

DE REDACTIE PRIVAAT

DE SCHOONHEID IN DE ONTDEKKINGSTOCHT NAAR GEWOON GELDEND RECHT

1. Stel u heeft zich toegelegd op het zoeken van antwoorden op vragen die rijzen in (rechts)verhoudingen tussen particulieren onderling. Dit doel is niet altijd gemakkelijk te bereiken. Wat te denken van nabestaanden die de as van hun overleden vader willen verdelen. Dat willen ze omdat zij van mening verschillen over wie van hen de urn met daarin de as van vader op de schoorsteenmantel mag plaatsen(1). Of van het kind dat stelt dat het niet geboren zou zijn als de verloskundige haar ouders er niet ten onrechte van zou hebben weerhouden prenatale diagnostiek te doen verrichten. Zij spreekt de verloskundige aan tot vergoeding van schade verbonden aan het leven(2). Of van de onderhuurder die zijn onderverhuurder, tevens hoofdhuurder van het verhuurde, aanspreekt voor de schade die het gevolg is van de wanprestatie die de onderverhuurder als hoofdhuurder pleegt in de overeenkomst met de hoofdverhuurder. Is de wanprestatie van de hoofdhuurder jegens de hoofdverhuurder onrechtmatig jegens de onderhuurder, omdat zij ten gevolge heeft dat laatstgenoemde het pand moet verlaten(3)? En van de man wiens vrouw in de tuin in een hangmat gaat hangen, waarna de pilaar waaraan de hangmat is bevestigd, bezwijkt en de vrouw ernstig lichamelijk letsel oploopt. Is hij als medebezitter van de opstal (het huis en de bijbehorende pilaar) kwalitatief aansprakelijk jegens zijn vrouw, die medebezitter is(4)? De zojuist opgeworpen vragen zijn uit het leven gegrepen, kunnen zich dagelijks voordoen en zijn toch, anno 2011, niet van een zeker antwoord te voorzien.

2. De antwoorden op de zojuist genoemde vragen worden vooral ontleend aan het systeem van het geldende (privaat)recht van nationale

(1) Zie W.A.M. VAN SCHENDEL, 'Principes Edelachtbare', in: W.A.M. VAN SCHENDEL (red.), Naar Ons Voorlopig Oordeel, *Ars Aequi Libri*, Nijmegen, 2011.

(2) HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 206 m.nt. J.B.M. VRANKEN (Kelly).

(3) HR 24 september 2004, *NJ* 2008, 587 m.nt. C.E. DU PERRON (Vleesmeesters/Alog). Zie ook HR 16 februari 2007, *RvdW* 2007, 203 (Tuin Beheer/Mr. X).

(4) HR 8 oktober 2010, *RvdW* 2010, 1164 (hangmat).

origine. Rechtsvergelijkende argumenten, zoals uitdrukkelijk naar voren gebracht in het *wrongful life* geval, spelen een rol door ze in te passen in dat systeem. Beide typen argumenten gaan terug op een ontwikkeling van ruim 2000 jaar. Zij kennen een grote mate van verfijning en maken deel uit van het collectieve bewustzijn. Dit brengt mee dat het uiteindelijke oordeel goed is te begrijpen en gemakkelijk wordt geaccepteerd, oftewel dat het ‘konsenzfähig’ is. Hetzelfde zal overigens gelden voor het oordeel waarbij de uiteindelijke keuze tegengesteld is, maar wel berust op dezelfde aanknopingspunten. Het is ook één van de bevindingen van rechtsvergelijkend onderzoek op het terrein van het burgerlijke recht: “... *the comparison shows how much the courts approach the questions from a very similar cultural, ethical and legal background, trying to find solutions while remaining aware that other courts may reach an opposite result starting from the same underlying principles.*” (5). Terwijl de oplossingen per tijd en/of per plaats verschillen, zullen de voor de uiteindelijke beslissing gebruikte argumenten een ervaren privatist slechts zelden verrassen.

3. Sinds enkele decennia staat vast dat vragen van privaatrechtelijke aard niet steeds beantwoord kunnen worden door te verwijzen naar het recht van nationale origine. Het Unierecht en het EVRM hebben ingrijpende gevolgen voor de inhoud van privaatrechtelijke rechtsverhoudingen. Noch het Unierecht, noch het EVRM regelen een dergelijke rechtsverhouding uitputtend. Indien een van deze bronnen van recht van toepassing is, is steeds sprake van een samenspel met het recht van nationale origine. Deze situatie is door Van Gerven en Lierman in hun in 2010 verschenen ‘Algemeen Deel. Veertig jaar later’ omschreven als een meergelaagd rechtstelsel.

4. Er bestaan uiteenlopende technieken om het Unierecht resp. het EVRM in het privaatrecht te laten doorwerken(6). Dit redactioneel zal ingaan op de doorwerking van Unierecht. De meest pertinente doorwerking van het Unierecht is de directe horizontale werking. Art. 101 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU) is gericht tot ondernemingen en bepaalt dat overeenkomsten en besluiten die onverenigbaar zijn met de interne markt van rechtswege nietig

(5) W. VAN GERVEN e.a., *Cases, Materials and Text on Tort Law*, Oxford 2000, p. 136. Vgl. W. VAN GERVEN, *A Common Framework of Reference and Teaching*, *European Journal of Legal Education* (2003), tekst bij voetnoot 45, te kennen uit http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/stakeholders/5-54b.pdf.

(6) Een overzicht geeft Asser/Hartkamp 3-I*, *Vermogensrecht algemeen. Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, 2^e druk, Kluwer, Deventer 2011.

zijn. Dit artikel is het enige verdragsartikel dat door zijn eigen formulering directe horizontale werking heeft. Daarnaast heeft het Hof van Justitie een aantal concrete bepalingen van het Unierecht directe horizontale werking toegekend. Wat betreft het VWEU geldt dat voor de vrijheid van werknemersverkeer (art. 45 VWEU), van vestiging (art. 49 VWEU) en van dienstenverkeer (art. 56 VWEU), het verbod misbruik te maken van machtspositie (art. 102 VWEU), het verbod te discrimineren naar nationaliteit (art. 18 VWEU) en het beginsel van gelijke beloning van mannen en vrouwen (art. 157 VWEU).

5. Directe horizontale werking versta ik aldus dat het Europese recht de geldigheid, inhoud of uitleg van rechtsverhoudingen tussen particulieren rechtstreeks beïnvloedt. Dat kan onder meer betekenen dat wegens strijd met een verdragsbepaling een door partijen gesloten overeenkomst nietig is of een gedraging van een burger een onrechtmatige daad jegens een andere burger oplevert. Burgers ontleen rechten en plichten aan zo'n regel. Zij kunnen zich tegenover andere burgers voor de nationale rechter op de Unierechtelijke regel beroepen.

6. Een andere techniek die de doorwerking van het Unierecht in het privaatrecht bewerkstelligt is de indirecte horizontale werking. De aanspraak van een burger jegens een andere burger wordt dan niet rechtstreeks herleid tot het Unierecht. Zij berust op een rechtsgrond waarin het recht van nationale origine voorziet. Het Europese recht kan zijn invloed daarop uitoefenen doordat het de invulling beïnvloedt van de toepasselijke norm van nationale origine (Unierecht-conforme invulling of uitleg van een regel van nationaal recht). Zo kan de schending door de overheid van de verplichting om geplande steunmaatregelen aan te melden bij de Europese Commissie (art. 108 lid 3 VWEU, dat geen directe horizontale werking heeft) bijdragen aan het oordeel dat het bedrijf dat de niet aangemelde staatssteun ontving jegens derden (bijvoorbeeld een concurrent) onzorgvuldig heeft gehandeld (art. 6:162 BW)(7). Dit mechanisme is (onafhankelijk van het EU-recht) bekend op het terrein van de doorwerking van grondrechten. De afstemming van de open norm van nationale origine en de regel van Unierecht kan uit eigen beweging plaatsvinden. Zij kan ook met klem worden voorgeschreven door het Europese recht. Dat geldt voor de plicht tot Unierecht-conforme (waaronder richtlijnconforme) interpretatie van het recht van nationale origine.

(7) Vgl. HvJ 11 juli 1996, C-39/94 (SFEI/La Poste), *Jurispr.* 1996, p. I-3547, *NJ* 1997, 365.

7. Voorts kan indirecte horizontale werking het gevolg zijn van de directe verticale werking van Unierecht. Uit het VWEU kan de verplichting voor de lidstaten worden afgeleid om de aan de vrijverkeerbepalingen en de discriminatieverboden te ontleen rechten te beschermen en tegenover hun burgers, ook in 'horizontale verhoudingen', te waarborgen. Deze constructie is bekend uit de grondrechtendogmatiek, zowel nationaal als in het kader van het EVRM. Zij houdt in dat de nationale grondwet of het EVRM aldus moet worden uitgelegd dat op de staat niet slechts de 'negatieve' verplichting rust om zich van inbreuk op de fundamentele rechten van de burgers te onthouden, maar onder omstandigheden ook de 'positieve verplichting' om door wetgeving of andere maatregelen de uitoefening van die rechten te waarborgen, en zulks niet alleen tegenover de staat maar ook tegenover medeburgers(8).

8. Tenslotte kan indirecte horizontale werking het gevolg zijn van de toetsing door de rechter van de nationale regel aan een regel van Unierecht met verticale directe werking(9). Te denken valt aan gevallen waarin in een geschil tussen particulieren onderling met succes wordt aangevoerd dat de rechter een regel van nationaal recht wegens strijd met het Europese recht buiten toepassing moet laten(10). Een andere mogelijkheid is dat een vergunning verleend is in strijd met een regel van Europees recht. Het beroep daarop door een burger in een niet-horizontale verhouding heeft tot gevolg dat een andere burger zijn gedragingen moet aanpassen (derdenwerking van verticale werking van Europees recht)(11).

9. Het doorwerkingsmechanisme van de directe horizontale werking begint tot de verbeelding te spreken als we ons bedenken dat eenieder, ook een partij bij een overeenkomst die nietig is wegens strijd met art. 101 VWEU, zich kan beroepen op schadevergoeding wegens schending van art. 101 VWEU. Dat de vraag kan rijzen of het beroep van de huurder van een hoekje in een supermarkt op het exclusieve recht om daar bloemen te verkopen jegens de verhuurder in strijd is

(8) Aldus ASSER/HARTKAMP 3-I* 2011, nr. 19.

(9) Zie ASSER/HARTKAMP 3-I* 2011, nr. 21, 144 e.v., 158.

(10) Zie bijvoorbeeld HvJ 22 november 2005, C-144/04 (Mangold/Helm), *Jurispr.* 2005, p. I-9981, *NJ* 2006, 227; HvJ 27 oktober 2009, C-115/08 (Oberösterreich/CEZ), *Jurispr.* 2009, p. I-10265, *NJ* 2010/94 m.nt. M.R. MOK, HvJ 19 januari 2010, C-555/07 (Kükükdavecici/Swedex), *NJ* 2010/256 m.nt. M.R. MOK.

(11) Zie bijvoorbeeld HvJ 7 januari 2004, C-201/02 (Wells/Secretary of State), *Jurispr.* 2004, p. I-723, waarover ASSER/HARTKAMP 3-I* 2011, nr. 158 e.v.

met art. 101 VWEU(12). Dat de vraag of een staking rechtmatig is uitgeroepen in gevallen die raken aan een vrijverkeerbepaling met directe horizontale werking moet worden beoordeeld volgens het stamien van de desbetreffende vrijverkeerbepaling(13). Een treffend voorbeeld van het doorwerkingsmechanisme van de indirecte horizontale werking is de pas sinds kort door het Hof van Justitie aanvaarde mogelijkheid van toetsing van een nationale bepaling van privaatrecht aan een algemeen beginsel van Unierecht(14).

10. Wat dat laatste betreft, oordeelde het Hof van Justitie in de Mangold-casus dat het Europese recht zich verzet tegen een nationale wet die het sluiten van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd onbeperkt toestaat wanneer de werknemer 52 jaar of ouder is. De nationale rechter moet de volle werking van het algemene Unierechtelijke beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd verzekeren door elke strijdige bepaling van nationaal recht buiten toepassing te laten(15). Hierdoor herleefde de toepasselijkheid van een andere regel van nationale origine die het sluiten voor een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in de aan de orde zijnde situatie pas vanaf de leeftijd van 58 jaar toestond. Het tussen Mangold en zijn werkgever Helm tot stand gekomen beding in de arbeidsovereenkomst was met die regel

(12) HR 17 december 2004, *NJ* 2005, 214 (Dunnewind/Schuitema).

(13) HvJ 11 december 2008, C-438/05 (International Transport Workers' Federation/Viking), *Jurispr.* 2007, p. I-10779, *NJ* 2008, 149 m.nt. M.R. Mok; HvJ 18 december 2007, C-341/05 (Laval/Svenska Byggnadsarbetareförbundet), *Jurispr.* 2007, p. I-11767, *NJ* 2008, 150 m.nt. M.R. Mok.

(14) Zie bijvoorbeeld HvJ 22 november 2005, C-144/04 (Mangold/Helm), *Jurispr.* 2005, p. I-9981, *NJ* 2006, 227; HvJ 27 oktober 2009, C-115/08 (Oberösterreich/ČEZ), *Jurispr.* 2009, p. I-10265, *NJ* 2010/94 m.nt. M.R. Mok, HvJ 19 januari 2010, C-555/07 (Kücükdeveci/Swedish), *NJ* 2010/256 m.nt. M.R. Mok.

(15) HvJ 22 november 2005, C-144/04 (Mangold/Helm), *Jurispr.* p. I-9981, *NJ* 2006, 227 m.nt. M.R. Mok.

van nationale origine in strijd en daardoor nietig. Als gevolg daarvan 'resteert' een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde termijn(16).

11. Het voorgaande betekent dat in een geschil tussen particulieren onderling (werknemer Mangold en werkgever Helm, werknemer Küçükdeveci en werkgever Swedex, kerncentrale exploitant ČEZ en het land Oberösterreich als eigenaar van percelen(17)) ook op grond van het ongeschreven primair Europees recht met succes kan worden aangevoerd dat de rechter een regel van nationaal recht wegens strijd daarmee buiten toepassing moet laten(18). Ten aanzien van het geschreven Verdragsrecht was dit al eerder beslist(19). Via de band van het terzijde stellen van een strijdige nationale wet kan de ene particulier zich aldus met succes beroepen op een recht dat hij ontleent aan het Europese recht, terwijl de andere particulier wordt geconfronteerd met een beperking van zijn mogelijkheden (dienstverband voor bepaalde termijn overeenkomen met een werknemer ouder dan 52 resp. het in acht moeten nemen van een langere ontslagtermijn) of met het verlies van een civielrechtelijke vordering (geen verbod kunnen vorderen tegen een installatie met een vergunning). Gezien de voorrang en directe werking van het Europese recht is dat niet vreemd. Wat opmerkelijk is en voor de praktijk een belangrijk feit, is

(16) Dat bij deze ingrijpende inwerking van de algemene beginselen van Unierecht geen sprake is van een vergissing of van een te vermetel gebruikte mogelijkheid door het Hof, blijkt nu het deze jurisprudentie heeft bevestigd in de arresten ČEZ (waarin op grond van het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit een nationaalrechtelijke regeling op basis waarvan tegen een onderneming die over de vereiste vergunningen beschikt om een in een andere lidstaat gelegen kerncentrale te exploiteren, een rechtsvordering kan worden ingesteld tot beëindiging van de hinder die naburige terreinen van deze installatie onderwinden of kunnen ondervinden, terwijl tegen ondernemingen met een industriële installatie die in de forumlidstaat is gelegen en daar over een vergunning beschikt, niet een dergelijke vordering kan worden ingesteld, maar slechts een vordering ter vergoeding van de door een naburig terrein geleden schade, niet mag worden toegepast) en Küçükdeveci (eveneens een nationale wettelijke regeling die in strijd is met het verbod van discriminatie op grond van leeftijd omdat de ontslagregeling die tijdvakken van arbeid die de werknemer vóór het bereiken van de leeftijd van 25 jaar heeft vervuld niet in aanmerking neemt bij de berekening van de opzegtermijn). Zie HvJ 27 oktober 2009, C-115/08 (Oberösterreich/ČEZ), *Jurispr.* 2009, p. I-10265, *NJ* 2010, 94 m.nt. M.R. Mok; HvJ 19 januari 2010, C-555/07 (Küçükdeveci/Swedex), *NJ* 2010, 256 m.nt. M.R. Mok. In het laatste arrest heeft het Hof overwogen dat de nationale rechter de nationale bepalingen die hij moet toepassen, zo veel mogelijk in overeenstemming met de eisen van het Unierecht moet uitleggen. Indien een dergelijke conforme toepassing onmogelijk is, is de nationale rechter gehouden om het gemeenschapsrecht in volle omvang toe te passen en de door dit recht aan particulieren toegekende rechten te beschermen, waarbij hij zo nodig de nationale bepalingen buiten toepassing moet laten indien de toepassing daarvan in het betrokken geval tot een met het gemeenschapsrecht strijdig resultaat zou leiden.

(17) Zie voor de casus noot 16.

(18) Zie over de door het Hof van Justitie gebruikte constructie M. DE MOL, noot bij HvJ 19 januari 2010, C-555/07 (Küçükdeveci/Swedex), *EHRC* 2010, nr. 42. Zie voorts ASSER/HARTKAMP 3-I* 2011, nr. 144 e.v.

(19) ASSER/HARTKAMP 3-I* 2011, nr. 30 en 31 e.v.

dat de algemene beginselen van Unierecht op deze wijze 'ontsloten zijn' en tot voor particulieren niet voorzienbare, vergaande rechtsgevolgen leiden(20).

12. De onder 1 en 9 vermelde voorbeelden hebben alle betrekking op geldend recht en kenmerken zich in meer of mindere mate door het feit dat niet met zekerheid is vast te stellen wat de inhoud is van dat geldende recht. Zo gewoon is geldend recht klaarblijkelijk niet.

13. In de toekomst zullen onzekerheden omtrent de precieze inhoud van het geldende recht toenemen. Aan de reeds bekende onzekerheden die inherent zijn aan open normen van nationaal privaatrecht worden onzekerheden omtrent de wisselwerking van verscheidene rechtslagen toegevoegd. Wat betreft het Unierecht hebben die onzekerheden betrekking op de vraag óf een regel van Unierecht op de gegeven situatie van toepassing is en, indien dit het geval is, welke eisen het Unierecht stelt. Beide vragen zijn niet te beantwoorden aan de hand van het gedurende eeuwen verfijnde en uitgekristalliseerde beginselen- en begrippenapparaat van het burgerlijk recht. Zij kunnen slechts worden beantwoord met in acht neming van de uitgangspunten, achtergronden en doelstellingen van het Unierecht.

14. Voor veel privatisten doet zich een onbekende situatie voor. Het privaatrecht dat door het EU-recht wordt beïnvloed, is een meergelaagd rechtssysteem waarvan de samenstellende hoofdcomponenten, privaatrecht en EU-recht, op drie punten verschillen. Het privaatrecht is van nationale origine, het EU-recht is van supranationale origine en gaat uit van een door zichzelf autonoom verklaarde rechtsorde. Daarnaast hebben zij verschillende doelstellingen. Het privaatrecht beoogt de interactie tussen individuen te faciliteren en een verstoord evenwicht in het vermogen te herstellen en het EU-recht is erop gericht de integratie van de lidstaten te bevorderen (art. 1 VEU) aan de hand van verschillende economische (bijv. de interne markt) en niet-economische (bijv. sociale, culturele, milieu en veiligheids-) doelstellingen (art. 3 VEU). Waar het privaatrecht geleidelijk en dikwijls aan de hand van tussen burgers gevolgde gewoontes de kans heeft gekregen en genomen om uit te kristalliseren, oneffenheden weg te vijlen en aan de hand van open normen door te groeien volgens een enigszins

(20) Zie ook W. DEVROE, Impact van door het Europees Hof van Justitie ontwikkelde algemene beginselen op privaatrechtelijke verhoudingen, in: HARTKAMP, SIEBURGH & KEUS (red.), De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht, Algemeen Deel I, Kluwer, Deventer 2007, p. 133 e.v.

coherent en daardoor herkenbaar patroon, is het Unierecht piepjong en biedt het een ordenend kader met vooralsnog veel open plekken en niet afgehechte draden. De algemene beginselen van Unierecht kunnen in de toekomst als open normen een vergelijkbare werking hebben als de open normen van privaatrecht, maar hebben de mate van verfijning die nodig is voor de herkenbaarheid van het patroon nog niet bereikt⁽²¹⁾. Meij omschrijft het (toenmalige) gemeenschapsrecht als een ‘onvolledig rechtsstelsel’, Tridimas typeert het Unierecht als ‘*no more than a framework*’ (22).

15. 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. De situatie valt te vergelijken met het maken van een reis zonder te kunnen beschikken over een landkaart omdat er nog geen gedetailleerde kaart is. Voor degenen die gewend zijn aan het systeem van het privaatrecht, met zijn verfijnde analytische technieken is dit niet steeds een lonkend perspectief. Zo is het Europese recht (en de invloed die het heeft op het burgerlijk recht) wel eens gekenmerkt als ‘onesthetisch recht’.

16. De schoonheid gooit vandaag de dag in het juridische debat geen hoge ogen. Recht moet efficiënt zijn en nuttig, instrumenteel aan datgene wat men ermee wil en moet, kunnen bewerkstelligen wat wordt gevraagd. Wat de rechtsgenoten van het recht vragen, moet geleverd worden. Maar wat vraagt het recht van ons?

17. Het stellen van die vraag wekt wellicht de indruk dat ik het recht zie als een doel op zich. Dat een wenselijke oplossing niet gevonden mag worden als zij niet zou passen in het systeem van het recht. Die indruk wil ik terstond wegnemen. Naar mijn mening is het recht er voor de mensen en niet andersom. Maar dat sluit niet uit dat het recht iets van ons vraagt — om in de toekomst te kunnen blijven doen waarvoor het is. Dat het zowel een middel is als een doel.

(21) De begrensdheid van de doelstelling en regelgeving van het Europese recht neemt niet weg dat die doelstelling over het gehele recht verspreid om verwezenlijking kan vragen. “De interne markt strekt zich uit over het gehele sociaal-economische leven in de lidstaten”, aldus R. BARENTS, EU-procesrecht, 4e druk, Deventer 2010, nr. 599. Zie over de mogelijkheid om aan de hand van algemene beginselen van Unierecht leemtes te vullen en een systeem uit te bouwen K. LENAERTS & J.A. GUTIÉRREZ-FONS, *The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law*, CMLR 2010, p. 1629 e.v.

(22) A.W.H. MEIJ, Europese rechtspraak in de Nederlandse rechtspleging: impressies uit Den Haag en Luxemburg, *Handelingen NJV 1999-I*, Deventer 1999, p. 151, T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, 2nd ed., Oxford 2006, p. 18.

18. In het debat over de waarde van het recht wordt dikwijls verwezen naar empirische wetenschappen en empirische technieken. Economie, sociologie en psychologie kunnen de jurist een nuttige spiegel voorhouden. Voorts worden empirische wetenschappen en hun methoden gezien als model voor een betere, tegen de verwonderde blik van de buitenwereld bestendige juridische methode. Empirie wordt door velen, ook door empirische wetenschappers zelf, gezien als het toonbeeld van exactheid. Wat ik interessant vind is dat de methode van een echt exacte wetenschap — de zuivere wiskunde — niet empirisch is. De zuivere wiskunde is niet noodzakelijk toepassingsgericht en beoogt met een conceptuele, abstracte benadering wiskundige inzichten uit te breiden en te verfijnen. Behalve wiskundige relevantie wordt het werk bepaald door ‘schoonheid en elegantie’ (23).

19. Het recht is, anders dan de zuivere wiskunde, toepassingsgericht. Wat aandacht verdient is dat van schoonheid en elegantie een genererende werking kan uitgaan. Dat kan tot inspiratie dienen van de inspanningen om de ontmoeting van privaatrecht en Europees recht niet noodzakelijk te doen verkeren in geldend recht dat ‘onesthetisch’ is.

20. Het voor het Europese recht ontsluiten van privaatrechtelijke schoonheid gaat niet vanzelf. De inzet is hoger dan het instrumenteel inpassen van de eisen die het Europese recht aan het privaatrecht stelt. De verleidelijkheid van ‘de verfijnde analysetechnieken van de privaatrechtelijke expertise met haar rijke traditie’ (24) is niet een onomstotelijk gegeven. De toepasser van het meergelaagde recht kan in bekoring worden geleid. Mits overtuigend gebracht heeft schoonheid wervende kracht.

21. Op het moment dat de ontmoeting van het Europese recht en het privaatrecht van nationale origine tot onzekerheden, onduidelijkheden en mogelijke inconsistenties leidt, kan het burgerlijk recht zijn troef van verfijning en uitkristallisering spelen. Het burgerlijk recht kan niet anders dan zich verhouden tot het geldende Europese recht. Het moet de (vooralsnog veelal onduidelijke) eisen die het Europese recht stelt, duiden en implementeren. En het moet oplossingen bieden om

(23) Zie M. VAN DER HEIJDEN, De wiskundige is een dichter, bespreking van G.H. HARDY, Apologie van een wiskundige, Boeken *NRC Handelsblad* 24 maart 2011, p. 3.

(24) C.W.A. TIMMERMANS, Redactionele signalen, *SEW* 2008, p. 315.

de incoherenties die een meergelaagd systeem in zich bergt te onderkennen en waar mogelijk te overbruggen. Minstens even belangrijk is dat het beargumenteerde weerstand biedt en dat de coherentie van het privaatrecht als een eigen waarde wordt aanvaard. En argumenten vatten beter post als zij schoonheid bezitten. Er zal een geraffineerd 'tegenspel' geboden moeten worden door in debat te gaan met de gegevens die het Europese recht aanlevert. Dat vereist het geven van voorlichting over achtergronden, uitgangspunten, beginselen en samenhang van (nationaal) privaatrecht en van uitleg over de gevolgen die het Europese recht voor dat privaatrecht mogelijk heeft. Juist omdat het privaatrecht een lange ontwikkeling kent die in veel van de lidstaten langs vergelijkbare lijnen is verlopen, is in dit verband het verrichten van rechtsvergelijking belangrijk en nuttig⁽²⁵⁾. Waar een incoherentie dreigt voor het privaatrecht van verscheidene lidstaten is er voor het Europese recht meer reden behoedzaamheid te betrachten.

22. Het op de rails krijgen en houden van het door het Europese recht beïnvloede burgerlijke recht is een gemeenschappelijke verantwoordelijkheid en vereist vergaande coöperatie. Coöperatie om de mogelijkheden en onmogelijkheden van de inwerking van het geldende Europese recht op het burgerlijke recht in kaart te brengen, door te rekenen en uit te leggen. Een gedetailleerd en afgestemd begrip van het Europese recht, van de eisen die het stelt aan het burgerlijke recht en van de randvoorwaarden voor een coherent burgerlijk recht leiden op termijn tot een verbeterde voorspelbaarheid van de inhoud van dit deel van het recht⁽²⁶⁾. De urgentie van het doorgronden van het onderwerp blijkt, nu voor België en Nederland op verzoek van de sectie Burgerlijk recht van de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het recht van België en Nederland door Stuyck, Devroe en Hartkamp een in het najaar van 2011 te verschijnen preadvies wordt voorbereid over de invloed van het Europese recht op het nationale burgerlijke recht. Op 8 juni zal tijdens de Vergadering van de Nederlandse Juristenvereniging een preadvies van mijn hand worden besproken waarin voorstellen zijn gedaan om de legitimiteit van rechtsvorming die het gevolg is van de confrontatie van Europees recht en burgerlijk recht van nationale origine te vergroten.

(25) Vgl. J.M. SMITS, *Omstreden rechtswetenschap*, Den Haag 2009, p. 116, 129.

(26) Vgl. C. BUSCH, C. KOPP, M.R. MC GUIRE, M. ZIMMERMANN, *Konvergenz und Diskrepanz nationaler und europäischer Methodik: Der Einfluss des Gemeinschaftsrechts auf das äussere System des deutschen Privatrechts*, *GPR* 2009, p. 150-159.

23. Terug naar de schoonheid. Voor de effectieve doorwerking van het Europese recht, voor het waar mogelijk behouden van een coherent rechtssysteem van nationale origine en voor een optimale afstemming binnen deze vorm van meergelaagd recht is de hiervoor genoemde coöperatie noodzakelijk en urgent. Aan het door het Europese recht beïnvloede burgerlijke recht moet met vereende krachten worden gewerkt door wetenschappers met een Europeesrechtelijke en privaatrechtelijke achtergrond, Europese én nationale wetgevers en Europese en nationale rechters en door advocaten, met als uiteindelijk doel een inzichtelijke interactie van Europees recht en (burgerlijk) recht van nationale origine. Het is de moeite waard om in die ontwikkeling aandacht te vragen voor de verfijning en uitkristallisering en de schoonheid van de samenhang van het privaatrecht. Een situatie kortom waarin een blik in “den zuiveren en diepen, in soberheid schoonen, Spiegel” (27) van het burgerlijke recht bijdraagt aan de wervende kracht van een aan verscheidene lagen van het recht ontsproten en toch esthetisch oordeel.

Carla SIEBURGH

(27) Deze frase is van H. VAN GOUDOEVER, De ontwikkeling van de verbintenis uit onrechtmatige daad van 1838 tot heden, in: Gedenkboek Burgerlijk Wetboek, Zwolle 1938, p. 505, die haar gebruikte om de Hoge Raad aan te sporen “den grotesken en bedrieglijken Spiegel der Onrechtmatigheid” achter te laten om hem te vervangen door “den zuiveren en diepen, in soberheid schoonen, Spiegel der Schulden”.