

Wo viel Licht ist, ist starker Schatten?

Het recht op een effectieve (civiele) remedie naar Unierecht

*Mr. I. V. Aronstein **

1 Inleiding

Bedenkt u zich eens welke rechten en verplichtingen u op basis van het Unierecht hebt. En, als u niet direct al bent afgehaakt, bedenkt u zich dan hoe u de rechten kunt inroepen tegen een andere private partij die uw rechten heeft geschonden. En, ten slotte, bedenkt u zich nu wat voor u het gevolg kan zijn als u zich niet aan uw Unierechtelijke verplichtingen houdt.

Het Unierecht kan op velerlei manieren ingrijpen in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen. Het roept rechten en plichten in het leven voor private partijen, in het bijzonder voor werknemers, werkgevers, consumenten, professionele verkopers en ondernemingen. Zo mogen werknemers niet gediscrimineerd worden, is het maximale aantal werkuren per week aan banden gelegd, moeten vrouwen gelijk beloond worden als mannen, hebben wij verplicht vier weken betaald vakantieverlof per jaar, mogen buitenlandse ondernemingen niet ongunstiger behandeld worden dan nationale ondernemingen, mogen ondernemingen onderling geen prijsafspraken maken, hebben wij allerlei rechten als wij als consument een aankoop doen of een krediet afsluiten, en mogen private partijen de persoonsgegevens van anderen niet zomaar gebruiken.

Het Hof van Justitie heeft een belangrijke rol in het verhelderen van de wijze waarop een private partij de rechten die zij aan het Unierecht ontleent, kan inroepen tegen een andere private partij. Het effectiviteitsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming zijn gamechangers in het Europese (privaat)recht¹ in die zin dat zij ten grondslag liggen aan ingrijpende ontwikkelingen ten aanzien van de doorwerking van Unierecht en van remedies voor schendingen daarvan.² Deze bijdrage poogt aan de hand van enkele toonzettende

uitspraken van het Hof van Justitie een globaal inzicht te geven in de mate waarin het effectiviteitsbeginsel – ook wel: doeltreffendheidsbeginsel – en het beginsel van effectieve rechtsbescherming bepalend zijn (geweest) voor de doorwerking van Unierecht in rechtsverhoudingen tussen private partijen (horizontale rechtsverhoudingen) en voor remedies voor inbreuken op Unierecht in die verhoudingen.³ De opbouw van de bijdrage is als volgt: allereerst geef ik een basale uitleg over het effectiviteitsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming (par. 2). Daarna volgt een overzicht van de voor horizontale rechtsverhoudingen meest relevante doorwerkingsvormen van Unierecht (par. 3). Vervolgens komt kort aan de orde hoe een inbreuk op Unierecht wordt vastgesteld (par. 4), waarna een bespreking volgt van hoe het Hof van Justitie het beginsel van effectieve rechtsbescherming, meer specifiek het recht op een effectieve remedie aanwendt met betrekking tot enkele civiele remedies (par. 5). Vanuit het oogpunt van effectiviteit en effectieve rechtsbescherming valt veel te zeggen voor de door het Hof van Justitie gekozen doorwerkingsvormen en voorwaarden voor civiele remedies. De huidige uitwerking van deze beginselen heeft echter ook schaduwzijden (par. 6). De bijdrage wordt afgerond met een korte blik op de toekomst (par. 7).

2 Het effectiviteitsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming in een notendop

Over het effectiviteitsbeginsel is veel geschreven en er bestaan diverse opvattingen over de definitie ervan.⁴ Veel beschrijvingen van het effectiviteitsbeginsel kennen een op *Rewe* en

* Mr. I.V. Aronstein is onderzoeker aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit en daarnaast verzorgt zij postacademisch onderwijs op het gebied van de invloed van het Unierecht op de civiele rechtspraak.

De auteur dankt Daniël Stein en Peter Teunissen voor hun waardevolle feedback op de conceptversie van deze bijdrage.

1. In deze bijdrage wordt onder 'Europees privaatrecht' verstaan het recht van de Europese Unie dat zich richt op privaatrechtelijke kwesties en rechtsverhoudingen tussen private partijen. De projecten op het gebied van *soft law* beginselen alsmede het rechtsvergelijkende benaderingen van het privaatrecht van tot Europa behorende rechtsstelsels worden dus niet onder begrepen.
2. Vgl. T. Tridimas, *The general principles of EU law*, Oxford: Oxford University Press 2006, 2e druk, p. 423-424.

3. Ik merk op dat de voorbeelden in de rechtspraak van het Hof eindeloos zijn. Ik beperk mij in deze bijdrage tot enkele zaken die ook centraal staan in mijn dit najaar te verschijnen proefschrift: I.V. Aronstein, *Remedies for infringements of EU law in legal relationships between private parties* (werktitel), Deventer: Kluwer 2019 (Aronstein 2019).

4. Het gaat het doel van deze bijdrage te buiten om uitgebreid aandacht te besteden aan die opvattingen. Zie bijvoorbeeld Tridimas 2006, n. 2, hoofdstuk 9. S. Prechal & R. Widdershoven, *Redefining the relationship between 'Rewe-effectiveness' and effective judicial protection*, *Review of European Administrative Law* 2011, 4, p. 31-50 (Prechal & Widdershoven 2011). T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Effectiviteitsbeginsel en nationaal privaatrecht*, WPNR 2011(6901), p. 790-797. P. Craig & G. De Búrca, *EU law. Text, cases and materials*, 6e editie, Oxford: Oxford University Press 2015, hoofdstuk 8. N. Reich, *The principle of effectiveness and EU private law*, in: U. Bernitz, X. Groussot & F. Schulyok (red.), *General principles of EU law and European private law*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2013, p. 301-326 (Reich 2013). Asser/Hartkamp 3-I 2019/109-131.

Comet gebaseerde frase die (ongeveer) luidt: ‘het effectiviteitsbeginsel eist dat nationaal recht de volle werking van Unierecht waarborgt’. Dat klopt weliswaar, maar het is een te beperkte definitie. Het effectiviteitsbeginsel is door de jaren heen namelijk uitgegroeid tot een beginsel dat veel breder wordt toegepast dan alleen in relatie tot nationale regelingen.⁵ Naar mijn opvatting eist het effectiviteitsbeginsel dat de volle werking en het nuttig effect van Unierecht gewaarborgd worden in onder het Unierecht vallende gebieden⁶ en dat, in het verlengde daarvan, de rechtssubjecten van het Unierecht geen regels toepassen die uitoefening van de door het Unierecht verleende rechten uiterst moeilijk of praktisch onmogelijk maken.⁷

Het beginsel is afgeleid uit de kenmerkende beginselen van het Unierecht, in het bijzonder het voorrangsbeginsel en het beginsel van rechtstreekse werking.⁸ In eerste instantie wendde het Hof het effectiviteitsbeginsel aan voor het verhelderen van de doorwerking van Unierecht in verticale rechtsverhoudingen, dat wil zeggen een private partij tegenover een lidstaat of een overheidsinstantie. Zo vormt het effectiviteitsbeginsel een van de fundamentele van de beginselen van verticale directe werking,⁹ van lidstaataansprakelijkheid¹⁰ en van de verplichting van nationale rechters om met Unierecht strijdig nationaal recht buiten toepassing te laten.¹¹ Vervolgens hanteerde het Hof van Justitie in horizontale rechtsverhoudingen het effectiviteitsbeginsel ook als grondslag van de hierna te bespreken horizontale doorwerkingsvormen: de directe hori-

zontale werking,¹² conforme interpretatie en de materiële compatibiliteitstoets.¹³

Het beginsel van effectieve rechtsbescherming wordt gezien als een uitvloeisel van het effectiviteitsbeginsel en een aanvulling daarop: voor zover een recht niet (meer) kan worden geëffectueerd, moet een passende remedie worden gevonden.¹⁴ Het beginsel is opgenomen in art. 47 EU-Handvest en heeft een procedurele en een materiële component.¹⁵ In deze bijdrage richt ik mij op de materiële component, die eist dat voor inbreuken op Unierecht een effectieve, evenredige en afschrikwekkende remedie bestaat.¹⁶ Het Hof van Justitie grijpt het effectiviteitsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming aan om op steeds verdergaande wijze voorwaarden te scheppen waaraan remedies voor inbreuken op Unierecht moeten voldoen.¹⁷ Dientengevolge vormen deze beginselen een beperking van het beginsel van de nationale procedurele autonomie, op basis waarvan lidstaten ‘vrij’ zijn in het bepalen van remedies voor schendingen van Unierecht.¹⁸ Zoals gezegd, richt deze bijdrage zich op de rol van het effectiviteitsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming in relatie tot de doorwerking van Unierecht en civiele remedies voor schendingen daarvan, zoals nietigheid, vernietigbaarheid en schadevergoeding.

5. Zie bijvoorbeeld HvJ 8 april 1976, 43/75, ECLI:EU:C:1976:56 (*Defrenne II*). HvJ 15 december 1995, C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463 (*Bosman*), punt 83-84 en 129. HvJ 6 juni 2000, C-281/98, ECLI:EU:C:2000:296 (*Angonese*), punt 33-35. Vgl. Asser/Hartkamp 3-I 2019/109 e.v.

6. Zie bijvoorbeeld de formuleringen in HvJ 5 februari 1963, 26/62, ECLI:EU:C:1963:1 (*Van Gend & Loos*). HvJ 9 maart 1978, 106/77, ECLI:EU:C:1978:49 (*Simmenthal*), punt 16. HvJ 19 november 1991, C-6/90, ECLI:EU:C:1991:428 (*Franovich*), punt 32-37.

7. Vgl. HvJ 16 december 1976, 33/76, ECLI:EU:C:1976:188 (*Rewe*). HvJ 16 december 1976, 45/76, ECLI:EU:C:1976:191 (*Comet*).

8. Vgl. Tridimas 2006, n. 2, p. 418.

9. *Van Gend & Loos*, n. 6. HvJ 14 oktober 2010, C-243/09, ECLI:EU:C:2010:609 (*Fuß I*), punt 56-60.

10. *Franovich*, n. 6. HvJ 5 maart 1996, gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93 (*Brasserie du Pêcheur en Factortame III*). HvJ 8 oktober 1996, C-178-94 (*Dillenkofer*). HvJ 30 september 2003, C-224/01 (*Köbler*). Tridimas 2006, n. 2, p. 421. Prechal & Widdershoven 2011, n. 4, p. 33. Vgl. C.H. Sieburgh, EU law and non-contractual liability of the Union, Member States and individuals, in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, L.A.D. Keus, J.S. Kortmann, M.H. Wissink (red.), *The influence of EU law on national private law*, Deventer: Kluwer 2014, p. 271-295 op p. 489-493. Asser/Hartkamp 3-I 2019/109.

11. *Simmenthal*, n. 6. Vgl. Tridimas 2006, n. 2, p. 421. Prechal & Widdershoven 2011, n. 4, p. 33.

12. Bijvoorbeeld: *Defrenne II*, n. 5. HvJ 12 december 1974, 36/74, ECLI:EU:C:1974:140 (*Walrave & Koch*). *Bosman*, n. 5. *Angonese*, n. 5. HvJ 18 december 2007, C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809 (*Laval*). HvJ 11 december 2007, C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772 (*Viking*).

13. Bijvoorbeeld: HvJ 22 november 2005, C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709 (*Mangold*). HvJ 19 januari 2010, C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21 (*Kücükdeveci*). HvJ 15 januari 2014, C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2 (*AMS*). HvJ 19 april 2016, C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278 (*Dansk Industri*).

14. Vgl. W. van Gerven, Of rights, remedies and procedures, 37 CMLR 2000, 3, p. 501-536, op p. 511 en 521. H.-W. Micklitz, The ECJ between the individual citizen and the Member States – A plea for a judge-made European law on remedies, in H.-W. Micklitz & B. De Witte (red.), *The European Court of Justice and the autonomy of the Member States*, Antwerp: Intersentia 2012, p. 349-400. Vgl. HvJ 16 juli 2009, C-12/08 (*Mono Car Styling*), punt 47-49. Prechal & Widdershoven 2011, n. 4, p. 38-44. Tridimas 2006, n. 2, p. 422 en p. 455-456. F. Wilman, Private enforcement of EU law before national courts, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2015, p. 36-44 en p. 456-458 (Wilman 2015).

15. Art. 47 EU-Handvest is deels gebaseerd op art. 6 EVRM (recht op een eerlijk proces) en art. 13 EVRM (recht op een effectieve remedie). Toelichtingen bij het Handvest van de Grondrechten, PbEG C 303/02, 14 december 2007, op p. 29-30. Zie ook *Mono Car Styling*, n. 14, punt 47-49. HvJ 16 mei 2017, C-682/15 (*Berlioz Investment Fund*), ECLI:EU:C:2017:373, punt 54. HvJ 14 juni 2017, C-685/15, ECLI:EU:C:2017:452 (*Online Games GmbH et al.*), punt 59. Reich 2013, n. 4. S. Prechal, The Court of Justice and effective judicial protection: what has the Charter changed?, in: C. Paulussen, T. Takács, V. Lazić, B. van Rompuy, (red.), *Fundamental rights in international and European law*, 's-Gravenhage: T.M.C. Asser Press 2016, p. 143-157. M. Ebers, Rechte, Rechtsbeihilfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht, Jus Privatium 212, Tübingen: Mohr Siebeck 2016, p. 253-255 (Ebers 2016).

16. Bijvoorbeeld HvJ 22 april 1997, C-180/95, ECLI:EU:C:1997:208 (*Draehmpaehl*), punt 25, 27, 32, en 39-40; HvJ 10 april 1984, 79/83 (*Harz*), punt 23-24 en 28. HvJ 27 maart 2014, C-565/12 (*LCL Le Crédit Lyonnais*), punt 44.

17. Zie uitgebreid hierover Aronstein 2019, n. 3, hoofdstuk 6 (met focus op het recht op een evenredige remedie).

18. Vgl. Prechal & Widdershoven 2011, n. 4, p. 31-33. Tridimas 2006, n. 2, p. 420-424.

3 Horizontale doorwerking van Unierecht

3.1 Algemeen

Formeel zijn lidstaten de normadressaat van de (meeste) instrumenten van Unierecht. Sommige rechten en verplichtingen in het VWEU¹⁹, maar ook in het Handvest van de Europese Unie en secundaire regelgeving lenen zich naar hun aard echter goed – of zelfs hoofdzakelijk – voor horizontale toepassing.²⁰ Denk bijvoorbeeld aan de regelingen over het mededingingsrecht, gelijke behandeling, arbeidsrecht en consumentenrecht.²¹ Over het bestaan van Unierechtelijke rechten van private partijen overwoog het Hof van Justitie herhaaldelijk dat ondanks dat het Unierecht formeel gezien gericht is tot de lidstaten, het ook rechten en verplichtingen voor private partijen in het leven roept. Die rechten bestaan ‘niet alleen wanneer het Verdrag ze *uitdrukkelijk toekent*, maar ook *als weerslag van duidelijk bepaalde verplichtingen* die het Verdrag zowel aan particulieren als aan de lidstaten en de gemeenschapsinstellingen oplegt²² [bewerking en cursivering: I.A.].

Hoewel het Hof van Justitie alleen van Verdragsbepalingen spreekt, is er mijns inziens geen reden om aan te nemen dat een andere benadering zou (moeten) gelden ten aanzien van andere bronnen van Unierecht. Verder zegt deze overweging alleen iets over *het bestaan* van rechten en verplichtingen van private partijen in Unierecht; zij zegt niets over *hoe* die rechten kunnen worden ingeroepen. Met de komst van geschillen waarin een private partij *jegens een private partij* een beroep wilde doen op een hen door het Unierecht verleend recht, werd van het Hof verlangd dat het duidelijkheid gaf over de doorwerkingsvormen van Unierecht in horizontale rechtsverhoudingen. In het navolgende bespreek ik kort de belangrijkste doorwerkingsvormen voor horizontale rechtsverhoudingen.²³ Daarvoor is het nuttig om kort het verschil te duiden tussen directe en indirecte horizontale werking. Directe horizontale werking – het Hof hanteert die term zelf overigens niet – betekent dat een bepaling zonder tussenkomst van een andere norm direct van toepassing is op een horizontale rechtsverhouding en als zodanig rechten en plichten in het leven roept voor private partijen waarop zij direct

een beroep kunnen doen.²⁴ Indirecte horizontale werking wil zeggen dat een andere (Europese of nationale) regel nodig is om het Unierechtelijke recht van invloed te laten zijn op de horizontale rechtsverhouding.²⁵ Het onderscheid tussen deze doorwerkingsvormen is onder andere van belang voor het inkleden van een rechtsvordering en de door de rechter toe te passen techniek voor de beoordeling van een horizontale rechtsverhouding.

3.2 Directe horizontale werking

In *Angonese* bevestigde het Hof van Justitie dat art. 45 VWEU inzake het vrij verkeer van personen directe horizontale werking heeft, ook in individuele, niet-collectieve aangelegenheden. Het was een particuliere Italiaanse werkgever, een bank, op basis van art. 45 VWEU verboden een sollicitant woonachtig in Oostenrijk toegang tot de sollicitatieprocedure te weigeren omdat deze sollicitant niet het door de bank vereiste taalcertificaat kon overleggen. Dat taalcertificaat was louter te verkrijgen in de regio waar de bank gevestigd was (Bolzano). De volle werking van het Unierecht vormde de grondslag voor de horizontale directe werking van de Verdragsbepaling.²⁶ Het Hof overwoog:

‘Immers, de opheffing tussen de lidstaten van belemmeringen voor het vrije verkeer van personen zou in gevaar worden gebracht, indien de opheffing van door de staten gestelde belemmeringen kon worden ontkracht door belemmeringen voortvloeiend uit handelingen, krachtens hun eigen rechtsbevoegdheid verricht door niet onder het publiekrecht vallende verenigingen of lichamen.’²⁷

Eventuele kritiek dat het Verdrag primair tot lidstaten is gericht en niet tot private partijen pareert het Hof door te stellen dat:

‘de omstandigheid dat sommige bepalingen van het Verdrag formeel tot de lidstaten zijn gericht, [niet verhindert] dat daardoor tezelfdertijd rechten kunnen worden toegekend aan particulieren die bij de nakoming van de aldus

19. Het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).

20. Vgl. C.H. Sieburgh, *Waarom het Unierecht de invloed van grondrechten op het privaatrecht aanjaagt en versterkt*, RM Themis 2015, 1, p. 3-13. Aronstein 2019, n. 3, vooral par. 8.3.3.

21. Bijvoorbeeld art. 101 e.v. VWEU; art. 18 VWEU; art. 157 VWEU; de luchtreizigersverordening en richtlijnen op het gebied van gelijke behandeling in arbeidsverhoudingen; productaansprakelijkheid; oneerlijke bedingen; consumentenkoop; consumentenkrediet. Vgl. Asser/Hartkamp 3-I 2019/Annex I (met toelichting).

22. HvJ 20 september 2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 (*Courage / Crehan*), punt 19. Cf. *Franovich*, n. 6, punt 31. *Van Gend & Loos*, n. 6.

23. Vanwege de beperkte relevantie van het leerstuk van de positieve verplichtingen voor deze bijdrage, laat ik dat leerstuk buiten beschouwing. Zie over positieve verplichtingen in het Unierecht M.P. Beijer, *The limits of fundamental rights protection by the EU: the scope for the development of positive obligations* (diss. Nijmegen), Antwerpen: Intersentia 2016 en Asser/Hartkamp 2019/19.

24. A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh & W. Devroe (red.), *Cases, materials and text on European law and private law*, Oxford / Portland, Oregon: Hart Publishing 2017, p. 3 (Casebook 2017). Asser/Hartkamp 3-I 2019/12 en 42. Aronstein 2019, n. 3, hoofdstuk 3.

25. Asser/Hartkamp 3-I 2019/92-95.

26. Zie ook eerdere zaken waarin het Hof oordeelde dat bepaalde Verdragsbepalingen direct kunnen worden ingeroepen door een private partij tegen een andere private partij: bijvoorbeeld *Walrave & Koch*, n. 12, punten 15-19. *Bosman*, n. 5, punt 83-84 en 129.

27. *Angonese*, n. 5, punt 33-35. Vgl. *Walrave & Koch*, n. 12, punt 17-18. *Bosman*, n. 5, punt 83-84 en 129. En later *Laval*, n. 12, punt 98 (vrij verkeer van diensten) en *Viking*, n. 12, punt 57 (vrij verkeer van vestiging).

omschreven verplichtingen belang hebben.’ [bewerking: I.A.]²⁸

Bepalingen van Unierecht met directe horizontale werking scheppen dus direct, zonder tussenkomst van een andere norm, rechten en verplichtingen voor private partijen die zij als zodanig kunnen inroepen tegen een andere private partij.²⁹ Gedragingen van een private partij, of contractuele rechtsverhoudingen kunnen er dus direct aan worden getoetst (zie par. 4). Richtlijnen kunnen geen directe horizontale werking hebben,³⁰ maar sommige verdragsbepalingen, algemene beginselen van Unierecht en verordeningen wel.³¹ Recente rechtspraak, duidt op (een stap in de richting van) directe horizontale werking van Handvestbepalingen.³²

Het Hof van Justitie heeft vooralsnog de voorwaarden voor directe horizontale werking niet gepreciseerd. Uit de uitspraken waarin het Hof directe horizontale werking aannam, kan worden afgeleid dat het in ieder geval moet gaan om onvoorwaardelijke en voldoende nauwkeurige rechten en daartegenover staande verplichtingen voor private partijen.

3.3 *Conforme interpretatie*

De meest bekende vorm van *indirecte* horizontale werking is de verplichting van nationale rechters om nationaal recht conform het Unierecht uit te leggen.³³ Conforme interpretatie resulteert erin dat het Unierecht wel betrokken wordt in een zaak, ondanks dat de aan de orde zijnde bepalingen niet direct toegepast (kunnen) worden. Het is duidelijk dat daarmee de effectiviteit van Unierecht gediend is.³⁴ Door de jaren heen zijn de voorwaarden voor de verplichting tot conforme interpretatie door het Hof van Justitie verduidelijkt. Zo zijn

rechters verplicht om het gehele nationale recht³⁵ zo veel als mogelijk conform het Unierecht te interpreteren;³⁶ zij moeten alles doen wat tot hun mogelijkheden behoort om tot een dergelijke interpretatie te komen (bijvoorbeeld wat betreft interpretatiemethoden);³⁷ eventueel in weerwil van de parlementaire geschiedenis³⁸ en in weerwil van eerdere rechtspraak.^{39, 40} De verplichting tot conforme interpretatie is dus ruim, maar zij is niet onbegrensd.⁴¹ In de eerste plaats benadrukt het Hof van Justitie dat de Unierechtelijke verplichting niet zo ver gaat dat nationale rechters moeten overgaan tot interpretatie *contra legem*, althans voor zover het nationale recht geen ruimte biedt voor die uitlegmethode.⁴² In de tweede plaats verbiedt het Unierecht dat conforme interpretatie resulteert in een uitkomst die in strijd is met het verbod op terugwerkende kracht en het rechtszekerheidsbeginsel.

Getuige de rechtspraak speelt de verplichting tot conforme interpretatie vooral een belangrijke rol met betrekking tot richtlijnbevestigingen.⁴³ Zo kan de uitleg van nationaal recht in het licht van Unierecht ertoe leiden dat een bepaalde gedraging, een contractuele clausule⁴⁴ of een bepaalde remedie niet is toegestaan⁴⁵ of dat een bepaalde beperking van een uit het Unierecht voortvloeiend recht wel is toegestaan⁴⁶ terwijl de toepassing van nationaal recht mogelijk tot een ander resultaat zou hebben geleid.

28. *Angonese*, n. 5, punt 34. Vgl. *Defrenne II*, n. 5, punt 31. *Walrave & Koch*, n. 12, punt 19. *Viking*, n. 12, punt 58. Een vergelijkbare benadering kiest het Hof overigens in relatie tot de werking van Handvestbepalingen in horizontale rechtsverhoudingen: HvJ 6 november 2018, gevoegde zaken C-569/16 en C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871 (*Bauer & Broßonn*), punt 87-89. Vgl. Conclusie A-G Trstenjak van 8 september 2011 in C-282/10, ECLI:EU:C:2011:559 (*Dominguez*), punt 131-133.

29. Casebook 2017, n. 24, p. 3. Asser/Hartkamp 3-I 2019/12 en 42 e.v.

30. HvJ 26 februari 1986, 152/84, ECLI:EU:C:1986:84 (*Marshall I*), punt 48. HvJ 14 juli 1994, C-91/92, ECLI:EU:C:1994:292 (*Faccini Dori*), punt 20. *Dansk Industri*, n. 13, punt 30.

31. Asser/Hartkamp 3-I 2019/42-65.

32. HvJ 17 april 2018, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 (*Egenberger*). HvJ 6 november 2018, C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874 (*Shimizu*). *Bauer & Broßonn*, n. 28. HvJ 22 januari 2019, C-193/17, ECLI:EU:C:2019:43 (*Cresco Investigation*). Vgl. A.S. Hartkamp, Rechtstreekse doorwerking van het EU Handvest van de grondrechten in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen, *Ars Aequi* 2019, p. 218-224. M. de Mol, Het leerstuk van de horizontale directe werking van Uniegrondrechten op de voet gevolgd, *Ars Aequi* 2019, p. 371-382.

33. Volledigheidshalve merk ik op dat de verplichting tot conforme uitlegging van nationaal recht ook van toepassing is op verticale rechtsverhoudingen.

34. Vgl. HvJ 4 juli 2006, C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443 (*Adeneler*), punt 109. HvJ 5 oktober 2004, gevoegde zaken C-397/01 t/m C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584 (*Pfeiffer*), punt 114. Asser/Hartkamp 3-I 2019/89-99 en 181.

35. *Adeneler*, n. 34, punt 111. *Pfeiffer*, n. 34, punt 115-119. *Egenberger*, n. 32, punt 71-72.

36. HvJ 4 februari 1988, 157/86, ECLI:EU:C:1988:62 (*Murphy*), punt 11. HvJ 13 november 1990, C-106/89, ECLI:EU:C:1990:395 (*Marleasing*), punt 8. HvJ 24 januari 2012, C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33 (*Dominguez*), punt 24.

37. *Adeneler*, n. 34, punt 11. *Pfeiffer*, n. 34, punt 115-119. *Egenberger*, n. 32, punt 71. HvJ 11 september 2018, C-68/18, ECLI:EU:C:2018:696 (*IR/JQ*), punt 63.

38. HvJ 29 april 2004, C-371/02, ECLI:EU:C:2004:275 (*Björnekulla Fruktindustrier*).

39. *Dansk Industri*, n. 13, punt 33-34. HvJ 13 juli 2000, C-456/98, ECLI:EU:C:2000:402 (*Centrosteel*), punt 17. *Egenberger*, n. 32, punt 72-73. *Bauer & Broßonn*, n. 28, punt 68. *IR/JQ*, punt 63-64.

40. *Dansk Industri*, n. 13, punt 31. *Küçükdeveci*, n. 13, punt 48. *Pfeiffer*, n. 34, punt 113-114. Vgl. Asser/Hartkamp 2019/182-183.

41. *Dominguez*, n. 36, punt 25. *AMS*, n. 13, punt 39. *Dansk Industri*, n. 13, punt 32. *Adeneler*, n. 34, punt 110. HvJ 16 juni 2005, C-105/03, ECLI:EU:C:2005:386 (*Pupino*), punt 44-47.

42. Voor een Nederlands voorbeeld zie: Hof Amsterdam 10 november 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK4648, r.o. 3.9.5.

43. Zie de in n. 41 genoemde zaken en bijvoorbeeld Asser/Hartkamp 2019/18 en 181-190.

44. Denk bijvoorbeeld aan de beoordeling van oneerlijke bedingen in consumentencontracten op basis van art. 6:233 BW. HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, NJ 2014/274, m.nt. H.B. Krans (Heesakkers/Voets). Cf. HvJ 16 januari 2016, C-226/12, ECLI:EU:C:2014:10 (*Menéndez Álvarez*) en HvJ 6 oktober 2009, C-40/08, ECLI:EU:C:2009:615 (*Asturcom Telecomunicaciones*).

45. Zie bijvoorbeeld: *Harz*, n. 16. HvJ 14 juni 2012, C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349 (*Banco Español de Crédito*). HvJ 15 september 2016, C-484/14, ECLI:EU:C:2016:689 (*Tobias McFadden*), punt 83-101. HvJ 18 oktober 2018, C-149/17, ECLI:EU:C:2018:841 (*Bastei Lübbe*).

46. Vgl. HvJ 14 maart 2017, C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203 (*Achbita*), vooral punt 37-38.

3.4 Materiële compatibiliteitstoets

De laatste doorwerkingsvorm van Unierecht die ik hier bespreek, is de materiële compatibiliteitstoets van nationaal recht aan Unierecht, ook wel de rechtmatigheidstoets genoemd. Nationale rechters zijn verplicht om nationale regelgeving buiten toepassing te laten voor zover die regelgeving in strijd is met een regel van Unierecht, mits die op zichzelf voldoende precies een subjectief recht verleent aan private partijen dat zij als zodanig kunnen inroepen.⁴⁷ In verticale rechtsverhoudingen kan deze methode hand in hand gaan met de techniek van verticale directe werking (voor zover die van toepassing is): nationale regelgeving die in strijd is met een Unierechtelijke bepaling moet buiten toepassing worden gelaten, waarna het Unierechtelijke recht geëffectueerd kan worden door directe toepassing van de verticaal direct werkende Unierechtelijke bepaling.⁴⁸ In horizontale rechtsverhoudingen ligt dat anders: in de civiele procedure wordt de nationale regelgeving getoetst aan rechtstreeks toepasselijk Unierecht. Bij strijd moet de regelgeving buiten toepassing worden gelaten, waarna de nationale rechter moet bepalen wat daarvan de rechtsgevolgen voor de horizontale rechtsverhouding zijn. Omdat nationale wetgeving wordt getoetst en niet de horizontale rechtsverhouding zelf, is de rechtmatigheidstoets in een civiele procedure een vorm van *indirecte* horizontale werking.⁴⁹ Als de Unierechtelijke regel waaraan getoetst wordt ook directe horizontale werking heeft, kan die regel direct op de horizontale rechtsverhouding worden toegepast voor het bepalen van de rechtsgevolgen.⁵⁰ Is dat niet (meer) mogelijk of zinvol, of gaat het om een bepaling die sowieso geen directe horizontale werking heeft, dan moet worden uitgeweken naar nationaal recht om de gevolgen te bepalen van het buiten toepassing laten van de problematische nationale regelgeving voor

de horizontale rechtsverhouding.⁵¹ Bij het bepalen van de gevolgen van het terzijde stellen van de problematische nationale regeling, moet de effectuering van het recht dat de private partij aan Unierecht ontleend voorop worden gesteld.

3.5 De temporele werking van de uitleg van het Hof van Justitie

Een door het Hof van Justitie gegeven uitleg van de inhoud of het effect van een Unierechtelijke regel werkt terug tot het moment waarop de desbetreffende regel in werking trad, tenzij het Hof van Justitie de werking van zijn uitspraak heeft uitgesteld⁵² of bepaalde rechtsverhoudingen (bijvoorbeeld die reeds voor de datum van de uitspraak bestonden) heeft uitgesloten van de desbetreffende interpretatie.⁵³ De zojuist genoemde hoofdregel dat uitspraken van het Hof van Justitie terugwerken in de tijd en op alle nog niet afgedane rechtsverhoudingen van toepassing zijn, leidt ertoe dat nationale rechters in horizontale rechtsverhoudingen waarin een nationale regeling buiten toepassing moet worden gelaten de horizontale rechtsverhouding *ex tunc* moeten beoordelen en eventueel herlevende regels *ex post facto* op de rechtsverhouding moeten toepassen.

In *Dansk Industri* ging het om een werkgever die op basis van een Deense wet geen transitievergoeding hoefde te betalen aan een vertrekkende werknemer die de nationale pensioenleeftijd had bereikt, ongeacht of die werknemer nog actief zou blijven op de arbeidsmarkt. De Deense regeling bleek in strijd met het verbod op leeftijdsdiscriminatie te zijn en moest derhalve buiten toepassing worden gelaten in de civiele procedure. Dientengevolge herleefde de algemene regeling op basis waarvan de werkgever alsnog verplicht zou zijn om de transitievergoeding (ter hoogte van drie maanden loon) aan de werknemer uit te keren. Het ontvangen van de transitievergoeding zou leiden tot effectieve rechtsbescherming van de werknemer. Maar tegelijkertijd zou de werkgever daardoor opens met nieuwe – en significante – financiële verplichtingen worden geconfronteerd, terwijl hij te goeder trouw op de toepasselijkheid van de Deense regeling had vertrouwd. De Deense hoogste rechter, de *Højesteret*, vroeg zich af of hij kon overgaan tot de bescherming van de gerechtvaardigde verwachtingen van de werkgever, ten koste van de effectieve rechtsbescherming van de werknemer. Met andere woorden wilde de *Højesteret* weten of het mogelijk was om alsnog te oordelen dat de werkgever niet verplicht zou zijn om de transitievergoeding alsnog te betalen aan de op leeftijd gediscrimi-

47. *Mangold*, n. 13. *Kücükdeveci*, n. 13. *AMS*, n. 13. *Dansk Industri*, n. 13. *Egenberger*, n. 32. *Bauer & Broßonn*, n. 28. I.V. Aronstein, Vlees noch vis, in: C.J.H. Jansen, M.M.C. van de Moosdijk en R.W.E. van Leuken, (red.), *Nijmeegs Europees Privaatrecht*, Nijmegen: Wolters Kluwer 2018, p. 145-169 (Aronstein 2018), par. 2. Aronstein 2019, n. 3, hoofdstuk 4.

48. HvJ 14 oktober 2010, C-243/09, ECLI:EU:C:2010:609 (*Fuß I*), punt 56-60. HvJ 3 mei 2012, C-337/10, ECLI:EU:C:2012:263 (*Niedel*), *Bauer & Broßonn*, n. 28, punt 70-75.

49. Ik merk op dat de door mij gehanteerde benadering gebruikelijk is in civielrechtelijke en constitutioneel rechtelijke literatuur. A.S. Hartkamp, *European Law and National Private Law. Effect of EU law and European Human Rights Law on Legal Relationships between Individuals*, Cambridge / Antwerp: Intersentia 2016, 2e druk, nr. 21. M. Fornasier, *The impact of EU fundamental rights on private relationships: direct or indirect effect?*, 23 *European Review of Private Law* 2015, 1, p. 29-46 op p. 31-36 en 44. In Europeesrechtelijke literatuur wordt deze doorwerkingsvorm vaak aangeduid met 'horizontale directe werking'. Zie bijvoorbeeld M. de Mol, *De directe werking van de grondrechten van de Europese Unie* (diss. Maastricht), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014.

50. Zoals in *Laval*, n. 12, waar art. 56 VWEU directe horizontale werking had, maar in dezelfde zaak ook Zweedse regelgeving werd getoetst aan art. 56 VWEU en buiten toepassing moest worden gelaten. De gedraging van de vakbonden werd vervolgens beoordeeld aan de hand van art. 56 VWEU én van nationale regelgeving. Zie Aronstein 2019, n. 3, par. 3.3.

51. Ook hier is *Laval* een goed voorbeeld, alsook de situaties in *Mangold*, *Kücükdeveci* (beide zaken zijn uiteindelijk geschikt), *Dansk Industri*. Voor een Nederlands voorbeeld (waarbij een cao getoetst werd) zie Rb. Amsterdam (Vzr.) 21 februari 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BP6875. Aronstein 2019, n. 3, hoofdstuk 3 en 4.

52. Een voorbeeld daarvan is HvJ 1 maart 2011, C-236/09, ECLI:EU:C:2011:100 (*Test-Achats*). Zie verder *Dansk Industri*, n. 13, punt 39-40. Bijv. HvJ 26 april 1994, C-228/92 (*Roquette Frères*), punt 17. *Bosman*, n. 5, punt 141. Zie voor een analyse Aronstein 2019, n. 3, par. 5.2.2 en 8.2.1.

53. Bijvoorbeeld *Bosman*, n. 5, punt 146. *Defrenne II*, n. 5, punt 74-75 HvJ 17 mei 1990, C-262/88, ECLI:EU:C:1990:209 (*Barber*), punt 44.

neerde werknemer. Het Hof van Justitie antwoordde ontken-
nend: een nationale rechter mag niet ten koste van de effectie-
ve bescherming van het verbod op leeftijdsdiscriminatie over-
gaan tot het beschermen van het gewettigd vertrouwen van de
wederpartij die vertrouwd op de toepasselijkheid van de ter-
zijde gestelde nationale regeling. Het Hof geeft daarvoor twee
argumenten:

1. De bescherming van het gewettigd vertrouwen van de
wederpartij zou *de facto* leiden tot een beperking van de
werking van de uitspraak van het Hof, terwijl het alleen
het Hof van Justitie zelf is toegestaan om de werking van
zijn uitspraken aan te passen.⁵⁴
2. De bescherming van het gewettigd vertrouwen kan sow-
ieso niet succesvol worden ingeroepen om het voordeel van
een door het Hof gekozen uitleg te ontzeggen aan de pri-
vate partij die de rechtsvordering heeft ingesteld die het
Hof tot de desbetreffende uitleg van het Unierecht
bracht.⁵⁵

Deze argumenten van het Hof van Justitie zijn duidelijk geënt
op de effectiviteit en effectieve rechtsbescherming van Unie-
rechtelijke rechten. Het is te verwachten dat de door het Hof
gekozen benadering – dus wat betreft de voorrang van effec-
tieve rechtsbescherming ten opzichte van de bescherming van
gerechtvaardigde verwachtingen – ook voor andere Unierech-
telijke rechten geldt, onafhankelijk van hun doorwerkings-
vorm.⁵⁶

4 Inbreuken op Unierechtelijke rechten

4.1 Algemeen

Het bovenstaande geeft inzicht in *wanneer* een private partij
een recht ontleent aan het Unierecht en *hoe* die partij dat
recht kan inroepen tegen een andere private partij die dat
recht (mogelijk) geschonden heeft. De vraag óf een Unierech-
telijk recht daadwerkelijk geschonden is of dat het om een toe-
gestane beperking gaat, moet in beginsel worden beantwoord
aan de hand van het Unierecht. De doorwerkingsvorm is
daarbij relevant. Ik geef per doorwerkingsvorm een voorbeeld.

4.2 Direct horizontaal werkende toetsingsmaatstaven

Een werkgever beperkt het recht op vrij verkeer van werkne-
mers door in een sollicitatieprocedure eisen aan kandidaten te
stellen die een indirect onderscheid maken op basis van natio-

naliteit en woonplaats.⁵⁷ Een beperking van een fundamentele
vrijheid kan alleen worden gerechtvaardigd aan de hand van
het Unierechtelijke rechtvaardigingsregime.⁵⁸ Kan de beper-
king niet worden gerechtvaardigd op grond van het Unierech-
telijke systeem? Dan is sprake van een onrechtmatige beper-
king. De doorwerkingsmethode is hier de directe horizontale
werking, namelijk de directe toepassing van de verdragsbepa-
lingen en het rechtvaardigingsregime op de horizontale rechts-
verhouding. Omdat het Unierecht vervolgens niet zelf in de
remedie voor dergelijke schending van een fundamentele vrij-
heid voorziet, moet de remedie voor de inbreuk gevonden
worden in nationaal recht (zie par. 5).

4.3 Invulling van nationale toetsingsmaatstaven conform Unierecht

Richtlijnen op het gebied van non-discriminatie bieden hou-
vast voor het beoordelen of sprake is van discriminatie. Voor
indirecte discriminatie regelen de richtlijnen dat een evenre-
digheidstoets moet plaatsvinden, waarin getoetst wordt of het
indirecte onderscheid een legitiem doel heeft en of sprake is
van een geschikt, noodzakelijk en evenredig middel om dat
doel te bereiken.⁵⁹ In de lidstaten krijgen dergelijke richtlijn-
bepalingen vaak uiting in een open norm, die vervolgens door
nationale rechters conform de richtlijn en met het oog op het
effectiviteitsbeginsel moet worden uitgelegd.⁶⁰ Als een natio-
nale rechter twijfelt of sprake is van een schending of een legi-
tiem doel, kan hij een prejudiciële vraag voorleggen aan het
Hof van Justitie. Een mooi voorbeeld hiervan is de zaak *Achbi-
ta*, waarin het ging om een ontslagen werknemster. De werk-
nemster, een moslima, weigerde zich te conformeren aan het
door haar werkgever ingevoerde neutraliteitsbeleid op basis
waarvan zij geen hoofdsliur meer mocht dragen. Het Hof van
Justitie oordeelde dat de vrijheid van ondernemerschap, opge-
nomen in art. 16 EU-Handvest, in beginsel een legitiem doel is
voor het maken van een indirect onderscheid op grond van
godsdienst, zoals het verbieden van religieuze uitingen op de
werkvloer.⁶¹ Als dat legitieme doel wordt bereikt met een
geschikt en noodzakelijk middel, is sprake van een door het
Unierecht toegestaan indirect onderscheid op grond van gods-
dienst. Het is aan de nationale rechter om die afweging te
maken. Als de nationale rechter oordeelt dat geen sprake is
van een geschikt en noodzakelijk middel om het doel te berei-
ken, is sprake van een onderscheid dat onverenigbaar is met

54. *Dansk Industri*, n. 13, punt 39-40, met verwijzing naar C-276/14 (*Gmina Wrocław*), ECLI:EU:C:2015:635, punt 44 en 45. Zie ook HvJ 21 december 2016, gevoegde zaken C-154/15, C-307/15 en C-308/15 (*Gutiérrez Naranjo et al.*), punt 70. *Roquette Frères*, n. 52, punt 25. Overigens, het Hof van Justitie bezigt de term 'gewettigd vertrouwen'; in Nederlands recht wordt gewoonlijk de term 'gerechtvaardigd vertrouwen' gebruikt.

55. *Dansk Industri*, n. 13, punt 41. *Defrenne II*, n. 5, punt 75. *Barber*, n. 53, punt 44-45.

56. Die opvatting wordt ondersteund door het feit dat het Hof verwijst naar onder andere *Defrenne II* en *Barber*, twee zaken waarin het om een andere doorwerkingsvorm ging, namelijk de directe horizontale werking van art. 157 VWEU.

57. Vgl. *Angonese*, n. 5.

58. Over het (Verdragsrechtelijke) rechtvaardigingsregime bij beperkingen op fundamentele vrijheden in het kader van horizontale rechtsverhoudingen kan veel worden gezegd. Zo zijn de rechtvaardigingsgronden niet geschreven voor private partijen en biedt het regime hen nauwelijks de mogelijkheid om een beperking te rechtvaardigen. Het gaat het doel van deze bijdrage echter voorbij om langer bij dit punt stil te staan. Zie hoofdstuk 3 in R. van Leuken, *Rechtsverhoudingen tussen particulieren en de Unierechtelijke verkeersvrijheden* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2015. Asser/Hartkamp 2019/64-66.

59. Bijvoorbeeld art. 2 (2) (i) Richtlijn 2000/78. Zie bijvoorbeeld ook *Achbita*, n. 46, punt 35-44.

60. Zoals art. 2(1) Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) of art. 7(1) Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL).

61. *Achbita*, n. 46, punt 35-38.

Unierecht en dus een inbreuk vormt op het recht op gelijke behandeling zoals dat in de Richtlijn is geregeld en in art. 21 EU-Handvest. De doorwerkingsmethode die hier van toepassing is, is die van de conforme uitleg: de uitleg van de open norm in de wetgeving van de lidstaat aan de hand van de relevante Richtlijn- en Handvestbepalingen. Ook hier geldt dat de remedie voor een inbreuk op het recht op gelijke behandeling niet is geregeld door Unierecht en daarom in nationaal recht gevonden moet worden.

4.4 Toetsing horizontale rechtsverhouding na buiten toepassing gelaten regelgeving

Een private partij vertrouwt in relatie tot een andere private partij op de toepasselijkheid van een nationale regeling die inhoudelijk in strijd blijkt te zijn met een Unierechtelijke bepaling die voldoende precies een subjectief en als zodanig inroepbaar recht verleent aan de laatstgenoemde partij. Een greep uit het assortiment: een vakbond mocht op basis van nationale regelgeving collectieve acties ondernemen tegen een buitenlandse onderneming;⁶² een werkgever mocht een werknemer met een kortere opzegtermijn ontslaan;⁶³ een werkgever mocht een werknemer op basis van diens leeftijd een contract voor bepaalde tijd geven;⁶⁴ een werkgever hoefde vanwege de leeftijd van een werknemer geen transitievergoeding uit te keren;⁶⁵ een werkgever hoefde geen compensatie voor resterende vakantiedagen uit te keren aan de erven van een werknemer.⁶⁶

De hier toegepaste doorwerkingsmethode is die van de materiele compatibiliteitstoets van nationaal recht aan Unierecht (zie par. 3.4). In de horizontale rechtsverhouding moet de problematische nationale bepaling buiten toepassing worden gelaten. Vervolgens rijst een aantal vragen. Hoe moet vervolgens de horizontale rechtsverhouding worden beoordeeld? Is die rechtsverhouding onrechtmatig? Kan het door het Unierecht verleende recht nog geëffectueerd worden, of moet er een (alternatieve) remedie worden gevonden? In ieder geval is de nationale rechter verplicht de volle werking van het door het Unierecht verleende subjectieve recht te waarborgen en dus effectieve rechtsbescherming te bieden aan de rechthebbende. Als de Unierechtelijke bepaling in kwestie directe horizontale werking heeft, kan die bepaling worden toegepast om het Unierechtelijke recht te effectueren. Als de desbetreffende Unierechtelijke bepaling geen directe horizontale werking heeft of als het recht door tijdverloop sowieso niet meer geldend gemaakt kan worden,⁶⁷ moet de oplossing worden gevonden in nationaal recht. Dat kan bijvoorbeeld door de *ex*

post facto toepassing van regelgeving die wel in overeenstemming is met het Unierecht, het toepassen van een open norm (die conform het Unierecht wordt ingekleurd), of het vaststellen van een civiele remedie zoals schadevergoeding uit hoofde van onrechtmatige daad. Zoals gezegd (par. 3.5), staat het de nationale rechter niet vrij om over te gaan tot de bescherming van het gewettigd vertrouwen van de partij die uitgegaan was van de toepasselijkheid van de nationale regeling.⁶⁸

5 Civiele remedies voor inbreuken op Unierecht in horizontale verhoudingen

Remedies voor inbreuken op Unierecht in horizontale rechtsverhoudingen worden doorgaans niet (exclusief en uitputtend) door het Unierecht zelf geregeld.⁶⁹ Dat betekent dat het een aangelegenheid van de nationale rechtsorde is om (effectieve) remedies vast te stellen met het oog op de bescherming van justitiabelen die rechten ontleen aan het Unierecht.⁷⁰ De meest voor de hand liggende nationale remedies om de inbreuk op Unierecht te herstellen dan wel te compenseren, zijn:

1. de toepassing van een met het Unierecht verenigbare *lex specialis*;
2. de toepassing van nationale regels omtrent nietigheid, partiële nietigheid en vernietigbaarheid;
3. de toepassing van regels omtrent (buitencontractuele) aansprakelijkheid en schadevergoeding.

Bij de toepassing van dergelijke nationale regels moeten de lidstaten de welbekende *Rewe*-mantra⁷¹ in acht nemen: de regels mogen niet ongunstiger zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen (gelijkwaardigheidsbeginsel), en zij mogen de uitoefening van het Unierecht niet uiterst mogelijk of praktisch onmogelijk maken (effectiviteitsbeginsel).⁷²

In de voorbeelden die ik in de eerdere paragrafen besprak, werden door de nationale rechters in lijn met de hierboven genoemde scenario's de volgende remedies vastgesteld:⁷³

68. *Dansk Industri*, n. 13, punt 38-41.

69. Enkele uitzonderingen daargelaten, denk bijvoorbeeld aan de nietigheid die genoemd is in art. 101 VWEU, de productaansprakelijkheid en de verscheidene Unierechtelijke remedies in het kader van de regelingen over non-conformiteit bij consumentenkoop.

70. Vgl. *Rewe*, n. 7. *Comet*, n. 7. HvJ 17 december 2015, C-407/14, ECLI:EU:C:2015:831 (*Camacho*), punt 44. *Sapod Audic*, n. 13, punt 52. Cf. A. Arnull, Remedies before national courts, in: R. Schütze & T. Tridimas (red.), *Oxford Principles of European Union Law*, Oxford: Oxford University Press 2018, p. 1011-1039, op p. 1012-1019 en p. 1023-1026. Reich 2013, n. 4, p. 302-303. Wilman 2015, n. 14, p. 24-36. Kritisch: M. Bobek, Why there is no principle of 'procedural autonomy' of the Member States, in: H.-W. Micklitz & B. De Witte (red.), *The European Court of Justice and the autonomy of the Member States*, Antwerpen: Intersentia 2012, p. 305-323 (Bobek 2012).

71. Prechal & Widdershoven 2011, n. 4, p. 33.

72. *Rewe*, n. 7. *Comet*, n. 7. Tridimas 2006, n. 2, p. 420-427. Prechal & Widdershoven 2011, n. 4, p. 32-33.

73. Voor een uitgebreide analyse van de nationale rechtspraak in de desbetreffende zaken: Aronstein 2019, n. 3, vooral hoofdstuk 3, 4 en 5.

62. *Laval*, n. 12: het vrij verkeer van diensten, art. 45 VWEU.

63. *Kücükdeveci*, n. 13: het verbod op leeftijdsdiscriminatie vervat in Richtlijn 2000/78 en art. 21 EU-Handvest.

64. *Mangold*, n. 13: het verbod op leeftijdsdiscriminatie vervat in Richtlijn 2000/78 en art. 21 EU-Handvest.

65. *Dansk Industri*, n. 13, aangaande het verbod op leeftijdsdiscriminatie vervat in Richtlijn 2000/78 en art. 21 EU-Handvest.

66. *Bauer & Broßonn*, n. 28, aangaande het recht op betaald vakantieverlof, vervat in art. 31 EU-Handvest.

67. Bijvoorbeeld *Angonese*, n. 5. Aronstein 2019, n. 3, par. 3.2.

- De *ex post facto* toepassing van de normale, niet-discriminatoire opzeggingstermijn, waardoor de werknemer gerechtigd was tot drie maanden extra loonuitbetaling.⁷⁴
- De nietigheid van de contractuele clausule die bepaalde dat het arbeidscontract voor bepaalde termijn werd aangegaan.⁷⁵
- De nietigheid van een rechtshandeling die in strijd was met het vrij verkeer van werknemers (art. 45 VWEU).⁷⁶
- De buitencontractuele aansprakelijkheid (onrechtmatige daad) voor inbreuk op art. 45 VWEU, waarbij het leerstuk van het verlies van een kans werd toegepast.⁷⁷
- De aansprakelijkheid van vakbonden voor met art. 56 VWEU in strijd zijnde collectieve acties en de aansprakelijkheid op grond van de nationale regeling over onrechtmatige collectieve acties.⁷⁸

De EU en de lidstaten hebben op het gebied van de effectieve rechtsbescherming van Unierecht een gedeelde verantwoordelijkheid.⁷⁹ Het Hof van Justitie heeft in de loop der jaren de eisen die het stelt aan nationale remedies voor inbreuken op Unierecht fors uitgebreid.⁸⁰ Met de standaarden voor effectieve rechtsbescherming die het Hof tot nu toe heeft geformuleerd,

wordt de nationale procedurele autonomie ingeperkt.⁸¹ Met betrekking tot het gelijkwaardigheidsbeginsel kan in ieder geval worden gesteld dat het Hof van Justitie eist dat op onder het Unierecht vallende zaken in beginsel *geen ongunstiger* regels mogen worden toegepast dan op puur nationale zaken, maar dat het in sommige gevallen zelfs de toepassing van *gunstiger* regels eist. Zo mag ongeacht de regelingen naar nationaal recht een schadevergoeding voor een inbreuk op een Unierechtelijk recht niet slechts uit een symbolisch bedrag bestaan, maar moet zij reële, adequate dekking van de schade bieden.⁸² Bovendien is de bescherming van gewettigd vertrouwen beperkt ten gunste van de effectieve bescherming van Unierechtelijke rechten.⁸³ Het Hof gaat niet zo ver dat het eist dat civiele remedies een punitief karakter hebben om afschrikwekkend te (kunnen) zijn.⁸⁴

Al met al, het samenspel van nationale remedies en Unierechtelijke voorwaarden waaraan deze moeten voldoen, leidt tot hybride remedies: remedies die deels een nationaal en deels een Unierechtelijk karakter hebben.⁸⁵ Die bevinding ondersteunt de stelling dat het beginsel van effectieve rechtsbescherming een gamechanger is (geweest) in Europees privaatrecht: de toepassing van dit beginsel heeft in sommige zaken geleid tot remedies voor inbreuken op Unierecht die met de toepassing van nationale regels niet zouden zijn bereikt.⁸⁶ De kans is groot dat het Hof dit beginsel in de toekomst zal blijven aangrijpen om de doorwerking van Unierecht en remedies voor

74. Na de uitspraak van het Hof van Justitie in *Kücükdeveci* kwamen partijen tot een schikking van dezelfde aard. Zie *Landesarbeitsgericht Düsseldorf, Beschluss* van 17 februari 2010. In andere zaken paste de Duitse nationale rechter de herlevende wetgeving wel op deze manier toe, bijvoorbeeld in *Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg* 24 juli 2007, 7 Sa 561/07, NZA-RR 2008, 17 *et seq.* Aronstein 2019, n. 3, par. 4.2.3.

75. Na de uitspraak van het Hof van Justitie in *Mangold* kwamen partijen tot een schikking waarvan de inhoud mij onbekend is. In andere zaken paste de Duitse nationale rechter de herlevende wetgeving wel op deze manier toe, bijvoorbeeld in de zaak die aanleiding gaf tot de *Honeywell*-uitspraak van het *Bundesverfassungsgericht*: BVerfG 6 juli 2010, NJW 2010, 3422 (*Honeywell / X*). Casebook 2017, n. 24, p. 303-305. Voor een analyse zie Aronstein 2019, n. 3, par. 4.2.3. Voor een Nederlands voorbeeld waarbij een met Unierecht strijdige cao-bepaling buiten toepassing werd gelaten zie: Rb. Amsterdam (Vzr.) 21 februari 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BP6875.

76. In de nationale procedure na *Angonese*, paste de Italiaanse rechters de Italiaanse regelingen omtrent nietigheid toe. Pretore di Bolzano 23 mei 2001, Sentenza 226/2001. Corte d'Appello di Trento, Sezione distaccata di Bolzano 21 november 2001, Sentenza 355/01, R.G.N. 135/01. Corte di Cassazione 16 juni 2004, Sentenza n. 20116. Voor een analyse zie Aronstein 2019, n. 3, par. 3.2.

77. *Ibid.*

78. Na de uitspraak van het Hof van Justitie in *Laval* deed de *Arbetsdomstolen*, de hoogste Zweedse rechter in arbeidszaken, een spectaculaire uitspraak, waarin de vakbonden werden veroordeeld tot het betalen van schadevergoeding en (torenhoge) proceskosten. Voor de uitspraak zie: L. Carlson in: M. Rönmar (red.), *Labour Law, Fundamental Rights and Social Europe, Swedish Studies in European Law*, Oxford and Portland: Hart Publishing 2011, p. 228-276. Voor een bespreking van de uitspraak zie Aronstein 2019, n. 3, par. 3.3.

79. Die sluit aan bij art. 19 VEU en bij het beginsel van loyale samenwerking (art. 4(3) VEU). H.-W. Micklitz & C.H. Sieburgh, *Primary EU law and private law concepts*, in: H.-W. Micklitz & C.H. Sieburgh (red.), *Primary EU law and private law concepts*, Cambridge, Antwerpen, Portland: Intersentia 2017, p. 1-46, op p. 33-35. M. Safjan & D. Düsterhaus, *A Union of Effective Judicial Protection: Addressing a Multi-level Challenge through the Lens of Article 47 CFREU*, 33 Yearbook of European Law 2014, p. 3-40, p. 4. Zie bijvoorbeeld ook HvJ 27 februari 2018, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117 (*Associação Sindical dos Juizes Portugueses*), punt 34.

80. Vgl. Safjan & Düsterhaus 2014, n. 76, p. 5. Zie ook Aronstein 2019, n. 3, hoofdstuk 6 en 7.

81. Vgl. Prechal & Widdershoven 2011, n. 4, p. 31-33. Tridimas 2006, n. 2, p. 420-424. Sommige auteurs beweren zelfs dat het beginsel van procedurele autonomie volledig is uitgehouden: Bobek 2012, n. 70.

82. Vgl. HvJ 10 april 1984, 14/83, ECLI:EU:C:1984:153 (*Von Colson en Kamann*), punt 18 en 23. HvJ 2 augustus 1993, C-271/91 (*Marshall II*), punt 26. *Draehmpaehl*, n. 16, punt 25. *Camacho*, n. 70, punt 32.

83. *Dansk Industri*, n. 13. Niet expliciet, maar een vergelijkbare benadering is te lezen in *Bauer & Broßmann*, n. 28, punt 86 en *Shimizu*, n. 31, punt 75, waarin het Hof van Justitie stelt dat de nationale rechter een met Unierecht strijdige bepaling buiten toepassing moet laten en: 'dat de werkgevers zich anderzijds niet op een dergelijke nationale regeling kunnen beroepen om zich te onttrekken aan de betaling van die financiële vergoeding waartoe zij gehouden zijn (...)'.
84. *Camacho*, n. 70, punt 31-40 en 45, met verwijzing naar *Marshall II*, n. 80, punt 26. HvJ 11 oktober 2007, C-460/06, ECLI:EU:C:2007:601 (*Paquay*), punt 45-46. Conclusie A-G Mengozzi van 3 september 2015 in C-407/14, ECLI:EU:C:2015:534 (*Camacho*), punt 57. Als de effectieve en evenredige civiele remedie niet op zichzelf al afschrikwekkende genoeg is, kan een lidstaat besluiten om op de inbreukmaker een punitieve strafrechtelijke of administratiefrechtelijke sanctie op te leggen. HvJ 26 februari 2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 (*Åkerberg Fransson*), punt 34-37.

85. Reich 2013, n. 4. Ebers 2016, n. 15, p. 35.

86. *Von Colson & Kamann*, n. 82. *Draehmpaehl*, n. 16. *Dansk Industri*, n. 13, ware het niet dat de *Højesteret*, de Deense hoogste rechter, de uitspraak van het Hof van Justitie naast zich neerlegde. Vgl. M.R. Madsen, H. Palmer Olsen & U. Sadl, *Competing supremacies and clashing institutional rationalities: The Danish Supreme Court's decision in the Ajos case and the national limits of judicial cooperation*, 23 European Law Journal 2017, p. 140-150. U. Sadl & S. Mair, *Mutual Disempowerment: Case C-441/14 Dansk Industri, acting on behalf of Ajos A/S v Estate of Karsten Eigil Rasmussen and Case no. 15/2014 Dansk Industri (DI) acting for Ajos A/S v The estate left by A*, 13 European Constitutional Law Review 2017, p. 347-368.

inbreuken van Unierecht van verdere voorwaarden te voorzien.

6 Viel Licht, starker Schatten? Gevolgen voor partijen

Het behoeft weinig toelichting dat de toepassing en inkleuring van het effectiviteitsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming door het Hof van Justitie de volle werking van het Unierecht ten goede komt. Daarbij hebben private partijen die rechten ontleen aan het Unierecht inmiddels een arsenaal aan mogelijkheden om deze rechten te effectueren dan wel om de nationale rechter een met het Unierecht verenigbare, effectieve remedie te laten vaststellen. Denkende vanuit het doel van de Europese Unie en de beschermingsgedachte achter de door het Unierecht aan private partijen verleende rechten, alsmede aan het vaak fundamentele karakter van de rechten die in de besproken zaken aan de orde waren, zijn de keuzes die het Hof van Justitie heeft gemaakt begrijpelijk te noemen. Maar, zoals Johann Wolfgang von Goethe schreef: ‘Wo viel Licht ist, ist starker Schatten’.⁸⁷ Als we namelijk het perspectief wisselen van dat van de beschermde partij naar dat van de wederpartij, komen de uitkomsten in een ander daglicht te staan en blijkt dat de huidige stand van zaken enkele forse schaduwkanten heeft.

De in deze bijdrage gegeven voorbeelden tonen dat de doorwerkingsvormen en remedies voor schendingen van Unierecht ingrijpend – en soms ook onverwacht – kunnen zijn voor de wederpartij van de door het Unierecht beschermde partij. De wederpartij kan verplicht worden tot de betaling van een schadevergoeding of andere financiële lasten, zoals een transitievergoeding of een opzegvergoeding, door de *ex post facto* toepassing van een herlevende regel. Of een werkgever wordt geconfronteerd met de omzetting van het dienstverband van werknemers van bepaalde tijd naar onbepaalde tijd.

Met betrekking tot de (gevolgen van) directe horizontale werking en de conforme uitlegging zie ik in beginsel weinig problemen. De bepalingen die directe horizontale werking hebben zijn vrijwel altijd normen met een fundamenteel karakter in instrumenten van primair Unierecht. Dat karakter rechtvaardigt een sterke focus op de effectieve bescherming van die rechten en maakt ook dat private partijen niet heel verbaasd hoeven te zijn als blijkt dat zij dergelijke fundamentele rechten dienen te respecteren, zeker na de arresten *Defrenne II*, *Walrave & Koch* en *Angonese*. De partij die de fundamentele vrijheid van een ander beperkt, kan die beperking mogelijk rechtvaardigen met een beroep op een zwaarwegend (fundamenteel) recht. Als het belang bij beperking niet zwaarwegender is dan de desbetreffende fundamentele vrijheid van de ander, is het logisch dat de bescherming van laatstgenoemde voorkeur heeft. De directe horizontale werking van de fundamentele vrijheid maakt geen verschil voor die

belangenafweging.⁸⁸ En wat betreft verplichtingen die voortvloeien uit de conforme uitleg van nationaal recht met Unierecht, geldt wat mij betreft dat dit een milde(re) vorm van horizontale werking is die met voldoende waarborgen omkleed is om verrassingsuitspraken te voorkomen dan wel te beperken.⁸⁹

Ik heb echter meer moeite met de situatie waarin een private partij te goeder trouw uitgaat van de toepasselijkheid van een nationale regeling en met onmiddellijke en ingrijpende nieuwe verplichtingen wordt geconfronteerd nadat blijkt dat die regeling *ex tunc* buiten toepassing moet blijven. Immers, in die situatie is het aanvankelijk de lidstaat die heeft verzuimd om te voldoen aan zijn verplichtingen onder het Unierecht. Dat gegeven neemt op zichzelf niet weg dat in de horizontale rechtsverhouding het dan alsnog wenselijk is dat het door het Unierecht verleende recht effectief beschermd wordt. Het is mijns inziens echter onbevredigend dat een private partij (te goeder trouw) de lasten moet dragen van een fout van de lidstaat, althans voor zover het gaat om Unierecht dat geen directe horizontale werking heeft. Als het wel om een regel met directe horizontale werking gaat, dan vormt eventuele daarmee onvereenigbare regelgeving van de lidstaat geen beletsel voor het bestaan van verplichtingen van de private partij direct op basis van de direct horizontaal werkende bepaling van Unierecht.⁹⁰ In de civiele procedure is een beroep van deze partij op de bescherming van haar gewettigd vertrouwen, zoals besproken, zinloos. De partij lijkt niet te kunnen ontkomen aan de verplichtingen die voortvloeien uit de niet-toepasselijkheid van de problematische nationale regel.

Hoewel het een logische gedachte is dat de met nieuwe verplichtingen geconfronteerde partij de gemaakte kosten c.q. geleden schade kan verhalen op de lidstaat, blijkt dat niet eenvoudig. In de eerste plaats biedt de toepassing van het Unierechtelijke beginsel van lidstaataansprakelijkheid om meerdere redenen geen soelaas. Het relativiteitsvereiste en het vereiste dat sprake moet zijn van een voldoende gekwalificeerde schen-

87. Johann Wolfgang von Goethe in *Götz von Berlichingen*, Erster Akt – Jagsthausen. Götzens Burg/Götz.

88. Als de fundamentele vrijheid geen directe horizontale werking zou hebben (en dan dus de in het Unierecht geaccepteerde rechtvaardigingsgronden voor beperkingen van fundamentele vrijheden ook niet direct van toepassing zouden zijn), zou de belangenafweging tussen de vrijverkeersbepaling en het daar tegenovergestelde (fundamentele) belang normaliter plaatsvinden onder de zorgvuldigheidstoets van art. 6:162 BW (voor zover nodig conform het Unierecht geïnterpreteerd).

89. Verrassingsuitspraken zouden kunnen voorkomen voor zover *contra legem* uitleg is toegestaan in de desbetreffende lidstaat. Maar ook dan geldt dat de toepassing van *contra legem* interpretatie in de nationale rechtsorde met zoveel waarborgen omkleed is dat wanneer zij daadwerkelijk wordt toegepast daarvoor genoeg reden is. Denk in Nederland bijvoorbeeld aan de strenge eisen die gelden voor een toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2(2) en art. 6:248(2) BW). Een ander voorbeeld is de Duitse *Verfassungsbeschwerde*. Zie: J. Neuner, *Die Rechtsfindung contra legem*, 2e druk, München: C.H. Beck 2005. Casebook 2017, n. 24, p. 380-384.

90. Een voorbeeld hiervan biedt de zaak *Laval* en de daarin in laatste instantie gedane uitspraak van de *Arbetsdomstolen*, n. 78. Aronstein 2019, n. 3, par. 3.3.2.

ding vormen in dezen de belangrijkste obstakels.⁹¹ In de tweede plaats is een beroep op nationale regelingen inzake overheidsaansprakelijkheid evenmin eenvoudig. Een snelle blik op het leerstuk van overheidsaansprakelijkheid naar Nederlands recht biedt weinig hoop.⁹² Een schending van de lidstaat om aan zijn Unierechtelijke verplichtingen te voldoen strandt in dit type geval naar alle waarschijnlijkheid op het relativiteitsbeginsel. Doorgaans is er in deze gevallen immers geen sprake van de schending van een subjectief recht van deze private partij. Mogelijk zal daarom de oplossing gevonden moeten worden in het leerstuk van nadeelcompensatie, dat zich echter ook niet zonder aanpassing lijkt te lenen voor deze situatie. Een Unierechtelijke oplossing voor deze situatie bestaat in ieder geval (nog) niet.

Kortom, hoewel de sterke focus van het Hof van Justitie op de effectiviteit en effectieve rechtsbescherming van Unierecht in veel gevallen te billijken is, leidt die focus soms tot de onbevredigende situatie dat de wederpartij van de beschermde partij de dupe wordt van een lidstaat die zijn verplichtingen onder Unierecht niet is nagekomen.

7 I'm altering the deal. Pray I don't alter it any further

De uitspraken van het Hof van Justitie waarin het de directe horizontale werking van fundamentele vrijheden erkent, hebben veel stof doen opwaaien.⁹³ Dat geldt zo mogelijk nog meer voor de uitspraken waarin het Hof oordeelt dat nationale regelingen die in strijd zijn met bepaalde bepalingen van Unierecht in een civiele procedure buiten toepassing moeten worden gelaten.⁹⁴ Een van de populairdere kritiekpunten over deze uitspraken was dat het Hof zijn bevoegdheid te buiten zou zijn gegaan. De kritiek op de uitspraken en de wijze waarop het Hof van Justitie steeds een stapje verder gaat, doet mij denken aan een scène uit Star Wars. In een dialoog met Darth Vader roept Lando: 'That wasn't part of the deal!', waarop

Darth Vader antwoordt: 'I am altering the deal. Pray I don't alter it any further'.⁹⁵

Deze vergelijking van het Hof van Justitie met Darth Vader – voor de niet ingewijde lezer: dat is de slechterik – moet niet verkeerd worden opgevat: de oordelen van het Hof van Justitie zijn vanuit het perspectief van effectiviteit en effectieve rechtsbescherming vaak goed te begrijpen. Bovendien is het Hof zijn bevoegdheid niet te buiten gegaan door te oordelen dat nationale wetgeving die in strijd is met het verbod op leeftijdscriminatie buiten toepassing moet worden gelaten. Immers, (dergelijke) algemene beginselen van Unierecht en Handvestbepalingen behoren tot het primaire Unierecht en met het oog op de beginselen van effectiviteit, voorrang en loyale samenwerking is het niet vreemd dat met primair Unierecht in strijd zijnde nationale wetgeving buiten toepassing moet worden gelaten, althans voor zover de desbetreffende wetgeving onder het toepassingsbereik van het Unierecht valt.⁹⁶ Dat een rechter – of dat nu een nationale rechter is of het Hof van Justitie – voorkeur geeft aan individuele rechtsbescherming boven de bescherming van rechtszekerheid of gewettigd vertrouwen is overigens ook geen onbekend fenomeen.⁹⁷ Desalniettemin lijken de keuzes van het Hof van Justitie niet steeds even doordacht als het gaat om de precieze rechtsgevolgen ervan voor horizontale rechtsverhoudingen. Toch verwacht ik niet dat het Hof van Justitie aan de in deze bijdrage besproken doorwerkingsvormen zal gaan tornen of erop terug zal komen. Integendeel, ik verwacht dat het Hof ook een progressieve houding aanneemt ten aanzien van de doorwerking van Handvestbepalingen in horizontale rechtsverhoudingen.⁹⁸

91. Ik kan daar op deze plaats helaas niet verder op ingaan en verwijs naar een andere bijdrage van mijn hand: Aronstein 2018, n. 47 en par. 8.4 van mijn promotieonderzoek: Aronstein 2019, n. 3.

92. *Ibid.*

93. Vgl. W. Kluth, Die Bindung privater Wirtschaftsteilnehmer an die Grundfreiheiten des EG Vertrages, 122 Archiv des öffentlichen Rechts 1997, p. 557-582, op p. 571. R. Streinz & S. Leible, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht Heft 15/2000, p. 459-467, p. 462.

94. Vgl. Conclusie A-G Mázak van 15 februari 2007 in C-411/05, ECLI:EU:C:2007:604 (*Palacios de la Villa*), punt 79-97. L. Gerken, V. Rieble, G.H. Roth, T. Stein & R. Streinz, 'Mangold' als Ausbrechender Rechtsakt, München: Sellier. European Law Publishers 2009. T. Maciejewski & J.T. Theilen, Temporal aspects of the interaction between national law and EU law: reintroducing the protection of legitimate expectations, 42 European Law Review 2017, 5, p. 706-721, op p. 712-717. Bobek 2012, n. 70, p. 318. Madsen, Palmer Olsen & Sadl 2017, n. 83. Sadl & Mair 2017, n. 86. Ebers 2016, n. 15, p. 6-7 en 106-110. De kwestie haalde zelfs de Frankfurter Allgemeine Zeitung van 3 december 2005, nr. 282, p. 11: Tugendterror aus Luxemburg, door Joachim Jahn. Zie ook R. Herzog, Stoppt den europäischen Gerichtshof!, Frankfurter Allgemeine Zeitung 8 september 2008.

95. Star Wars: Episode V – The Empire Strikes Back (1980).

96. Zie bijvoorbeeld Conclusie A-G Bot van 7 juli 2009 in C-555/07, ECLI:EU:C:2009:429 (*Kücükdeveci*), punt 71-86. R. Waltermann, Bemerkungen zu den Rechtssachen Mangold und Palacios de la Villa, in: H. Konzen, S. Krebber, T. Raab, B. Veit & B. Waas (red.), Festschrift für Rolf Birk zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen: Mohr Siebeck 2008, p. 915-928, op p. 919-920. M. Dougan, In defence of Mangold, in: A. Arnull, C. Barnard, M. Dougan & E. Spaventa (red.), A constitutional order of States. Essays in EU law in honour of Alan Dashwood, Oxford: Hart Publishing 2011, p. 219-244. I.V. Aronstein, The principle of proportionality in legal relationships between private parties: its versatility and its bottlenecks, in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh & L.A.D. Keus, The influence of EU Law on national private law, Deventer: Kluwer 2014, p. 251-269. Asser/Hartkamp 2019/144 en 159. S.W. Haket, The Danish Supreme Court's Ajos judgment (Dansk Industri): Rejecting a consistent interpretation and challenging the effect of a general principle of EU law in the Danish legal order, 10 Review of European Administrative Law 1 (2017), p. 135-151, p. 145-146. Zie ook de bekende *Honeywell*-zaak waarin het *Bundesverfassungsgericht* oordeelde dat de uitspraak van het Hof van Justitie in *Mangold* niet *ultra vires* was: BVerfG 6 juli 2010, NJW 2010, 3422 (*Honeywell / X*). Casebook 2017, n. 24, p. 303-305.

97. Denk bijvoorbeeld alleen al aan de open norm voor aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad zoals geïntroduceerd in jubilaris HR 31 januari 1919, NJ 1919, p. 161 (Lindenbaum / Cohen).

98. Zie bijvoorbeeld de progressieve attitude van het Hof in *Egenberger*, n. 32. *Shimizu*, n. 32. *Bauer & Broßmann*, n. 28. *Cresco Investigation*, n. 32.

In plaats van in de civiele procedure, moet mijns inziens de oplossing voor de in de voorgaande paragraaf geschetste problematiek naar aanleiding van de gevolgen van een materiële compatibiliteitstoets gevonden worden in overheidsaansprakelijkheid en nadeelcompensatie van de benadeelde partij. In ieder geval is het in mijn ogen wenselijk dat voor situaties die voortkomen uit gevallen zoals *Mangold*, *Kücükdıveci*, *Dansk Industri*, *Egenberger*, *Shimizu*, en *Bauer & Broßonn* voldoende mogelijkheid bestaat voor de met nieuwe verplichtingen geconfronteerde partij om verhaal te zoeken bij de lidstaat die verantwoordelijk is voor de met het Unierecht in strijd zijnde regelgeving. Er bestaat namelijk geen rechtvaardiging voor het resultaat dat een private partij die gerechtvaardigd heeft vertrouwd op de desbetreffende regelgeving deze lasten moet dragen en de lidstaat niet ter verantwoording kan worden geroepen. Maar omdat die situaties geen door het Unierecht verleend recht betreffen, zullen het effectiviteitsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming in die zaken geen gamechanger zijn. Dat deze beginselen wel een gamechanger zijn (geweest) voor de doorwerking van Unierechtelijke rechten en remedies voor inbreuken daarop moge duidelijk zijn. De besproken keerzijden van de toepassing van het effectiviteitsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming verdienen weliswaar aandacht, maar zij overschaduwen mijns inziens de voordelen niet.