rechtsverfijnende’ instrument van de redelijkheid en billijkheid van invloed (behoren te) zijn. Zekerheid en voorspelbaarheid zijn in zo’n stelsel bij moeilijke gevallen en met name bij toepassing van vage normen minder belangrijk. Bij uitstek lijkt de inwerking van de artt. 6:2 en 248 BW op de rechtsvinding in het verbintenissenrecht de weerslag van deze visie op burgerlijke rechtsvinding.<sup>9</sup> Een nationale rechtscnorm en misschien zelfs wel de rechtsvinding in het verbintenissenrecht zelf, is zo beschouwd nooit af, altijd onderhevig aan correcties en mogelijkheden tot bijstelling, waarbij de invloed van redelijkheids- en billijkheidsnormen of gewoonte in het oog springt.

5. Toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid is binnen dit systeem van rechtsvinding in het verbintenissenrecht weliswaar schering en inslag, maar kent grenzen. Vranken leidt uit de rechtspraak af dat geen ruimte bestaat voor deze beperkende werking in het gesloten stelsel van ontslaggronden, ziet weinig ruimte voor toepassing van dit leerstuk bij verkrijging en verlies van goederen en zekerheidsrechtelijke verhoudingen en een beperkte mogelijkheid in gevallen van boetebedingen en dwangsommen.<sup>10</sup> Of dit valt door te trekken naar normen van hogere dan nationale orde komt verderop ter sprake.

### 3. RECHTSVINDING OP SUPRANATIONAAL NIVEAU

#### 3.1 *Voorrang*

6. Rechtsvinding naar Gemeenschapsrecht lijkt anders te verlopen. Voorop staat daar dat de Lid-Staten bij het in het leven roepen van de Gemeenschap een communautaire rechtsorde hebben gecreëerd, die van een hogere orde is dan de nationale rechtsordes van de verschillende Lid-Staten. Rechtstreeks toepasselijke bepalingen van EG-recht hebben voorrang. Dit betekent onder meer dat de rechter aan justitiabelen toegekende communautaire rechten moet beschermen en daarmee strijdige nationale normen buiten toepassing moet laten. Zo

9. Vgl. Asser-Vranken, nr. 123.

10. Asser-Vranken, nr. 89 onder verwijzing naar rechtspraak.

bezien is voor Nederland een beroep op de artt. 93 en 94 Grondwet om deze voorrang te creëren niet nodig.<sup>11</sup> Op zichzelf spoort dit ook met de hiervoor weergegeven algemeen aanvaarde regel dat lagere regels niet in strijd mogen komen met hogere regels. Maar er is meer.

### 3.2 *Directe werking*

7. Toegespitst op de rechtsvindingsproblematiek gaat het bij dit voorrangsprincipe in de eerste plaats om rechtstreeks toepasselijke bepalingen van Gemeenschapsrecht. Dat kunnen Verdragsbepalingen zijn waaromtrent is uitgemaakt dat zij directe werking hebben. Die blijven hier verder buiten beschouwing. Ook met betrekking tot secundair Gemeenschapsrecht, waaronder verordeningen en richtlijnen, is door het Europese Hof van Justitie een stelsel van rechtstreekse werking in het leven geroepen.<sup>12</sup> Zeer kort samengevat zijn de voorwaarden voor directe werking of rechtstreekse toepasselijkheid dat het moet gaan om duidelijke en onvoorwaardelijke verplichtingen voor de Lid-Staten, waarbij aan hen of de Gemeenschapsinstellingen geen discretionaire uitvoeringsvrijheid is gelaten. Dit laatste wordt ook wel de operationaliteit ('justiciability') van de bepaling genoemd en is de belangrijkste voorwaarde. Uit de Europese rechtspraak leidt men af dat deze voorwaarden ruim en niet-formalistisch worden toegepast.<sup>13</sup>

8. Problematisch is directe werking vooral bij richtlijnen. Verordeningen werken uit hun aard rechtstreeks, maar richtlijnen zijn in de eerste plaats een instrument om een bepaald doel te bereiken, waarbij de manier waarop dat doel bereikt wordt aan de nationale wetgever wordt overgelaten. De Lid-Staten worden daarbij wel aan een implementatietermijn gebonden.<sup>14</sup> Directe werking van richtlijnen —

11. Zie over deze in de arresten *Costa/ENEL*, *Simmenthal II* (m.n. r.o. 17, 21, 23 en 24) en *Internationale Handelsgesellschaft* uitgemaakte leer *Kapteyn-VerLoren van Themaat*, *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen* na Maastricht, 1995, pp. 53 en 332 e.v. Zie ook L. van den Hende, *Overzicht van rechtspraak, Europees Gemeenschapsrecht: Rechtsbescherming 1979-1994*, TPR 1995, pp. 157 e.v., nrs. 8-16.

12. Zie voor een overzicht *Kapteyn-VerLoren van Themaat*, a.w., pp. 318-327 en L. van den Hende, a.w., nrs. 17-37.

13. Zie *Kapteyn-VerLoren van Themaat*, a.w., pp. 319 e.v. en L. van den Hende, a.w., nr. 25.

14. Terzijde blijft hier dat het materiële onderscheid tussen verordeningen en

waarvoor dit juridische instrument dus eigenlijk niet geschikt is — komt alleen in het vizier bij niet tijdige of foutieve implementatie door Lid-Staten; bij tijdige en juiste implementatie is de richtlijn ‘omgezet’ in intern recht en komt alleen richtlijnconforme interpretatie als gereedschap voor de rechtsvinder in aanmerking, waarover hierna in paragraaf 3.3.

Het Hof van Justitie baseert de leer van de (verticale) directe werking van richtlijnen op twee principes. In de eerste plaats is dat het dwingende rechtskarakter van een richtlijn (vgl. art. 189 EG) en het kan volgens het Hof niet zo zijn dat een Lid-Staat dat dwingende karakter negeert en dit instrument zo van zijn nuttig effect ontdoet. Bovendien kan een Lid-Staat volgens het Hof het niet nakomen van een implementatieplicht niet aan rechtzoekenden tegenwerpen.

Volgens vaste jurisprudentie sinds het Marshall I arrest kan het alleen gaan om directe werking van richtlijnen in de relatie overheid-burger, waarbij onder overheid overigens veel meer wordt begrepen dan in het gangbare juridische spraakgebruik. Horizontale directe werking — dus in de verhouding tussen burgers onderling — wordt niet mogelijk geacht. Een richtlijn is immers gericht tot Lid-Staten, zodat een richtlijn op zichzelf geen verplichting aan burgers kan opleggen; evenmin kan een richtlijnbevestiging zelf tegenover burgers worden ingeroepen. Ook omgekeerde verticale directe werking (Lid-Staat beroept zich tegenover burger op niet (volkomen) geïmplementeerde richtlijn) is op grond van dezelfde gedachtengang niet mogelijk.<sup>15</sup>

De onmogelijkheid van horizontale directe werking dreigt zo bezien afbreuk te doen aan het nuttig effect van een richtlijn en een gat te slaan in de rechtsbescherming voor particulieren. Als vangnet is daarvoor richtlijnconforme interpretatie bedoeld.

richtlijnen vaak ver te zoeken is. Er bestaan verordeningen met alle kenmerken van richtlijnen en andersom, zie T. Koopmans, a.w. Voorwaarde voor directe werking blijft echter steeds het vereiste van operationaliteit van de bepaling, ongeacht de juridische vorm.

15. Zie over directe werking Kapteyn-VerLoren van Themaat, a.w., pp. 322 e.v. en 329 e.v., Van den Hende, a.w., nrs. 29-37 en A. Prechal, *Directives in European Community Law; A Study on EC Directives and their Enforcement by National Courts*, 1995, Chapter 11.

### 3.3 Richtlijnconforme interpretatie

9. Voor voldoende duidelijke en onvoorwaardelijke richtlijnbepalingen, die op zichzelf door de nationale rechter toegepast zouden kunnen worden, ware het niet dat de aard van het instrument waarin zij zijn belichaamd (*sc.* richtlijn) dat niet toestaat, heeft het Hof de leer van de richtlijnconforme interpretatie ontwikkeld, die probeert het beginsel van voorrang van Gemeenschapsrecht zo veel mogelijk door te zetten. Dit heeft er nog niet toe geleid dat zulke richtlijnbepalingen tegen en tussen burgers in kunnen worden ingeroepen, zoals bij horizontale directe werking zou kunnen. In het *Marleasing* arrest is uitgemaakt dat een nationale rechter zijn nationale recht *zo veel mogelijk* uit moet leggen in het licht van het doel en de bewoordingen van een geldende richtlijn om zo te verzekeren dat het met de richtlijn beoogde doel wordt bereikt. Het gaat hierbij niet alleen om uitvoeringswetgeving die beoogt de richtlijn te implementeren, maar om het hele nationale recht, of dit nu anterieur of posterieur is aan de uitvaardiging van de richtlijn. Zo bezien reikt het belang van deze interpretatiemethode verder dan als surrogaat voor horizontale directe werking.

10. Aan deze conforme interpretatie zijn wel grenzen gesteld. *Zo mogelijk* moet richtlijnconform geïnterpreteerd worden. Daaruit wordt afgeleid dat een interpretatie *contra legem* is uitgesloten. Onduidelijk is hoe dit precies moet worden opgevat. Moet het gaan om een in een specifieke wetsbepaling geregelde kwestie, of is een algemene wetsbepaling (zoals art. 6:2 of art. 6:248 BW) aangevuld met rechtspraak een voldoende *lex* om van *contra legem* te kunnen spreken? Het Hof lijkt in eerstgenoemde zin te hebben beslist. Kan men op zichzelf weinig inbrengen tegen het met een dergelijke ‘harde interpretatie’ beoogde doel (waarborgen van het ‘effet utile’ van de richtlijn), daartegenover stelt Van den Hende terecht dat van het nationale recht uitmakende jurisprudentiële regels soms een zeer groot belang hebben en dat interpretatie tegen deze regels in evenzeer neerkomt op *contra legem* interpretatie.<sup>16</sup> In paragraaf 5.1 wordt

16. Zie de door Van den Hende, a.w., nrs. 41-43 genoemde zaken, waarvan vooral C-106/89, HvJ 13 november 1990, *Marleasing*, Jur. 1990, p. I-4135 en C-177/88, HvJ 8 november 1990, Dekker, Jur. 1990, p. I-3941 en de naar aanleiding daarvan gevoerde discussie. Van den Hende verwijst naar een verzuchting van een Duitse nationale rechter die omtrent deze harde lijn overweegt dat op deze manier elke systematische en historische interpretatie plaats moet maken voor

bezien wat dit voor mogelijke consequenties heeft voor de beschreven wisselwerking. Daar zal ook het tegengeluid van het Hof aan de orde komen, op grond waarvan bij de beoordeling van nationale regels rekening moet worden gehouden met de daaraan door nationale rechters gegeven interpretatie.

Het gaat bij richtlijnconforme interpretatie verder nog steeds om richtlijnen die tot Lid-Staten zijn gericht, zodat de nadere beperking geldt dat deze uitleg er niet toe mag leiden dat aan burgers verplichtingen worden opgelegd. Dit werd hiervoor al gezien. In zoverre geldt dus eenzelfde bezwaar als bij (niet) erkenning van horizontale directe werking van richtlijnbevestigingen en in het Marleasing arrest verwijst het Hof dan ook met zoveel woorden naar het Marshall I arrest in dit opzicht.<sup>17</sup>

Richtlijnconforme interpretatie wordt ook beperkt door algemene rechtsbeginselen die als zodanig deel uitmaken van de communautaire rechtsorde.<sup>18</sup> Overigens werpt Prechal de mogelijkheid op dat hiermee nationale rechtsbeginselen bedoeld zouden kunnen zijn.<sup>19</sup> In dit verband is niet alleen het geschreven subsidiariteitsbeginsel (art. 3B EG) van belang, maar ook ongeschreven administratiefrechtelijke beginselen van behoorlijk bestuur die doorwerken op Gemeenschapsniveau. Vooral het evenredigheids- of proportionaliteitsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, de onmogelijkheid van terugwerkende kracht en het strafrechtelijke *nulla poena* beginsel zijn voor ons onderwerp belangrijke issues. Het communautaire rechtszekerheidsbeginsel kan bijvoorbeeld behelzen dat een nog niet in nationaal recht omgezette richtlijn zich verzet tegen richtlijnconforme interpretatie door de nationale rechter. Met name bij dan optredende terugwerkende kracht speelt dit, zo volgt uit het Kolpinghuis arrest.<sup>20</sup> Rechtsbeginselen van nationale oorsprong, met name

een uitleg die alleen rekening houdt met de wetstekst en de richtlijn; zie aldaar voor verdere verwijzingen. Zie verder Van den Hende, a.w., nr. 53. Prechal, a.w., pp. 227-228 plaatst de *contra legem* problematiek in de sleutel van de rechtszekerheid. Zij acht richtlijnconforme interpretatie *contra legem* in uitzonderlijke gevallen niet onmogelijk, maar zij werkt dit niet uit.

17. Kapteyn-VerLoren van Themaat, a.w., p. 331 signaleert een luider wordende roep om horizontale werking van richtlijnen te aanvaarden. Zo ook Van den Ende, a.w., nrs. 54-65.

18. Zie A. Prechal, a.w., pp. 203 en 222 met vindplaatsen.

19. A.w., p. 223.

20. Zaak 80/86, HvJ 8 oktober 1987, Jur. 1987, p. 3969. Zie ook zaak 14/86, HvJ



het vertrouwensbeginsel en de billijkheid kunnen ook invloed hebben op communautair niveau. Dat komt in paragraaf 3.4. aan de orde. Analyse van de betekenis van rechtsbeginselen als grens aan richtlijnconforme interpretatie staat nog in de kinderschoenen; ook Prechal beperkt zich naar eigen zeggen tot 'some general remarks'. Dit is evenmin de plaats om daar uitvoerig op in te gaan.

Verder is heersende leer dat geen verplichting tot richtlijnconforme interpretatie bestaat voordat de implementatietermijn van de richtlijn is verstreken, althans voor zover het nationale regels betreft van voor de datum van de richtlijn die niet als uitvoeringsrecht van de richtlijn worden beschouwd; voor 'harde' interpretatie in de hierboven bedoelde zin lijkt ook dan geen plaats. Los daarvan staat de vraag naar richtlijnconforme interpretatie bij toepassing op casus van voor de richtlijn of de implementatietermijn, hetgeen afhankelijk is van de voorziene werking in de tijd van de richtlijn zelf. Op deze temporele aspecten kan in dit bestek niet nader worden ingegaan.<sup>21</sup>

11. Biedt richtlijnconforme interpretatie in voorkomend geval geen soelaas aan particulieren, dan bestaat voor hen sinds het Francovich arrest uit 1991 de mogelijkheid om de staat die in gebreke is gebleven bij de implementatie van de betreffende richtlijn aansprakelijk te stellen uit onrechtmatige daad.<sup>22</sup>

### *3.4 Een zijspoor: Nationaal vertrouwensbeginsel en billijkheid versus communautair recht bij heffingen*

12. Bij rechtsvinding door de nationale rechter op het gebied van geharmoniseerd privaatrecht is richtlijnconforme interpretatie een complicerende factor. In een heel andere context doet zich een andere vorm van wisselwerking voor tussen nationaal recht en Gemeenschapsrecht. Hier wordt kort bij stilgestaan, omdat het wellicht argumenten kan opleveren voor de in deze bijdrage onderzochte problematiek.

11 juni 1987, Pretore di Saló, Jur. 1987, p. 2545.

21. Zie over richtlijnconforme interpretatie nader Kapteyn-VerLoren van Themaat, a.w., pp. 325-327, Van den Hende, a.w., nrs. 38-53 en Prechal, a.w., Chapter 10. Zie specifiek over de temporele aspecten nog Prechal, a.w., pp. 21-26 en 206-209.
22. Zie hierover M.H. Wissink, De Nederlandse rechter en overheidsaansprakelijkheid krachtens Francovich en Brasserie du Pêcheur, SEW 3 (1997), pp. 78-90.

13. Ook nationale rechtsbeginselen kunnen in bepaalde gevallen in stelling worden gebracht tegen Gemeenschapsrecht. Het vertrouwensbeginsel kan spelen bij op EG-recht gebaseerde terugvorderingen van teveel toegekende subsidies. Terugvordering van in strijd met het Europese recht gedane nationale of communautaire steun gebeurt in opdracht van de Commissie door de Lid-Staten en naar nationaal recht. Naar Nederlands recht kan tegen dergelijke vorderingen het bestuursrechtelijke vertrouwensbeginsel worden tegengeworpen. Principieel wordt zo'n tegenwerping niet in strijd met het Gemeenschapsrecht geacht. Positieve discriminatie van het Gemeenschapsrecht tegenover nationaal recht is op dit gebied niet toegestaan.<sup>23</sup> Uiteraard dient goed te worden gezien dat de vergelijking met geharmoniseerd privaatrecht volledig mank gaat, alleen al omdat de heffingen-rechtspraak speelt op het vlak van gemeenschappelijk beleid of staatssteun, de terugvordering via de nationale overheid verloopt en zich geen probleem voordoet van niet tegen particulieren in te roepen richtlijnen. Ik zou die vergelijking dan ook niet willen maken. Het gaat mij er in dit stadium om dat het beginsel van voorrang van Gemeenschapsrecht zich niet op alle terreinen doet gelden en dat meer belang kan toekomen aan beginselen van nationaal recht dan aan belangen ontleend aan communautair recht.

Een op nationale billijkheidsgronden gedaan verzoek om fiscale kwijtschelding van een heffing wegens overschrijding van melkquota is afgewezen.<sup>24</sup>

#### 4. TUSSENBALANS

14. De voor ons onderwerp belangrijkste regel van hiërarchie naar nationaal recht is dat lagere normen geen afbreuk mogen doen aan hogere normen. Overigens lijkt de rechtsvinding op nationaal gebied vrij binnen de 'grenzen' van de gereedschapskist van Vranken. Het relatieve belang van de te hanteren rechtsvindingsmethoden verschilt naar gelang de omstandigheden van het geval. Rechtsvinding levert zo gezien altijd een voorlopig resultaat op. De invloed van billijk-

23. Zaak 265/78, HvJ 5 maart 1980, Ferwerda, Jur. 1980, p. 617, waarover L. van den Hende, a.w., nr. 124; vgl. verder over heffingen en staatssteun a.w., nrs. 122-128.

24. Zaak C-209/91, HvJ 27 mei 1993, Johannes Peter, Jur. 1993, p. I-2981, waarover L. van den Ende, a.w., nr. 133.

heidsnormen op dat resultaat is in het verbintenissenrecht zeer groot, zij het dat op sommige terreinen volgens de Hoge Raad geen ruimte is voor dit correctief. 'Nationale' rechtsvinding is een on-af proces.

Volgens het EG-recht is de communautaire rechtsorde van hogere orde dan de nationale rechtsordes van de Lid-Staten en geniet EG-recht voorrang boven nationaal recht. De communautaire rechtsorde maakt als zodanig tevens deel uit van de nationale rechtsordes. Rechtsvinding op het vlak van geharmoniseerd privaatrecht is onder meer gecompliceerd omdat horizontale directe werking van richtlijnen naar Gemeenschapsrecht niet wordt erkend. Deze rechtsvinding lijkt ook meer gebonden dan rechtsvinding op puur nationaal vlak. Ingevolge het voorrangsprincipe kent deze rechtsvinding als Leitmotiv richtlijnconforme interpretatie. Aan die interpretatie zijn grenzen gesteld. De reikwijdte daarvan is niet volledig duidelijk. De invloed van het verbod van *contra legem* interpretatie en de begrenzing van conforme interpretatie in de communautairrechtelijke rechtsbeginselen zal in paragraaf 5 nader worden geanalyseerd. Gezien werd overigens dat op een heel ander vlak het beginsel van voorrang van Gemeenschapsrecht niet scherp doorzet, maar dat maakt de interimconclusie niet anders: rechtsvinding op dit terrein maakt in vergelijking met zuiver nationale civielrechtelijke rechtsvinding een wat stilliger indruk vanwege het primaat van het voorrangsprincipe. De Europese norm streeft naar zoveel mogelijk gelding bij geharmoniseerd recht. Dat komt minder voorlopig over dan rechtsvinding op zuivere nationale gebied, waar het verfijnende billijkheidscorrectief de boventoon voert.

## 5. WISSELWERKING NADER BESCHOUWD

15. Binnen de door de rechtspraak getrokken grenzen van richtlijnconforme interpretatie van geharmoniseerd privaatrecht kan een rechtsvinder *grosso modo* twee kanten op indien naar nationaal recht ruimte zou zijn voor toepassing van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Voor ogen staat toepassing van art. 6:2 lid 2 BW bij productaansprakelijkheid en van art. 6:248 lid 2 BW bij verplichtingen van partijen uit hoofde van een agentuurovereenkomst. Dit zijn maar voorbeelden, het gaat hier niet om casuïstiek.

### 5.1 Primaat van de voorrang

16. Een eerste benadering stelt het beginsel van voorrang van Ge-

meenschapsrecht voorop. In die opvatting is geen plaats voor nationale maatregelen die afbreuk doen aan de volle beoogde werking van het Gemeenschapsrecht. Dat geldt ook voor doorwerking van richtlijnen tussen burgers via de band van de richtlijnconforme interpretatie van nationaal recht. In die visie past geen wettelijke norm als de artt. 6:2 lid 2 of 6:248 lid 2 BW die immers een met het doel van de richtlijn tegengesteld resultaat lijkt op te leveren. De richtlijn bepaalt dat er in geval x voorzien moet worden in productaansprakelijkheid of in regime y in en bepaalde agentuurverhouding, zonder 'correctief' van redelijkheid en billijkheid, laat staan een derogerend correctief. De wettelijke derogerende norm staat intrinsiek op gespannen voet met de normen uit de richtlijn die via de richtlijnconforme interpretatie van het geharmoniseerde nationale recht streven naar zoveel mogelijk gelding. Bij de productaansprakelijkheidsrichtlijn lijkt bovendien uit het stelsel van de artt. 15, 16 en 21, mede gelet op de considerans onder 15-19, te volgen dat beoogd is uitputtend aan te geven hoe bij invoeringswetgeving van de richtlijn kan worden afgeweken. De agentuurharmonisatierichtlijn bevat nogal wat dwingend recht, hetgeen toepassing van de derogerende werking weliswaar aan zwaardere toetsing onderwerpt, maar niet onmogelijk maakt.

Iets anders is wellicht dat de nationale rechter ook in dit geval zijn gereedschapskist inspecteert en constateert dat daar het rechtsverfijnde instrument van het redelijkheids- en billijkheidscorrectief voor handen lijkt te zijn. Ook dan zal hij in deze visie dit gereedschap nu niet ter hand kunnen nemen, omdat daarmee op dezelfde wijze als via rechtstreekse toepassing van de wettelijke derogerende werking van de goede trouw afbreuk zou worden gedaan aan het nuttig effect van het Gemeenschapsrecht. Deze terughoudendheid is overigens op bepaalde terreinen van nationaal recht (gesloten stelsel van ontslaggronden, goederenrechtelijke verhoudingen, boetebedingen en dwangsommen) al een natuurlijke reflex voor hem.

Richtlijnconforme interpretatie die ruimte laat voor toepassing van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid past niet in deze visie, omdat daarmee de norm zelf uit de richtlijn juist ontkend wordt. Sterker nog: in het licht van de Marleasing en Dekker jurisprudentie wijst de zogenaamde 'harde' richtlijnconforme interpretatie in de richting van de juistheid van deze visie. Juist omdat de artt. 6:2 en 6:248 BW algemene wetsbepalingen zijn met een zeer uitgebreide

jurisprudentiepraktijk en geen specifiek op de materie van respectievelijk productaansprakelijkheid en agentuur toegesneden speciale wetten, lijkt dat stelsel niet bestand tegen richtlijnconforme interpretatie. Dat hier ook anders over geoordeeld kan worden, komt in paragraaf 5.2 aan de orde.

17. Steunargumenten voor de juistheid van deze zienswijze zijn te halen uit het algemeen in de civielrechtelijke rechtsvinding aanvaarde beginsel dat een lagere regeling (en dat is een Nederlandse wet of de toepassing daarvan door de nationale rechter vanuit de optiek van het Gemeenschapsrecht) niet in strijd mag komen met een hogere regeling.

Verder geldt dit principe ook constitutioneel buiten EG-rechtelijke verhoudingen. De artikelen 93 en 94 van de Grondwet — die als gezegd geen toepassing vinden in de EG-context — bepalen onder meer dat besluiten van volkenrechtelijke organisaties die naar inhoud een ieder kunnen verbinden, verbindende kracht hebben na bekendmaking en dat geldende wettelijke voorschriften geen toepassing vinden, indien deze toepassing onverenigbaar is met zulke ieder verbindende bepalingen.<sup>25</sup> De Gemeenschap zou onder zo'n volkenrechtelijke organisatie begrepen zijn; normen uit richtlijnen zijn weliswaar geen een ieder verbindende bepalingen maar via de besproken doorwerkingsmechanismen komt dat een eind in de buurt en de terugtrekkingstechniek van daarmee strijdige nationale normen klinkt eveneens vertrouwd.

Een verder steunargument zou gevonden kunnen worden in de toenemende tendens in de Europeesrechtelijke literatuur om horizontale directe werking van richtlijnen te erkennen. Rechtstreekse toepassing van een normenstelsel uit harmonisatierichtlijnen zonder dat daar derogerende elementen in zitten, lijkt de twijfel zo bezien te vergroten of dan aan een derogerende nationale bepaling nog werking kan toekomen.

18. Ook langs de weg van richtlijnconforme interpretatie die begrensd wordt door rechtsbeginselen kan tot dit resultaat gekomen worden.

25. Zie voor een commentaar op deze artikelen P.W.C. Akkermans/A.K. Koekkoek, *De Grondwet; een artikelsgewijs commentaar*, 1992, pp. 863-887.

Prechal<sup>26</sup> vraagt zich af of de algemene rechtsbeginselen een nationale rechter kunnen verbieden om te komen tot een interpretatie 'which is still within the limits of their respective national legal systems and which they believe to be a consistent interpretation under Community law, but which, from a Community point of view, would not be acceptable. It is submitted that the answer to this question should be affirmative. The domestic courts are here operating within the context of Community law. For this very reason Community law, and especially Article 5 of the Treaty, may not only require them to do something positive but may also stop them if they should transcend the limits of what is considered as acceptable under Community law.' Teruggekoppeld op onze problematiek is het element 'which they believe to be consistent with Community law' een extra complicerende factor, want waar zou dat geloof uit moeten blijken? Overigens begrijp ik het resultaat dan zo: een nationale rechter kan - hoewel hij meent van wel - niet de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid aansnijden op grond van Gemeenschapsbeginselen die dat zouden verhinderen.

19. In de hier besproken visie is dus op het hele gebied van het geharmoniseerde privaatrecht geen ruimte voor toepassing van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Ruimte voor uitzonderingen lijkt niet voor handen. Dat is toch een opmerkelijke consequentie voor het civielrechtelijke landschap.

Ook indien een harmonisatierichtlijn voorziet in enige vorm van onverbindendheid van maatregelen, zoals het niet voor afstand vatbare recht op een billijke vergoeding van de filmauteursrechthebbende terzake van verhuur,<sup>27</sup> zou deze visie betekenen dat een overeenkomst waarbij hiervan wel afstand wordt gedaan nietig is en niet vernietigbaar. Ook dat is een voor een doorsnee civilist onverwachte consequentie, gelet op art. 3:40 lid 2 BW.

### *5.2 Een andere visie; grenzen van de richtlijnconforme interpretatie*

20. Een tegenovergestelde benadering zoekt de grenzen van de richtlijnconforme interpretatie op. Uitgangspunt is daar niet primair het

26. A.w., p. 229.

27. Zie art. 4 van Richtlijn 92/100/EEG van de Raad van 19 november 1992 betreffende het verhuurrecht, uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom, Pb. 1992 L 346/61.

EG-rechtelijke voorrangsprincipe, maar analyse van de aangewezen interpretatiemethode. Richtlijnconforme interpretatie moet *mogelijk* zijn is een van de vereisten en mag niet resulteren in een *contra legem* uitleg.

21. Een mogelijke redenering is dan dat deze vorm van interpretatie hier niet mogelijk is, omdat daarmee een wettelijke norm als de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid wordt afgesneden. Betoogd kan immers worden dat zo'n uitleg er een *contra legem* is, nu de wet met nogal wat gewicht deze mogelijkheid schept. Bovendien doet het in stand laten van de algemene mogelijkheid van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid op zichzelf beschouwd geen afbreuk aan het nuttig effect van de harmonisatiemaatregelen; er is voorzien in productaansprakelijkheid en een agentuurregeling. Alleen in aantal concrete gevallen komt men daar niet aan toe op grond van een in het algemene nationale recht ingebakken correctief.

Problematisch is in dit verband het Dekker-arrest. Daar was in tegenstelling tot de richtlijn in de uitvoeringswet voorzien in een commune onrechtmatige daadsactie ter redressering van schade wegens het niet naleven van de betreffende richtlijn. De wederpartij van Dekker beriep zich op een rechtvaardigingsgrond voor de Nederlandse rechter ten betoge dat hij niet aansprakelijk was uit onrechtmatige daad. Het Hof besliste in de prejudiciële procedure vervolgens dat de uitvoeringswet op deze manier een element van schuld introduceerde, hetgeen in strijd was met het door de richtlijn beoogde effectieve sanctie. Deze 'harde' interpretatie lijkt in de in deze bijdrage centraal staande casus een moeilijk te omzeilen klip. De stap van het geïntroduceerde schuldbegrip in Dekker, waarbij de richtlijn-norm 'effectieve sanctie' was vertaald met 'algemene onrechtmatige daad' naar de ingevoerde specifieke wetgeving in de boeken 6 en 7 voor productaansprakelijkheid en agentuur, waarbij de niet in de richtlijn voorkomende derogerende norm van de goede trouw uit het algemene nationale vermogensrecht op de loer ligt, is er wel een, maar dat lijkt geen grote. In de literatuur klinkt twijfel door of deze vergaande consequenties wel door het Hof zijn beoogd.<sup>28</sup> Daar moet de aanhanger van de hier besproken opvatting zich dan maar bij

28. Zie Van den Hende, a.w., nr. 43 en de daar genoemden.

aansluiten. Maar ook hier doemen nadere lichtpunten op.

22. Een verdere grens voor richtlijnconforme interpretatie wordt gevormd door de algemene communautaire rechtsbeginselen. Denkend aan het subsidiariteitsbeginsel,<sup>29</sup> dat sinds ‘Maastricht’ in het Verdrag is opgenomen, lijkt een betoog dat een nationale derogerende norm uit subsidiariteitsoverwegingen moet worden doorgezet niet erg zinvol. Behalve voor de in paragraaf 3.3 behandelde Kolpinghuisgevallen, zie ik ook geen ruimte voor het communautaire rechtszekerheidsbeginsel in dit verband. Ook verder lijkt deze grens ons niet veel verder te brengen.

23. Een toon die in de rechtspraak van het Hof sinds het Colson arrest tot aan Marleasing heeft doorgeklonken is dat de nationale rechter bij het toepassen van geharmoniseerd recht en de richtlijnconforme interpretatie daarvan ten volle moet kunnen blijven gebruik maken van de hem door zijn nationale recht toegediende beoordelingsvrijheid. Prechal ziet dit in Marleasing vervangen door het element ‘zoveel mogelijk’ richtlijnconform interpreteren.<sup>30</sup> Zie ik het goed, dan kan ook hier niet iets anders uit afgeleid worden dan dat de rechter niet mag worden gedwongen tot een *contra legem* interpretatie. De problemen die daarmee samenhangen zijn al aan de orde geweest. Met name zie ik op grond van Marleasing geen ruimte voor een betoog dat het toepassing van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid moet worden gezien als een aan de nationale rechter voorbehouden interpretatietechniek, een ‘rule of construction’, die plaatsheeft in de nationale rechtssfeer en waar de communautaire rechtsorde buiten blijft.<sup>31</sup>

## 6. SLOT

24. Uit de poging tot terreinverkenning valt af te leiden dat twee visies mogelijk zijn op de wisselwerking en hiërarchie die optreedt bij

29. Volgens V.d. Pot-Donner, Handboek van het Nederlandse staatsrecht, 1995, p. 587 behelst dat de plicht om aangelegenheden slechts op een hoger bestuursniveau te behartigen, indien het onderwerp van zorg niet op doelmatige en doeltreffende wijze op het lagere niveau kan worden behartigd.

30. A.w., pp. 220 e.v.

31. Dit in navolging van de hoofdstroom van de literatuur genoemd bij A. Prechal, a.w., p. 221, noot 99.



rechtsvinding van geharmoniseerd recht door de nationale rechter. Een keuze is moeilijk te maken, al lijkt de 'voorrangsvisie' gelet op de onderzochte literatuur en rechtspraak sterke papieren te hebben. Dat zou onder meer als consequentie hebben dat de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid uit ons verbintenissenrecht niet meer kan worden toegepast op onder invloed van harmonisatielijnrichtlijnen richtlijnconform te interpreteren privaatrecht. In de tegenovergestelde visie zou zo'n gevolg moeten stuiten op de aan deze interpretatiemethode gestelde grenzen, met name het niet mogen verlangen van interpretatie *contra legem* en algemene rechtsbeginselen. Vooral over de spankracht van dat laatste aspect bestaat nog onvoldoende duidelijkheid.