

Europeanisering van vermogensrecht

Prof.mr. A.L.M. Keirse

Prof.mr. P.M. Veder

Preadviezen 2010
uitgebracht voor de
Vereniging voor Burgerlijk Recht

Europeanisering van vermogensrecht

Prof. mr. A.L.M. Keirse
Hoogleraar burgerlijk recht aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van
de Universiteit Utrecht en raadsheer bij het Hof Arnhem

Prof. mr. P.M. Veder
Hoogleraar burgerlijk recht aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van
de Universiteit Utrecht en advocaat bij RESOR NV te Amsterdam

Europeanisering van vermogensrecht

Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht 2010

 **Kluwer**
a Wolters Kluwer business

Deventer 2010

Grafische vormgeving: Bert Arts bNO

ISBN 978 90 13 08036 0
NUR 822-205

© 2010 A.L.M. Keirse, P.M. Veder

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. het Besluit van 27 november 2002, *Stb.* 2002, 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op al onze aanbiedingen en overeenkomsten zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Kluwer bv, gedeponeerd ter griffie van de Rechtbank te Amsterdam op 8 augustus 2007 onder depotnummer 127/2007. Deze vindt u op www.kluwer.nl.

Inhoudsopgave

Prof. mr. A.L.M. Keirse

Deel I Europeanisering van verbintenissenrecht	9
I Inleiding	11
1.1 Het onderwerp van het preadvies	11
1.1.1 Vraagstelling	11
1.1.2 Verantwoording en doel	11
1.2 De opzet van het preadvies	12
1.2.1 Vertrekpunt: Chaostheorie	12
1.2.2 Drieluik	13
1.3 Terminologie	13
2 Regelgeving	15
2.1 Europeanisering van en door regelgeving	15
2.2 Europeanisering door regelgeving	16
2.2.1 Competenties voor een 'top down' benadering	16
2.2.2 Beperkte regelgevende bevoegdheid	16
2.2.3 Voorgeschiedenis	20
2.2.3.1 <i>Op weg naar een instrument van Europees verbintenissenrecht</i>	20
2.2.3.2 <i>80% mythe</i>	20
2.2.3.3 <i>Herhaalde oproep van het Europees Parlement</i>	21
2.2.3.4 <i>Actieplan van de Europese Commissie</i>	22
2.2.3.5 <i>Ingeslagen koers naar een instrument voor Europees verbintenissenrecht</i>	24
2.2.3.6 <i>Beleidsopties voor de ontwikkeling van een Europees contractenrecht</i>	26
2.3 Uniformering	28
2.3.1 Bronnen van uniform Europees privaatrecht	28
2.3.2 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie	28
2.3.3 Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden	29
2.3.4 Uniformering via andere verdragen	30
2.3.5 Verordeningen	31
2.3.6 Uniformerende beleidsopties	32

2.4	Harmonisering	33
2.4.1	Europeanisering door harmonisering	33
2.4.2	Richtlijnen	33
2.4.3	Mate van harmonisatie	35
2.4.3.1	<i>Interactie</i>	35
2.4.3.2	<i>Minimum of maximum</i>	35
2.4.4	Geharmoniseerd verbintenissenrecht	36
2.4.4.1	<i>Een overzicht</i>	36
2.4.4.2	<i>Consumentenacquis</i>	37
2.4.4.3	<i>Overig contractenrecht</i>	39
2.4.4.4	<i>Buiten-contractueel verbintenissenrecht</i>	41
2.4.5	Herziening van het consumentenacquis	42
2.4.5.1	<i>Motivering en doel</i>	42
2.4.5.2	<i>Raadpleging</i>	44
2.4.5.3	<i>Nieuwe aanpak van harmonisering</i>	45
2.4.6	Richtlijn Consumentenrechten	46
2.4.6.1	<i>Voorstel van de Europese Commissie</i>	46
2.4.6.2	<i>Kritisch onthaal in academische kring</i>	48
2.4.6.3	<i>Advies van het Comité van de Regio's</i>	49
2.4.6.4	<i>Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité</i>	50
2.4.6.5	<i>Beraadslaging in de Raad van de Europese Unie</i>	50
2.4.6.6	<i>Ontwerpwetgevingsresolutie van het Europees Parlement</i>	51
2.4.6.7	<i>Vooruitblik</i>	52
2.4.7	Harmoniserende beleidsopties	53
2.5	Kruisbestuiving	53
2.5.1	Convergentie	53
2.5.1.1	<i>'Bottom up'</i>	53
2.5.1.2	<i>Spontane Europeanisering</i>	54
2.5.1.3	<i>Open methode van coördinatie</i>	54
2.5.1.4	<i>Convergerende beleidsopties</i>	55
2.5.2	(Inter)nationalisering	55
2.5.2.1	<i>Internationalisering</i>	55
2.5.2.2	<i>Nationalisering</i>	57
2.6	Tot besluit	59
2.6.1	Europeanisering van en door regelgeving gekwalificeerd	59
2.6.2	Mate van Europeanisering; een kwantificering	60
2.6.3	Wenk voor de Europese regelgever	62
2.6.3.1	<i>Verwachtingen niet waargemaakt</i>	62
2.6.3.2	<i>Herziening van het consumentenacquis geëvalueerd</i>	64
2.6.3.3	<i>Zelfregulering; geen alternatief</i>	65

2.6.3.4	<i>Een bindend instrument tot vaststelling van Europees verbintenissenrecht: Thans geen optie</i>	66
2.6.3.5	<i>Gemeenschappelijk referentiekader als gereedschapskist</i>	69
2.6.3.6	<i>Optioneel instrument: 28^{ste} stelsel</i>	70
2.6.4	Op de zaken vooruitlopend	74
3	Rechtspraak	77
3.1	Europeanisering van en door rechtspraak	77
3.2	Europese Hof van Justitie	78
3.3	Europese Hof voor de Rechten van de Mens	83
3.4	Nationale rechter	84
3.5	Tot besluit	86
4	Rechtswetenschap	87
4.1	Europeanisering van en door rechtswetenschap	87
4.2	Historie	87
4.3	Re-Europeanisering door rechtswetenschap	89
4.3.1	Professorenrecht	89
4.3.2	Wetenschappelijke activiteiten	89
4.3.2.1	<i>Rechtsvergelijkende literatuur</i>	89
4.3.2.2	<i>Common Core of European Private Law</i>	90
4.3.2.3	<i>Ius Commune Casebooks for the common law of Europe</i>	91
4.3.2.4	<i>Unidroit Principles of International Commercial Contracts</i>	91
4.3.2.5	<i>Principles of European Contract Law</i>	92
4.3.2.6	<i>Code Européen des Contrats</i>	93
4.3.2.7	<i>Principles of European Tort Law</i>	93
4.3.2.8	<i>Principles of European Law</i>	94
4.3.2.9	<i>Principles of the Existing EC Contract Law</i>	95
4.3.2.10	<i>Draft Common Frame of Reference</i>	95
4.3.2.11	<i>EC Consumer Law Compendium & EU Consumer Law Acquis Database</i>	96
4.4	Re-Europeanisering van rechtswetenschap	96
4.5	Ius commune Europaeum: verleden, en ook toekomst?	98
4.5.1	De papieren van de rechtswetenschap	98
4.5.2	Toetsingsmaatstaf	98
4.5.3	Praktijk als toetssteen voor de wetenschap	100
4.5.4	Tweerichtingsverkeer	101
4.5.5	Een optioneel stelsel als beter recht voor morgen	102
4.5.6	Beleidslijnen voor aansprakelijkheidsrecht	103
4.6	Tot besluit	104

INHOUDSOPGAVE

5	Europeanisering is een werkwoord	107
5.1	Een proces in beweging	107
5.2	Verticaal, horizontaal en diagonaal bewegende circulaire processen	107
5.3	Het verbintenissenrecht van morgen	108
	Bibliografie	III
	Prof. mr. P.M. Veder	
	Deel 2 Europeanisering van zekerheid op roerende zaken – tussen zekerheid en bescheidenheid	141
1	Inleiding	143
2	Zekerheidsrechten op roerende zaken in het grensoverschrijdende handels- en financieringsverkeer	147
2.1	Verschillen in het goederenrecht	147
2.2	Verschillen in het internationaal privaatrecht	148
2.3	Verschillen in het executie- en insolventierecht	152
3	Europese initiatieven	155
3.1	Ontwerprichtlijn 1973	155
3.2	Ontwerprichtlijn 1979/1980	158
3.3	Richtlijn 2000/35/EG van 29 juni 2000 betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties	160
3.4	UNIDROIT Verdrag inzake internationale zekerheden op mobiel materieel	167
3.5	Verordening (EG) 2000/1346 betreffende insolventieprocedures	169
3.6	Tussenbalans	172
4	Uniforme verwijzings- en erkenningsregels met betrekking tot zekerheidsrechten op roerende zaken	175
5	Een Europees Zekerheidsrecht	181
5.1	Functionele benadering	182
5.2	Vestiging	183
5.3	Registratie en derdenwerking	185
5.4	Inbedding in de nationale rechtsorde van de lidstaten	186
5.5	Beperking tot grensoverschrijdende verhoudingen?	189
6	Tot besluit	191
	Bibliografie	193

DEEL 1 EUROPEANISERING VAN
VERBINTENISSENRECHT

Prof. mr. A.L.M. Keirse

I Inleiding

1.1 Het onderwerp van het preadvies

1.1.1 VRAAGSTELLING

Het verbintenissenrecht verandert voortdurend. Sommige deelgebieden van het verbintenissenrecht maken een revolutionaire ontwikkeling door. Op andere deelterreinen is de beweging veeleer een evolutionair proces. En een aantal onderdelen van verbintenissenrecht is min of meer rustig bezit geworden of altijd al geweest.

Deze ontwikkelingen hebben evenwel met elkaar gemeen dat zij niet meer louter nationaal worden bepaald. De beweging van verbintenissenrecht is gedernationaliseerd en geëuropeaniseerd. De belangrijkste wijzigingen van verbintenissenrecht zijn thans van Europese komaf of zijn in meer of mindere mate door Europeanisering gekleurd. Dit preadvies onderzoekt wat het verbintenissenrecht als gevolg van Europeanisering te wachten staat.

Onderwerp van dit preadvies is aldus de Europeanisering van het verbintenissenrecht, oftewel de impact van ‘Europa’ op het verbintenissenrecht. Het gaat daarmee over de interactie tussen het verbintenissenrecht van de Europese Unie, het nationale verbintenissenrecht en de rechtsvergelijking.

Meer concreet gesteld beantwoordt dit preadvies een drietal door de Vereniging voor Burgerlijk Recht voorgelegde vragen: is er sprake van Europeanisering van het verbintenissenrecht, hoe moet deze worden gekwalificeerd en wat zal in dit verband de toekomst brengen?

1.1.2 VERANTWOORDING EN DOEL

Er is goede reden juist deze vragen te onderzoeken. De communicatie tussen het verbintenissenrecht van de Europese Unie en het nationale verbintenissenrecht verloopt niet optimaal. Onder beoefenaren van het Nederlandse verbintenissenrecht kan het Europese recht niet op veel belangstelling rekenen en heeft de Europeanisering van het vakgebied geenszins een goede reputatie.

In het *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* is gesuggereerd dat het ‘Europees Recht ons Burgerlijk Wetboek verknoeit’.¹ Gesproken wordt in termen van ‘ondergraving van het systeem’ en van de ‘benarde positie’ van de Nederlandse wetgever die ‘beklemd zit tussen ons nationale systeem en een dictaat vanuit Europa’.² ‘Ons BW loopt ernstig gevaar’, zo wordt in hetzelfde vakblad alarm geslagen, ‘en dat gevaar heet Europa’.³

Dit preadvies wil een ander geluid laten horen. Het wil onder meer het beeld dat het nationale recht lijdzzaam de doorwerking van het Europese recht heeft te ondergaan, bijstellen. Dit beeld doet het nationale recht te kort. Het Europese recht is voor zijn ontstaan, ontwikkeling en betekenis van het nationale recht afhankelijk.

Het beeld dat bij menig civilist bestaat over de Europeanisering van het verbintenissenrecht, doet weinig recht aan de werkelijkheid. Zo wordt de Europeesrechtelijke dimensie van het Nederlandse verbintenissenrecht, hoewel bevreesd, door velen ook onderschat. Anders dan door menig rechtsbeoefenaar wordt gedacht en geleerd, heeft het Europese recht op het terrein van het verbintenissenrecht veel meer te bieden dan hetgeen voortvloeit uit een reeks richtlijnen die de laatste decennia in het nationale recht zijn geïmplementeerd.

Geconstateerd kan worden dat er een grote kloof bestaat tussen Europeanisering op papier en Europeanisering in werkelijkheid. Dit preadvies wil de discrepantie tussen wat is en wat zou kunnen zijn, verkleinen; ‘law in the books’ naar ‘law in action’ vertalen. Voor de rechtspraktijk valt hier winst te behalen. Internationaal recht moet immers nationaal gehandhaafd worden.

1.2 De opzet van het preadvies

1.2.1 VERTREKPUNT: CHAOSTHEORIE

Het uitgangspunt van dit preadvies is dat orde uit chaos ontstaat. Dat is de onvermijdelijke gang van zaken die doorwerkt in alledaagse processen, waaronder de ontwikkeling van het recht.

Chaos wordt in de regel negatief gekwalificeerd, ook daar waar vernieuwing wordt nagestreefd. Dit is paradoxaal. Voor werkelijke vernieuwing is chaos namelijk onvermijdelijk. Verandering vergt een overgang van een oude vorm van orde naar een nieuwe vorm van orde. Bij het loslaten van de oude orde komt chaos vrij. Van daaruit kan een nieuwe orde ontstaan. Het tegengaan van chaos is het vasthouden aan een oude orde. Vanuit de overtuiging dat juist verstarring moet worden vermeden is het niet te gedurfd chaos te omarmen.

¹ Bollen en De Groot 1995, p. 1.

² Fesevur 2005, p. 287.

³ Valk 2007, p. 5.

De voortschrijdende globalisering en de toenemende invloed van Europees recht heeft verbrokkeling noodzakelijk tot gevolg. Het Europese recht is een verzameling van incidentele regels, verdeeld over verdragen, verordeningen, richtlijnen en rechtspraak, en daarmee op zich een dynamisch en verbrokkeld geheel. Met decentralisatie van de daaruit voortvloeiende rechtsbescherming over aanvankelijk 6, later 9, toen 12, 15 en inmiddels 27 lidstaten is het een gegeven dat fragmentatie en incoherentie voortdurend op de loer liggen.

Dit is evenwel minder problematisch dan veelal wordt gedacht. Alle rechtssystemen zijn aan een proces van verbrokkeling onderhevig en worden bij gebruik complexer.⁴ De toepassing van een rechtssysteem leidt immers tot verfijningen, vertakkingen en schakeringen, zeker bij een veranderende en complexer wordende maatschappij waarin het functioneert.

Europeanisering van recht komt in verschillende vormen en technieken. Europees recht komt onder meer voort uit verdragen en Europese richtlijnen. Bronnen van Europees recht zijn ook algemene rechtsbeginselen. Voorts leidt rechtswetenschappelijk onderzoek naar de regels die de nationale rechtsstelsels gemeen hebben, tot Europese kleuring. Een vergelijkbaar effect sorteren rechtsvergelijkende analyses van casus die ondanks onderscheid in nationale regels of begrippen dezelfde oplossing krijgen. Dit preadvies beoogt te veraanschouwelijken dat deze verschillende technieken elkaar niet beconcurreren, maar elkaar juist aanvullen en versterken. Gezamenlijk hebben deze methoden bijgedragen aan de vorming van een Nederlands verbintenissenrecht met een deels Europese snit.

1.2.2 DRIELUIK

Dit preadvies laat zich lezen als een drieluik. Het eerste paneel schetst de Europeanisering van en door *regelgeving*. Het tweede paneel vervolgt met een onderzoek naar de invloed van *rechtspraak* op het proces van Europeanisering. De *rechtswetenschap* tekent het derde paneel. In het vijfde en laatste hoofdstuk wordt de balans opgemaakt.

1.3 Terminologie

Europeanisering van recht is een concept met verschillende facetten. Het is niet in één betekenis te vangen. Waar het om gaat varieert van formele afspraken tussen lidstaten van de Europese Unie tot de standaardisering van gebruiken en van uniformering van regelgeving tot convergentie van levenswijzen. Europeanisering vindt plaats door regelgeving, door rechtspraak, door het vervaardigen van ‘soft law’

4 Zie Snijders 2007, p. 10.

en door het politieke en rechtswetenschappelijke debat over de toekomst van het Europese recht.

Europeanisering behelst onder meer uniformering, harmonisering en convergentie. Convergentie is van de drie het meest ruime begrip en omvat de andere twee. Onder convergentie wordt het naar elkaar toe bewegen van rechtsstelsels of rechtsregels verstaan. Dit kan plaatsvinden in de vorm van uniformering of harmonisering, maar ook het spontaan naar elkaar toegroeien en de beïnvloeding door gemeenschappelijke beginselen vallen onder het bereik van het begrip. Uniformering onderscheidt zich van harmonisering door rechtstreekse werking. Bij uniformering maakt het geheel van regels rechtstreeks deel uit van de interne rechtsorde. Er bestaat daarbij geen ruimte voor plaatselijke keuzemogelijkheden betreffende de toepassing van de regels. Bij harmonisering kunnen de van boven af opgelegde regels bij de toepassing hiervan in meer of mindere mate aan nationale voorkeuren en situaties worden aangepast. Harmonisering kan derhalve niet tot een overkoepelend uniform rechtsstelsel leiden, nu deze convergentie via de band van nationale rechtsstelsels loopt.

Europeanisering brengt overigens niet altijd met zich dat de betrokken nationale systemen naar elkaar toegroeien. De impact van Europa is gedifferentieerd en convergentie laat zich afwisselen met divergentie.

Dit preadvies handelt over de Europeanisering van verbintenissenrecht. Daarvan is sprake daar waar verbintenissenrecht dat binnen de nationale rechtssfeer geldt, van Europese komaf is, dan wel in belangrijke mate door Europees recht of door Europese integratie is bepaald.

Het begrip Europees recht wordt in de eerste plaats ingekleurd door het recht van de Europese Unie, oftewel het Unierecht, vóór het Verdrag van Lissabon van 1 december 2009 aangeduid als het communautaire recht of gemeenschapsrecht. Maar Europees recht is ook het recht van de Raad van Europa en het daarvan deel uitmakende Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Het Europese recht speelt veelal op meerdere velden, die van de Unie en van de lidstaten, waarbij recht uit Europese bron zich met nationaal recht mengt.

2 Regelgeving

2.1 Europeanisering van en door regelgeving

Europeanisering van het privaatrecht vindt in belangrijke mate plaats in en door middel van (Europese en nationale) regelgeving. Allereerst is er uniforme, Europese, privaatrechtelijke regelgeving die rechtstreeks en met voorrang boven afwijkend nationaal privaatrecht in de lidstaten van toepassing is. Dit betreft het in de lidstaten rechtstreeks toepasselijke, in Unieregelgeving vervatte privaatrecht dat in alle lidstaten gelijke gelding heeft. Daarnaast valt te wijzen op nationaal privaatrecht waarvan de inhoud door regelgeving op unitair niveau is bepaald. Het gaat hier om in Europees verband geharmoniseerd privaatrecht. Ten slotte kennen de nationale regelgevingen spontane beïnvloeding door buurlanden en instellingen van de Europese Unie en worden op hun beurt de activiteiten van de instellingen van de Unie beïnvloed door wat er in de verschillende lidstaten gebeurt.

De hier te onderkennen sleutelwoorden zijn uniformering, harmonisering en convergentie. Deze drie processen worden hieronder besproken, voor zover het gaat om Europeanisering van en door *regelgeving*.¹ Van Europeanisering *van* regelgeving is sprake daar waar regelgeving die binnen de nationale rechtssfeer geldt van Europese komaf is, dan wel in belangrijke mate door Europese integratie is bepaald. Het betreft kort gezegd nationale wetgeving met een Europese voedingsbodem. Van Europeanisering *door* regelgeving spreek ik indien de regelgeving, bijvoorbeeld in de vorm van een verdrag, verordening of richtlijn, het instrument, oftewel het voertuig voor Europeanisering is.

Europeanisering van en door regelgeving gaat soms, maar niet steeds samen. Waar bijvoorbeeld een Europese richtlijn wordt geïmplementeerd in nationale wetgeving fungeert deze tegelijkertijd als voeding en voertuig. Maar nationale wetgeving kan ook op meer indirecte wijze worden gevormd of beïnvloed door Europese integratie, onder meer door de opkomst van de open methode van coördinatie.

¹ In de volgende hoofdstukken volgt aandacht voor Europeanisering van en door rechtspraak respectievelijk rechtswetenschap.

Alvorens in de paragrafen 2.3 tot en met 2.5 (een momentopname van) de *status quo* van Europeanisering van en door regelgeving te presenteren, volgt hieronder eerst een problematiserende schets van het dynamische proces van Europeanisering door regelgeving op verbintenissenrechtelijk terrein. Verderop in dit hoofdstuk, in paragraaf 2.5.2, wordt Europeanisering kort gespiegeld met (inter)nationalisering. Tot besluit wordt in de slotparagraaf (2.6) de actuele Europeanisering van het verbintenissenrecht gekwantificeerd en gekwalificeerd.

2.2 Europeanisering door regelgeving

2.2.1 COMPETENTIES VOOR EEN 'TOP DOWN' BENADERING

De kortste weg naar Europeanisering van het privaatrecht door invoering van een burgerlijk wetboek op Europees niveau staat (vooralsnog) niet open. Het Unierecht biedt immers geen grondslag voor een dergelijke radicale wijze van Europeanisering van privaatrecht. De Europese Unie kan slechts optreden voor zover daartoe een bevoegdheid bestaat in het Europese recht, in het bijzonder in het Verdrag betreffende de werking van Europese Unie (hierna: VwEU). Voor een stelselmatige bemoeienis met het privaatrecht en een van bovenaf opgelegde uniformiteit ontbeert de Unie thans bevoegdheid.² Hier zij opgemerkt dat, indien de politieke wil van elk der lidstaten daarop gericht is, bij een nieuw verdrag in beginsel onbeperkte bevoegdheden op het terrein van het privaatrecht kunnen worden gecreëerd. Die politieke wil ontbreekt momenteel evenwel.

2.2.2 BEPERKTE REGELGEVENDE BEVOEGDHEID

De bevoegdheden waarover de Unie naar huidig recht wel beschikt, hangen samen met haar doelstellingen. Een belangrijk doel is allereerst de bevordering van de harmonische, evenwichtige en duurzame ontwikkeling van de economische activiteiten binnen de Unie.³ Voorop staat de verwezenlijking van de interne markt. Het vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal vormen samen met de mededingingsbepalingen de ruggengraat van deze interne markt.⁴ Indien en voor zover nationaal recht in de weg staat aan de werking van de interne markt, is de Europese Unie in beginsel bevoegd om op te treden, ook op privaatrechtelijk terrein.

² Zie ook hierna paragraaf 2.6. Zie ook, zij het voorzichtiger, ICER 2008, p. 17; Keus 2010, p. 87.

³ Artikel 2 EG, inmiddels geschrapt en ten gronde vervangen door artikel 3 VwEU. Zie ook Smits 2006, p. 60; Dehullu 2009, p. 53.

⁴ Artikel 3 EG, thans geschrapt en ten gronde vervangen door de artikelen 3 t/m 6 VwEU, spreekt van een interne markt, gekenmerkt door de afschaffing tussen de lidstaten van hinderpalen voor het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal. Artikel 14 EG, thans artikel 26 VwEU stelt dat de interne markt 'een ruimte zonder binnengrenzen' omvat, waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd. Deze vier vrijheden zijn in afzonderlijke verdragsartikelen uitgewerkt. Zie ook Keus 2010, p. 17.

Artikel 115 VwEU (94 EG) geeft de Raad van Ministers de bevoegdheid om ‘na raadpleging van het Europees Parlement en het Economisch en Sociaal Comité met eenparigheid van stemmen, volgens een bijzondere wetgevingsprocedure, richtlijnen vast te stellen voor de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten welke rechtstreeks van invloed zijn op de instelling of de werking van de interne markt’. In deze bevoegdheidsbepaling ligt een drievoudige clausulering besloten. De besluitvorming dient ten eerste unaniem te geschieden. Het instrumentarium is bovendien tot richtlijnen beperkt. En de maatregel kan tot slot slechts worden getroffen, indien er sprake is van een rechtstreekse interferentie met de interne markt.⁵ De meest gehanteerde rechtsgrondslag voor maatregelen ter verwezenlijking van de interne markt is dan ook een andere, namelijk artikel 114 VwEU (voorheen 95 EG, daarvoor 100A EG). Op grond van deze bepaling kan de Raad tezamen met het Europees Parlement ‘volgens de gewone wetgevingsprocedure en na raadpleging van het Economisch en Sociaal Comité maatregelen vaststellen inzake de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten die de instelling en de werking van de interne markt betreffen’.

In het bekende *Tabaksreclame*-arrest spreekt het Hof van Justitie uit dat de Europese regelgever geen algemene bevoegdheid toekomt om de interne markt te reguleren:

‘In hun onderlinge samenhang gelezen, blijkt uit die bepalingen (betreffende de interne markt; AlmK), dat de in artikel 100 A, lid 1, van het Verdrag (thans artikel 114 VwEU; AlmK) bedoelde maatregelen de voorwaarden voor de instelling en de werking van de interne markt dienen te verbeteren. Een uitlegging van dat artikel, volgens welke de gemeenschapswetgever daarin een algemene bevoegdheid wordt verleend om de interne markt te reglementeren, zou niet alleen indruisen tegen de tekst zelf van bovengenoemde bepalingen, maar zou ook onverenigbaar zijn met het in artikel 3 B EG-Verdrag (thans artikel 5 EG) neergelegde beginsel dat het bij de bevoegdheden van de Gemeenschap om toegekende bevoegdheden gaat.

Bovendien moet een op basis van artikel 100 A van het Verdrag vastgestelde handeling metterdaad ten doel hebben, de voorwaarden voor de instelling en de werking van de interne markt te verbeteren. Zo de loutere vaststelling van verschillen tussen nationale regelingen en van het abstracte risico van daaruit voortvloeiende belemmeringen van de fundamentele vrijheden of mededingingsverstoringen volstond om de keuze van artikel 100 A als rechtsgrondslag te rechtvaardigen, zou het rechterlijk toezicht op de eerbiediging van de rechtsgrondslag niet doeltreffend meer kunnen zijn. Het Hof zou de hem bij artikel 164 EG-Verdrag (thans artikel 220 EG) opgedragen taak – het verzekeren van de eerbiediging van het recht bij de uitlegging en toepassing van het Verdrag – dan niet langer kunnen vervullen.

5 Waar artikel 115 VwEU spreekt van bepalingen die rechtstreeks van invloed zijn op de instelling of de werking van de interne markt, ziet artikel 114 VwEU ook op voorschriften die de instelling en de werking van de markt betreffen.

Daarom moet het Hof bij het toezicht op het gebruik van artikel 100 A als rechtsgrondslag nagaan of de handeling waarvan de geldigheid wordt betwist, inderdaad de door de gemeenschapswetgever aangevoerde doelstellingen nastreeft.⁶

Artikel 114 VwEU biedt de Europese Unie weliswaar de bevoegdheid regelgevend op te treden om toekomstige belemmeringen van het handelsverkeer als gevolg van een heterogene ontwikkeling van de nationale wetgevingen te vermijden, maar het ontstaan van die belemmeringen moet waarschijnlijk zijn en de betrokken maatregel moet ertoe strekken die belemmeringen te voorkomen. Het enkel bestaan van verschillen tussen het (privaat)recht van de lidstaten op bepaald terrein betekent nog niet dat daardoor de interne markt wordt belemmerd en is derhalve als zodanig niet voldoende reden voor de Europese regelgever om in actie te komen.⁷ In 2006 voegt het Hof van Justitie hieraan het volgende toe:

‘De loutere vaststelling van verschillen tussen nationale regelingen volstaat weliswaar niet om een beroep op artikel 95 EG (thans artikel 114 VwEU; Almk) te rechtvaardigen, maar dit is anders in het geval van verschillen tussen de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten die de fundamentele vrijheden belemmeren en aldus de werking van de interne markt rechtstreeks beïnvloeden.’⁸

In een recent arrest van 8 juni 2010 wordt deze lijn voortgezet.⁹ Daarin haalt het Europese Hof als vaste rechtspraak aan dat de maatregelen bedoeld in artikel 114 VwEU daadwerkelijk tot doel moeten hebben de voorwaarden voor de instelling en de werking van de interne markt te verbeteren. Dit betekent dat deze bepaling als rechtsgrondslag voor regelgeving kan worden ingezet ter voorkoming van werkelijke obstakels voor het handelsverkeer, om merkbare distorsies van de mededinging te staken of om de opheffing van belemmeringen van één van de fundamentele vrijheden te realiseren.

Uit het voornaamste doel van de Europese Unie tot bevordering van de interne markt is de bescherming van de zwakkere partij als tweede doelstelling voortgevloeid. De voortschrijdende verwezenlijking van de interne markt heeft, anders gezegd, de noodzaak voor de ontwikkeling van een Europees consumentenbeleid meegebracht.¹⁰ Concurrentie is noodzakelijk maar als zodanig onvoldoende om een stabiele en innoverende interne markt te creëren. Het vertrouwen van de consument is van wezenlijk belang en vergt vertrouwen wekkende maatregelen. Getuige de Europese actieprogramma’s inzake bescherming en voorlichting van de consument heeft men zich dit op Europees niveau terdege gerealiseerd. In dit kader is de vraag of het doel van consumentenbescherming een zelfstandige

⁶ HvJ 5 oktober 2000, C-376/98, *Jur.* 2000, I-8419 (*Duitsland/Europees Parlement en Raad*).

⁷ Zie ook Van Erp 2002, p. 100; Smits 2006, p. 72.

⁸ HvJ 12 december 2006, C-380/03, *Jur.* 2006, I-11573, r.o. 37 (*Duitsland/Europees Parlement en Raad*).

⁹ HvJ 8 juni 2010, C-58/08, r.o. 32 e.v.

¹⁰ Straetmans 2009, p. 18.

bevoegdheidsgrondslag biedt veel bediscussieerd.¹¹ In de tussentijd is er heel wat regelgeving ter bescherming van de consument tot stand gekomen. Echter, vrijwel steeds is daarbij het motief van verwezenlijking van de interne markt vooropgesteld.¹²

Met de derde doelstelling van de Europese Unie een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid voor de Europese burger tot stand te brengen kunnen eveneens bevoegdheden gepaard gaan. Te denken valt aan de ontwikkeling van een justitiële samenwerking in burgerlijke zaken met grensoverschrijdende gevolgen voor zover nodig voor de goede werking van de interne markt (artikel 81 VwEU). In dit kader heeft de Unie de bevoegdheid maatregelen te treffen die de wederzijdse erkenning tussen de lidstaten van beslissingen in burgerlijke en handelszaken beogen. Gerechtvaardigd is voorts het optreden om de grensoverschrijdende betekening en kennisgeving van (buiten)gerechtelijke stukken te realiseren. Deze bevoegdheid strekt zich ook uit tot acties die de verenigbaarheid van de in de lidstaten geldende conflictregels nastreven.¹³

Buiten twijfel staat dat de Europese Unie bevoegdheid heeft ter uniformering van regels van internationaal privaatrecht, daarbij doelende op het gedeelte van het recht dat zich onder meer bezig houdt met de vraag door welk recht een internationale verhouding wordt beheerst.¹⁴ Op het terrein van het materiële privaatrecht ligt dit genuanceerder. Algemeen gesteld kan de Europese regelgever verordeningen, richtlijnen en aanbevelingen van materieel privaatrecht afkondigen. Een dergelijk ingrijpen kan evenwel eerst plaatsvinden indien het nodig bevonden wordt ter verwezenlijking van een van de doelstellingen van de Europese Unie. Daarmee is het bestaan en de mate van bevoegdheid tot uniformering of harmonisering van materieel privaatrecht feitelijk sterk afhankelijk van de te nemen maatregel alsook het te reguleren onderwerp. In alle gevallen dient het regelgevend ingrijpen bovendien te stroken met de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit.¹⁵ Dit moet garanderen dat de Unie alleen optreedt als dat noodzakelijk is met het oog op het bereiken van haar doelstellingen, zoals door de van kracht zijnde verdragen bepaald, dat zij niet meer doet dan nodig is, alsook dat beslissingen zo dicht mogelijk bij de burger worden genomen.

¹¹ Zie o.a. Roth 2001, p. 477; Smits 2006, p. 77; Straetmans 2009, p. 31.

¹² Specifiek op grond van artikel 169 VwEU inzake consumentenbescherming (voorheen artikel 153 EG) is slechts één richtlijn aangenomen, te weten Richtlijn 98/6/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 1998 betreffende de bescherming van de consument inzake de prijsaanduiding van aan de consument aangeboden producten, *PbEG* 1998, L 80/27, 18 maart 1998.

¹³ Zie artikel 81 lid 2 VwEU (voorheen artikel 65 EG-Verdrag).

¹⁴ Deze bevoegdheid is te vinden in artikel 81 VwEU (artikel 65 EG-Verdrag). Zie ook Boele-Woelki 2010, p. 312. Europese conflictregels vallen goeddeels buiten het bestek van dit preadvies dat in het bijzonder het materiële verbintenissenrecht tot onderwerp heeft.

¹⁵ Het subsidiariteitsbeginsel van artikel 5 EU-Verdrag is uitgewerkt in Protocol nr. 2 betreffende de toepassing van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid. Zie ICER 2008, p. 7; Twigg-Flesner 2008, p. 26; Boele-Woelki 2010, p. 312; HvJ 8 juni 2010, C-58/08, r.o. 51 en 73.

2.2.3 VOORGESCHIEDENIS

2.2.3.1 *Op weg naar een instrument van Europees verbintenissenrecht*

Ondanks de competentievragen die spelen, streeft menig rechtsbeoefenaar in Europa naar een zo veel mogelijk uniform, althans geharmoniseerd of vergelijkbaar privaatrecht voor het Europa van de Unie. Geluiden dienaangaande waren al te horen in de beginperiode van de Europese Economische Gemeenschap (EEG) als voorloper van de Europese Unie.¹⁶ De eerste voorzitter van de Europese Commissie, HALLSTEIN, haalt bijvoorbeeld in 1964 de noodzaak van harmonisering van het privaatrecht in Europa aan. Terwijl op sommige terreinen vergelijkbaar recht volstaat, betoogt hij dat op andere terreinen uniform privaatrecht geboden is. Frappant is zijn opmerking dat geen *l'art pour l'art* bedreven wordt:

‘Dazu ist zunächst zu sagen, daß Rechtsangleichung von den Institutionen der Gemeinschaft nicht als *l'art pour l'art* betrieben wird (und das wird manche beruhigen, andere enttäuschen). Grenzen und Orientierung werden ihr durch die ratio (oder die rationes) des römischen Vertrages gewiesen.’¹⁷

Vanaf de jaren tachtig worden er Europese privaatrechtelijke richtlijnen tot stand gebracht. Het is de strategie van de Europese regelgever om Europese economische integratie te bevorderen via harmonisatie door richtlijnen. Het overgrote merendeel ontstaat zogezegd ter bevordering van de werking van de interne markt, al dan niet in combinatie met andere motieven, zoals de versterking van consumentenbescherming en justitiële samenwerking in burgerlijke zaken. Deze richtlijnen leiden op onderdelen tot harmonisatie van vermogensrecht. Maar dit proces leidt zoals hieronder zal worden geïllustreerd niet tot werkelijk eenvormig recht in de verschillende landen van de Europese Unie.

2.2.3.2 *80% mythe*

In 1986 voorspelt de toenmalige voorzitter van de Europese Commissie, DELORS, dat de invloed van de Europese Unie op nationale regels meer en meer zal toenemen:

‘My impression by and large – and apologies to those whose pride in the keen interest taken by their national parliaments in European affairs might be offended – is that there is an unawareness in many national parliaments of the quiet revolution that is taken place, as a result of which 80% at least of economic, financial and perhaps social legislation will be flowing from the Community by 1993.’¹⁸

¹⁶ Zie Vranken 2000, p. 1; Janco 2009, p. 14.

¹⁷ Hallstein 1964, p. 224.

¹⁸ J. Delors, ‘Debates of the European Parliament’, No. 2-366/155-157, 15 juni 1988. Zie Salmon & Nicoll 1997, p. 208.

Deze voorspelling gaat in de jaren die volgen een eigen leven leiden als het magisch percentage van 80% meermaals in het werk van een aantal 'Europa deskundigen' wordt herhaald.¹⁹ Daarover meer in paragraaf 2.6.2.

Dit versterkt het gevoel van Europeanisering. Regelgeving zou immers steeds meer een Europese zaak worden en daarmee rijzen vragen naar de mogelijkheid en wenselijkheid van een Europees Burgerlijk Wetboek.

2.2.3.3 *Herhaalde oproep van het Europees Parlement*

Het Europees Parlement neemt in 1989 een resolutie aan die oproept tot de voorbereidingen van een Europees Burgerlijk Wetboek. In het ter ondersteuning daarvan door parlements lid GAZIS opgestelde verslag namens de Commissie Juridische Zaken en Rechten van de Burger van het Europees Parlement wordt gesproken van de noodzaak van een privaatrechtelijke unificatie:

'De uniforme juridische regeling door middel van het privaatrecht, in zijn geheel of in grote onderdelen daarvan, is – met name na de uitbreiding van de nagestreefde doelstellingen van de Europese Gemeenschap – een noodzaak, waaraan niet meer kan worden voldaan door de verbrokkelde en ongecoördineerde harmonisatie van diverse deelkwesties.'²⁰

De belangrijkste passages uit de resolutie zelf luiden:

'overwegende dat de Gemeenschap tot heden tot harmonisatie van veel bijzondere onderwerpen in het privaatrecht is overgegaan, doch nog niet van hele onderdelen van dat recht,

overwegende dat de juridische regeling van bijzondere onderwerpen niet beantwoordt aan de noden en de doelstellingen van de uniforme markt zonder grenzen, zoals deze met name met de vaststelling van de Europese Akte vorm heeft gekregen,

overwegende dat de meest doeltreffende vorm van harmonisatie ter dekking van de juridische behoeften van de Gemeenschap op het gebied van het privaatrecht, de eenmaking van grote onderdelen van dat recht vormt, (...) overwegende dat de eenmaking mogelijk is voor zover zij betrekking heeft op voor de ontwikkeling van de uniforme markt zeer belangrijke onderdelen van het privaatrecht, zoals het verbintenissenrecht, zonder dat hiermee de mogelijkheden tot eenmaking uiteraard zijn uitgeput, overwegende dat de bepalingen van het Verdrag en van de Europese Akte ruime juridische mogelijkheden bieden voor het door middel van deze resolutie nagestreefde doel, (...) verlangt dat er een begin wordt gemaakt met de noodzakelijke voorbereidende werkzaamheden voor de opstelling van een gemeenschappelijk Europees Wetboek van privaatrecht, waarbij de lid-staten worden verzocht te verklaren of zij na het desbetreffend overleg bereid zijn aan de beoogde eenmaking deel te nemen.'²¹

¹⁹ Zie Bovens & Yesilkagit 2005, p. 521.

²⁰ Verslag namens de Commissie Juridische Zaken en Rechten van de Burger, over een poging tot harmonisatie van het privaatrecht in de lidstaten van 28 april 1989.

²¹ Resolutie van 26 mei 1989 over een poging tot harmonisatie van het privaatrecht in de lidstaten, *PbEG* 1989, C 158, 26 juni 1989, p. 400. Zie hierover Van der Velden 1990, p. 8 e.v.; Hondius 1993, p. 3; Smits 1999, p. 22.

Dit initiatief wordt kritisch onthaald; het zou van weinig realiteitszin getuigen.²² Een direct gevolg blijft dan ook uit. In 1994 vraagt het Europees Parlement opnieuw in een resolutie om de voorbereiding van een Europees Wetboek van privaatrecht.²³ Het parlement herhaalt dat harmonisatie van bepaalde sectoren van het privaatrecht van essentieel belang is voor de voltooiing van de interne markt en dat de eenmaking van grote onderdelen van het privaatrecht in de vorm van een Europees Burgerlijk Wetboek de meest doeltreffende vorm van harmonisatie is om tegemoet te komen aan de juridische behoeften van de gemeenschap binnen een interne markt zonder grenzen.

Deze oproep wordt eerst in 1999 beantwoord door de staatshoofden en regeringsleiders van de lidstaten op de Europese Raad van Tampere. In het kader van de wens een 'ware Europese rechtsruimte' tot stand te brengen wordt onder meer gepleit voor 'een grotere convergentie inzake het burgerlijk recht'.²⁴ De Europese Raad verzoekt daarbij 'een alomvattende studie uit te laten voeren over de noodzaak de wetgevingen van de lidstaten op burgerrechtelijk gebied onderling aan te passen teneinde belemmeringen voor een goede rechtsgang in burgerlijke zaken weg te nemen.'

Als daarop het Europees Parlement nog eens in een resolutie benadrukt dat 'een verdere harmonisering op het gebied van het burgerlijk recht van essentieel belang is geworden in de interne markt' en de Commissie expliciet om een studie dienaangaande verzoekt,²⁵ volgt op 25 juli 2000 een antwoord van de Commissie. Zij zegt toe de andere instellingen van de Europese Unie en het publiek medio 2001 een mededeling voor te leggen 'om een gedetailleerd en alomvattend debat op gang te brengen'.²⁶

2.2.3.4 Actieplan van de Europese Commissie

Met haar mededeling van 11 juli 2001 wil de Europese Commissie, zoals aangekondigd, het debat over het Europees verbintenissenrecht en de behoefte aan verdergaande actie op Unieniveau dienaangaande verbreden.²⁷ Zij beoogt de praktijk, de nationale staten en de academische wereld aan te sporen tot het leveren van een bijdrage. Ook het Groenboek over de consumentenbescherming

²² Zie Ulmer 1992, p. 5; De Ly 1993, p. 4; Taupitz 1993, p. 71.

²³ Resolutie van 6 mei 1994 over de harmonisatie van bepaalde sectoren van het privaatrecht van de lidstaten, *PbEG* 1994, C 205, 25 juli 1994, p. 518.

²⁴ Conclusies van het voorzitterschap, Europese Raad van Tampere op 15 en 16 oktober 1999, SI (1999) 800/SN 200/99, nr. 39.

²⁵ Resolutie over het programma van de wetgevende werkzaamheden van de Commissie, *PbEG* 2000, C 377, p. 323. Ook later uit het Europees Parlement zijn overtuiging dat een uniforme interne markt pas ten volle kan functioneren als er verdere stappen naar de harmonisatie van het burgerlijk recht worden gezet. Zie onder meer de resolutie van het Europees Parlement over Europees verbintenissenrecht van 7 september 2006, P6, TA(2006)0352.

²⁶ Zie mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over Europees verbintenissenrecht, 11 juli 2001, COM (2001) 398 def., *PbEG* 2001, C 255, p. 5.

²⁷ Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over Europees verbintenissenrecht, 11 juli 2001, COM (2001) 398 def., *PbEG* 2001, C 255, p. 1.

in de Europese Unie getuigt ervan dat de Europese Commissie een openbare raadpleging is gestart over de problemen die voortvloeien uit de verschillen in het verbintenissenrecht van de lidstaten en de mogelijke maatregelen op dit gebied.²⁸ Opmerking verdient dat de ambitie van de Commissie zich vooralsnog op het contractenrecht concentreert.²⁹

Reacties van het Europees Parlement, nationale regeringen, consumentenorganisaties, beroepsorganisaties, bedrijven en academici blijven niet uit.³⁰ Er volgt een follow-up van de discussie over consumentenbescherming in 2002, alsook een strategie voor consumentenbeleid.³¹ In 2003 publiceert de Europese Commissie een actieplan onder de titel 'een coherenter Europees verbintenissenrecht'.³² Daarin stelt zij voor het acquis van de Europese Unie op het gebied van het verbintenissenrecht voor consumenten te herzien, tegenstrijdigheden weg te werken en leemten in de regelgeving te dichten.³³ Voorts draagt zij aan de kwaliteit en coherentie van het Europees contractenrecht te verbeteren door een gemeenschappelijk referentiekader vast te stellen met gemeenschappelijke beginselen, terminologie en modelbepalingen dat de regelgever van de Unie moet gebruiken bij het vaststellen of wijzigen van wetgeving.

De doelstellingen van het gemeenschappelijk referentiekader zijn drievoudig.³⁴ Allereerst kan de Commissie het gebruiken bij wat zij als haar kernactiviteit beschouwt, te weten de verbetering van het bestaande en toekomstige acquis. Het is daarbij de bedoeling te komen tot een samenhangend en consistent acquis op het gebied van Europees verbintenissenrecht dat gebaseerd is op gemeenschappelijke basisregels. In de tweede plaats is de opzet dat het referentiekader tot convergentie van nationale rechtsstelsels leidt, zowel binnen als buiten de Unie, doordat het ook als inspiratie dient voor nationale wetgevers. Ten derde kan het als uitgangspunt voor de Commissie fungeren om te bepalen of niet-sectorspecifieke maatregelen, zoals een optioneel instrument, nodig of gewenst zijn.

28 Groenboek over de consumentenbescherming in de Europese Unie, COM (2001) 531 def.

29 Dit wordt bekritiseerd door het Europees Parlement. Ook de Raad heeft al in een vroeg stadium opgeroepen om tevens onderzoek te verrichten op het terrein van de buitencontractuele aansprakelijkheid en het eigendomsrecht. Hierbij verdient opmerking dat de Nederlandstalige versie van de eerste mededelingen van de Commissie weliswaar van 'verbintenissenrecht' spreekt, maar dat in andere talen van aanvang af wordt verhaald van 'contract law', 'le droit des contrats', 'Vertragsrecht', 'derecho contractual', 'diritto contrattuale' en 'o dareito dos contratos'.

30 Resolutie van het Europees Parlement over de harmonisatie van het burgerlijk en handelsrecht van de lidstaten, *PbEG* 2002, C 140/E, p. 538. Zie verder o.a. Smits & Hardy 2002, p. 828; Smits & Hardy 2003, p. 385.

31 Mededeling van de Commissie, Follow-up van het Groenboek over de consumentenbescherming in de EU, COM (2002) 289 def.; mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, Strategie voor het consumentenbeleid 2002-2006, COM (2002) 208 def., *PbEG* 2002, C 137, p. 2. Hierin wordt voor het eerst de herziening van het consumentenacquis aangekondigd.

32 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad, een coherenter Europees verbintenissenrecht, een actieplan, COM (2003) 68 def., *PbEU* 2003, C 63, p. 1.

33 Dit was al aangekondigd in de mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, Strategie voor het consumentenbeleid 2002-2006, COM (2002) 208 def., *PbEG* 2002, C 137, p. 15.

34 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad, een coherenter Europees verbintenissenrecht, een actieplan, COM (2003) 68 def., *PbEU* 2003, C 63, nr. 62.

De reflectie op een optioneel instrument dat contractsluitende partijen voorziet van een modern pakket rechtsregels geschikt voor grensoverschrijdende overeenkomsten blijft punt van aandacht. De Commissie wil een gedachtewisseling op gang brengen over de opportuniteit, de mogelijke juridische vorm, de inhoud, het toepassingsbereik en de rechtsgrondslag van een dergelijk optioneel instrument. Zij verleent subsidie aan een internationaal academisch netwerk om voorbereidend rechtswetenschappelijk onderzoek uit te voeren met het oog op de vaststelling van het gemeenschappelijk referentiekader. In het kader van de herziening van het consumentenacquis geeft zij de Universiteit Bielefeld opdracht een vergelijkende studie uit te voeren naar de wijze waarop de richtlijnen op het terrein van het consumentenrecht zijn uitgevoerd.³⁵

Mededelingen en voortgangsverslagen volgen, alsmede een Groenboek Herziening van het consumentenacquis.³⁶ Het oordeel luidt dat de tot dan toe gehanteerde wetgevingsaanpak van minimum harmonisatie middels richtlijnen, waarbij lidstaten bevoegd blijven om strengere voorschriften te hanteren, niet langer dienstig en aangepast aan de tijd is. Eind 2008 wordt een door academici voorbereid ontwerp voor een gemeenschappelijk referentiekader gepubliceerd en in hetzelfde jaar dient de Europese Commissie een voorstel in voor een richtlijn voor consumentenrechten.

2.2.3.5 *Ingeslagen koers naar een instrument voor Europees verbintenissenrecht*

Het richtlijnvoorstel komt hierna uitgebreid aan bod in paragraaf 2.4.6, waar de harmonisering van het verbintenissenrecht door middel van richtlijnen centraal staat. Het wetenschappelijk ontwerp voor een gemeenschappelijk referentiekader dat nu voorligt, is een academische exercitie, en wordt daarom zowel in deze paragraaf als ook in hoofdstuk 4 besproken. Het heeft voortgebouwd op verscheidene vroegere wetenschappelijke projecten op Europees en internationaal niveau.

Het ontwerp voor een gemeenschappelijk referentiekader zoals dat thans door een groep van Europese academici is opgesteld, bestaat uit beginselen, definities en modelbepalingen van civiel recht, waaronder het contractenrecht en het recht betreffende de onrechtmatige daad. Het bevat bepalingen voor zowel handelscontracten als consumentenovereenkomsten.

Het is nog onzeker of het ontwerp referentiekader op Europees niveau tot regelgeving zal leiden en zo ja, of dat in optionele of verplichte vorm zal zijn. In het programma van Stockholm voor 2010-2014 is de Commissie verzocht een

³⁵ Schulte-Nölke, Twigg-Flesner & Ebers 2008. Zie ook hoofdstuk 4, paragraaf 4.3.2.11.

³⁶ Zie mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad, Europees verbintenissenrecht en de herziening van het acquis: verdere maatregelen, COM (2004) 651 def.; verslag van de Commissie, Eerste Voortgangsverslag over het Europees verbintenissenrecht en de herziening van het acquis, COM (2005) 456 def.; verslag van de Commissie, Tweede Voortgangsverslag over het gemeenschappelijk referentiekader, COM (2007) 447; Groenboek Herziening van het consumentenacquis, COM (2006) 744 def.

voorstel betreffende een gemeenschappelijk referentiekader voor het Europees contractenrecht in te dienen, dat moet bestaan uit een niet-bindend geheel van fundamentele beginselen, definities en modelvoorschriften ten behoeve van de regelgevers op Unieniveau teneinde de coherentie en de kwaliteit van het wetgevingsproces te verbeteren.³⁷ In de Europa 2020-strategie voor slimme, duurzame en inclusieve groei kondigt de Commissie aan het voor bedrijven en consumenten eenvoudiger en goedkoper te willen maken om overeenkomsten te sluiten met partners in andere EU-landen, onder meer door verder te werken aan een facultatief Europees contractenrecht.³⁸

Inmiddels heeft de Commissie een deskundigengroep opgericht om de haalbaarheid te onderzoeken van een gebruiksvriendelijk instrument voor Europees contractenrecht dat consumenten en ondernemingen voordelen oplevert en tegelijkertijd rechtszekerheid biedt.³⁹ De groep zal de Commissie helpen de delen van het wetenschappelijk ontwerp voor het gemeenschappelijk referentiekader die van direct of indirect belang zijn voor het contractenrecht te selecteren, en de geselecteerde bepalingen te herstructureren, te herzien en aan te vullen.

Deze zomer heeft de Commissie een publieke raadpleging opgezet over de vraag hoe de samenhang van het contractenrecht in het licht van de huidige ontwikkelingen het best kan worden verbeterd.⁴⁰ In dit Groenboek over beleids-opties legt de Commissie voor dat een instrument voor Europees contractenrecht de Europese Unie zou kunnen helpen haar economische doelstellingen te bereiken en te herstellen van de economische crisis. De vraag ligt voor of een facultatief Europees contractenrecht, het zogenaamde 28^{ste} stelsel van contractenrecht, tot de mogelijkheden behoort. Door invoering van een dergelijk optioneel instrument zou een Ierse handelaar die met een Franse leverancier zaken doet en het Franse recht niet kent, ervoor kunnen kiezen dit optioneel stelsel van Europees contractenrecht op het contract van toepassing te laten zijn. En een Poolse consument die via het internet koopt, zou op de website van een ondernemer zagezegd een blauwe knop kunnen aanklikken om te kiezen voor toepasselijkheid van dit Europees contractenrecht, dat hem een hoge mate van consumentenbescherming beoogt te bieden.

37 Informatie afkomstig van de instellingen, organen en instanties van de Europese Unie – Europese Raad – het programma van Stockholm – een open en veilig Europa ten dienste en ter bescherming van de burger, *PbEU* 2010, C 115, p. 16.

38 Mededeling van de Commissie, Europa 2020 – Een strategie voor slimme, duurzame en inclusieve groei, COM (2010) 2020 def., p. 24.

39 Besluit van de Europese Commissie van 26 april 2010 tot oprichting van de deskundigengroep voor het gemeenschappelijke referentiekader op het gebied van het Europees contractenrecht (2010/233/EU), *PbEU* 2010, L 105/109.

40 Groenboek van de commissie over beleids-opties voor de ontwikkeling van een Europees contractenrecht voor consumenten en ondernemingen, COM (2010) 348 def.

2.2.3.6 *Beleidsopties voor de ontwikkeling van een Europees contractenrecht*

Ook andere beleidsopties passeren de revue in dit Groenboek over beleidsopties voor de ontwikkeling van een Europees contractenrecht voor consumenten en ondernemingen. Een instrument voor Europees contractenrecht kan uiteenlopende vormen aannemen, variërend van een niet-bindend instrument met het doel de samenhang en de kwaliteit van Europese wetgeving te verbeteren tot een bindend instrument dat, door in één geheel van regels op het terrein van het contractenrecht te voorzien, een alternatief zou bieden voor het groot aantal nationale regelingen inzake contractenrecht. Kort gezegd onderscheidt de Commissie zeven opties.

De eerste optie beperkt zich tot de publicatie van een wetenschappelijk gemeenschappelijk referentiekader, zonder goedkeuring op Unieniveau. Het betreft dan een set van niet-bindende aanwijzingen voor de Europese en nationale regelgevers alsook een inspiratiebron voor contractspartijen bij het opstellen van standaardbedingen en algemene voorwaarden. Een dergelijke academische tekst kan ook in het onderwijs worden ingezet als compendium betreffende de verschillende tradities van de lidstaten op contractenrechtelijk terrein. Op lange termijn kan dit bijdragen aan een vrijwillige convergentie van de 27 nationale rechtssystemen van contractenrecht.

Als tweede optie denkt de Commissie aan een officiële instrumentarium voor haar als Europese regelgever, dat mogelijk ook regulatief wordt voor het Europees Parlement en de Raad. Een dergelijk meer politiek getint referentie-instrument moet richtinggevend zijn bij de voorbereiding en aanneming van nieuwe wetgevingsinstrumenten.

Ten derde zou de Commissie een instrument van Europees contractenrecht kunnen aanbevelen aan de lidstaten, waarin deze worden aangemoedigd om het instrument vrijwillig en desgewenst geleidelijk in nationaal recht om te zetten. Gezien het rechtskarakter zou het Europese Hof van Justitie bevoegd zijn om de bepalingen van deze aanbeveling uit te leggen. Hierbij is denkbaar dat de lidstaten worden geprikkeld om hun nationaal contractenrecht te vervangen door het aanbevolen Europees instrument. Maar ook kan het in de rede liggen het instrument als facultatieve regeling te promoten, waarbij contractpartijen een alternatief geboden wordt voor het nationale recht.

De vierde optie gaat een stap verder door een dergelijk facultatief instrument voor Europees contractenrecht als verordening aan de lidstaten op te leggen. Bij verordening zou aan het nationaal recht van de 27 lidstaten een allesomvattend en zo veel mogelijk op zichzelf staand geheel van contractenrechtelijke regels kunnen worden toegevoegd, dat partijen zouden kunnen kiezen als het recht dat hun contracten beheerst. Op die manier zou men de keuze hebben tussen twee binnenlandse regelingen inzake contractenrecht. Daarbij rijst dan nog de vraag

of het instrument uitsluitend van toepassing zou moeten zijn op grensoverschrijdende contracten, of ook op binnenlandse overeenkomsten.

Optie vijf heeft de vorm van een richtlijn van Europees contractenrecht. Deze richtlijn zou het nationale contractenrecht van de verschillende lidstaten kunnen harmoniseren op grond van gemeenschappelijke minimumnormen. Wat contracten tussen ondernemingen en consumenten betreft zou de richtlijn op een hoog niveau van consumentenbescherming zijn gebaseerd en het consumenten-aquis aanvullen.

Deze wetgeving kent bij de zesde optie het rechtskarakter van een verordening. Een verordening tot vaststelling van een Europees contractenrecht zou de verschillende nationale regelgevingen vervangen, niet op grond van een keuze van partijen, of omdat het in de nationale stelsels moet worden geïmplementeerd, maar omdat het stelsel van Europees contractenrecht rechtstreeks deel uit zou maken van de interne rechtsorde. Overeenkomsten zouden in deze optiek worden beheerst door een uniform geheel van regels. Daarbij zou ook plaats moeten zijn voor dwingend recht dat de zwakkere partij een hoog niveau van bescherming verschaft. Evenals bij optie vier kan de reikwijdte van de verordening worden beperkt tot grensoverschrijdende overeenkomsten of worden uitgebreid tot alle overeenkomsten.

Tot slot presenteert de Commissie als zevende en meest vergaande optie de verordening tot vaststelling van een Europees Burgerlijk Wetboek. Waar niet alleen overeenkomsten, maar ook andere verbintenissen, zoals de onrechtmatige daad en de zaakwaarneming worden betrokken, zou de noodzaak om terug te vallen op nationale bepalingen, nog verder worden teruggedrongen.

De Commissie richt zich bij dit alles niet alleen op de vraag in welke vorm het Europees contractenrecht zou moeten worden gegoten, maar ook op de vraag wat het Europese deel van het contractenrecht inhoudelijk zou moeten uitdragen. Een focus op het consumentenrecht is niet uitgesloten, maar mogelijk verdient het de voorkeur om ook (of juist) de contracten tussen ondernemingen onderling op Europees niveau te reguleren. De materiële werkingsfeer kan voorts worden begrensd tot het algemene contractenrecht, of uitgebreid tot bijzondere overeenkomsten. Ook kunnen min of meer verwante thema's worden betrokken, zoals het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, de restitutie, verkrijging en verlies van eigendom en zekerheidsrechten.

Alvorens op de voorliggende vragen in te gaan (in paragraaf 2.6) volgt hieronder eerst een overzicht van hetgeen thans reeds Europees verbintenissenrecht is.

2.3 Uniformering

2.3.1 BRONNEN VAN UNIFORM EUROPEES PRIVAATRECHT

Europeanisering (van en door regelgeving) geschiedt onder meer door *uniformering* (van en door regelgeving). Een dergelijke uniformering van privaatrecht vindt plaats door de werking van het in primair en secundair Unierecht vervatte privaatrecht. Dit Unierecht werkt rechtstreeks in de interne rechtsorde van de lidstaten en heeft voorrang boven het nationale recht.⁴¹

Uniformering van privaatrecht in Europa kent verschillende bronnen. Als bron van uniform Europees privaatrecht geldt in de eerste plaats het VwEU zelf, dat immers (ook) bepalingen met een privaatrechtelijke inhoud of betekenis bevat. In de tweede plaats dienen andere, in Europees of mondiaal verband tot stand gekomen verdragen als bron van uniform Europees privaatrecht. Een derde bron wordt gevormd door verordeningen op privaatrechtelijk terrein. Een korte nadere toelichting op deze bronnen volgt hierna.

Allereerst komt het VwEU aan de orde (paragraaf 2.3.2). Dit verdrag bevat enkele bepalingen die expliciet het verbintenissenrecht betreffen, en andere die indirect voor het verbintenissenrecht van belang zijn. Voorts kunnen andere verdragen (paragraaf 2.3.4) op het VwEU worden gebaseerd indien zij nodig zijn om in het kader van de gemeenschappelijke markt een van de doelstellingen van de Unie te verwezenlijken. Tot slot is ook de secundaire wetgeving van de Unie ter zake van onder meer verbintenissenrecht op het VwEU gebaseerd (paragrafen 2.3.5 en 2.4).

2.3.2 VERDRAG BETREFFENDE DE WERKING VAN DE EUROPESE UNIE

Het VwEU, voorheen het EG-Verdrag (EG), is goeddeels opgebouwd uit rechtsnormen van staats- en administratiefrechtelijke aard.⁴² Slechts een enkele bepaling past mede een verbintenissenrechtelijke kwalificatie. Zo worden overeenkomsten die de mededinging verstoren door artikel 101 lid 2 VwEU (81 lid 2 EG) van rechtswege nietig verklaard.⁴³ Verder verplicht artikel 340 VwEU (288 EG) de Unie tot vergoeding van door haar instellingen of personeelsleden veroorzaakte schade overeenkomstig de algemene beginselen die de rechtsstelsels der lidstaten gemeen hebben.⁴⁴

De bescheiden plaats die het verbintenissenrecht in het VwEU is toegekend, neemt niet weg dat het Verdrag voor het verbintenissenrecht een belangrijke

⁴¹ Zie HvJ 5 februari 1963, C-26/62 (*Van Gend en Loos*); HvJ 15 juli 1964, C-6/64, *Jur.* 1964, 1203 (*Costa/ENEL*); Asser/Hartkamp 3-1^e 2008, nr. 7; Keus 2010, p. 5.

⁴² Hartkamp 2009, p. 5.

⁴³ Zie nader Van den Bossche 2007, p. 211 e.v.

⁴⁴ Zie ook hierna hoofdstuk 3, paragraaf 3.2.

betekenis heeft gekregen.⁴⁵ Om te beginnen heeft het Hof van Justitie een aantal bepalingen van het VwEU aldus uitgelegd dat zij rechtstreeks van toepassing zijn geworden op de rechtsverhouding tussen burgers. Artikel 157 VwEU (141 EG) bijvoorbeeld is een zodanige betekenis toegekend dat zij ook in de relatie tussen particulieren een dwingend gebod van gelijke beloning van mannen en vrouwen voor gelijke of gelijkwaardige arbeid impliceert.⁴⁶ De verdragsbepalingen over de vrijheden van personen- en dienstenverkeer komen eveneens directe horizontale werking toe, in die zin dat zij kunnen leiden tot het ontstaan, de wijziging of het tenietgaan van rechten of verplichtingen tussen private partijen onderling.⁴⁷

Daarnaast heeft het Hof van Justitie mede op basis van het verdrag algemene rechtsbeginselen ontwikkeld die ook het verbintenissenrecht beïnvloeden. In het bijzonder valt te wijzen op het beginsel van effectiviteit dat aan de wieg heeft gestaan van belangrijke privaatrechtelijke ontwikkelingen zoals de aansprakelijkheid van lidstaten voor handelingen in strijd met het Unierecht, de aansprakelijkheid van particulieren voor schendingen van het kartelrecht en de erkenning van aansprakelijkheid van de Unie krachtens ongerechtvaardigde verrijking.⁴⁸

Deze wegen waarop het Hof van Justitie in het verbintenissenrecht heeft ingegrepen illustreren Europeanisering door rechtspraak, reden waarom ze nader in hoofdstuk 3 worden besproken. Op deze plaats laten zich nog andere bepalingen van het VwEU noemen die indirect voor het verbintenissenrecht van belang zijn.

De artikelen 114 en 115 VwEU (94 en 95 EG) verklaren de organen van de Unie bevoegd tot het vaststellen van verordeningen en richtlijnen inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten ter verwezenlijking van de interne markt. Artikel 169 VwEU (153 EG) biedt een meer specifieke bevoegdheidsgrondslag betreffende consumentenbescherming. Deze bepalingen hebben geleid tot belangrijk secundair Unierecht op verbintenisrechtelijk terrein. Een bespreking daarvan volgt hieronder in de paragrafen 3.4.5 en 3.5.

2.3.3 EUROPEES VERDRAG TOT BESCHERMING VAN DE RECHTEN VAN DE MENS EN DE FUNDAMENTELE VRIJHEDEN

Ook het recht van de Raad van Europa, en in het bijzonder het daarvan deel uitmakende *Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden* (EVRM) leidt tot beïnvloeding en daarmee tot Europeanisering van het verbintenissenrecht. Van de rechten waarvan het EVRM de eerbiediging door de overheid waarborgt, zijn in het bijzonder het recht op ongestoord genot van eigendom (artikel 1 van het Eerste Protocol), het recht op eerbiediging van het familieleven en privéleven (artikel 8 EVRM), het recht op leven (artikel 2

⁴⁵ Zie Hartkamp 2009, p. 5 e.v.

⁴⁶ HvJ 8 april 1976, C-43/75, *Jur.* 1976, 455, *NJ* 1976, 510 (*Defrenne/Sabena I*). Zie nader paragraaf 3.2.

⁴⁷ Keus 2010, p. 19.

⁴⁸ Aldus Hartkamp 2009, p. 7 met verdere verwijzingen.

EVRM), het recht op een eerlijk proces (artikel 6 EVRM) en het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel (artikel 13 EVRM) voor het verbintenissenrecht van belang. Alle verdragsluitende partijen, waaronder alle lidstaten van de Europese Unie, verplichten zich het genot van de EVRM-rechten voor particulieren zeker te stellen en zich in dat verband bijvoorbeeld te onthouden van regelgeving die tegen deze grondrechten indruist. Het toezicht op de naleving van deze verplichting berust in laatste instantie bij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg, maar ook de nationale rechters zijn belast met de toepassing van het EVRM, terwijl bovendien de in het EVRM gewaarborgde rechten ook door het Hof van Justitie als bindend zijn aanvaard. Nu de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden zoals die onder meer in het EVRM zijn verankerd, in lijn met de rechtspraak van het Hof van Justitie als algemene rechtsbeginselen deel uitmaken van het Unierecht, en de organen van de Unie met het *Handvest van de grondrechten van de Europese Unie* een eigen mensenrechtendocument hebben, blijft een nadere bespreking hier achterwege en zij hiervoor verwezen naar hoofdstuk 3.

2.3.4 UNIFORMERING VIA ANDERE VERDRAGEN

De traditionele methode van rechtsunificatie via bindende verdragen vergt de instemming en ratificatie van de verdragsluitende partijen. Op materieel verbintenissenrechtelijk terrein is deze methode in Europa niet bijzonder veel benut, doch kunnen enkele verdragen hier niet onvermeld blijven.

Op mondiale grondslag is onder auspiciën van de Verenigde Naties het *UNCITRAL Verdrag inzake internationale koopovereenkomsten van roerende zaken* van 11 april 1980, kortweg het *Weens Koopverdrag*, tot stand gekomen. Dit verdrag is tot dusver door 76 landen geratificeerd. Binnen de Europese Unie zijn alleen Ierland, Malta, Portugal en het Verenigd Koninkrijk geen partij. Het verdrag biedt uniforme regels over de totstandkoming van internationale koopovereenkomsten van roerende zaken tussen bedrijven, de daaruit voortvloeiende verplichtingen van partijen, de overgang van het risico en de gevolgen van niet-nakoming.⁴⁹ Het Weens Koopverdrag kan in een concreet geval van toepassing zijn zonder dat partijen zich dit realiseren. Toegegeven zij dat het verdrag bij menig rechtsbeoefenaar juist vooral bekend is vanwege de vaak voorkomende contractuele bepaling die de toepassing ervan uitsluit. Maar ingeval het internationaal handelskoopcontract ter zake niets voorziet, is het verdrag van toepassing indien hetzij de partijen gevestigd zijn in verschillende verdragstaten, hetzij het volgens het internationaal privaatrecht van de bevoegde rechter toepasselijk recht het recht is van een verdragstaat. Bovendien komt het voor dat de set algemene

⁴⁹ Zie nader Bertrams & Kruisinga 2010, p. 169 e.v.

voorwaarden waarin de toepasselijkheid van het verdrag contractueel is uitgesloten, in een concreet geval niet van toepassing blijkt te zijn.

Te noemen is voorts het *UNIDROIT Verdrag inzake de vertegenwoordiging bij de internationale koop van roerende zaken*.⁵⁰ En recentelijk kwam het nog niet van kracht geworden *UNCITRAL Verdrag betreffende het internationaal vervoer van goederen geheel of gedeeltelijk over zee* tot stand.⁵¹ Dit VN-Verdrag, *Rotterdam Rules* genaamd, beschrijft de rechten en plichten van de partijen die belang hebben bij het vervoer van goederen over zee. Het nieuwe verdrag is een uitbreiding en modernisering van de bestaande internationale regelgeving betreffende overeenkomsten van goederenvervoer over zee. Het brengt meer duidelijkheid over wie, waarvoor, wanneer, waar en tot in welke mate verantwoordelijk en aansprakelijk is. Betreffende het aansprakelijkheidsrecht bestaan voorts verdragen over aansprakelijkheid voor nucleaire activiteiten en voor olieverontreiniging op zee. Van oudere datum is ook een verdrag nopens de aansprakelijkheid van hotelhouders voor de zaken van hun gasten. Daarnaast is te wijzen op de *Benelux-overeenkomst betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen*, die echter door de komst van de WAM Richtlijnen haar belang heeft verloren.

2.3.5 VERORDENINGEN

Het Europees Parlement en de Raad kunnen op de voet van artikel 114 VwEU volgens de gewone wetgevingsprocedure en na raadpleging van het Economisch en Sociaal Comité maatregelen vaststellen voor de onderlinge aanpassing van nationale bepalingen van de lidstaten die de instelling en de werking van de interne markt betreffen. Deze kunnen worden vervat in zowel richtlijnen als verordeningen. In de praktijk wordt evenwel op grond van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid de voorkeur gegeven aan richtlijnen boven verordeningen. Aan richtlijnen zijn de volgende paragrafen gewijd. In deze paragraaf wordt kort ingegaan op verordeningen op het gebied van het verbintissenrecht.

Een aantal verordeningen regelt materie met verbintissenrechtelijke aspecten. Te noemen zijn verordeningen op het gebied van het betalingsverkeer. *Verordening 1103/97* behandelt de overgang van de Ecu naar de euro en geeft onder meer voorschriften voor de omrekening in bestaande contracten.⁵² *Verordening 2560/2001* richt zich op de kosten die banken bij grensoverschrijdende

⁵⁰ Nederland is geen partij bij de Unidroit Conventions on International Financial Leasing and Factoring.

⁵¹ Op 23 september 2009 werden de zogenaamde Rotterdam Rules officieel ondertekend door de landen die zich er nu al achter scharen. Tot onmiddellijke inwerkingtreding leidt dat echter nog niet. Daartoe volgt eerst een ratificatieproces in de desbetreffende landen. Eén jaar nadat twintig landen de Rotterdam Rules hebben geratificeerd, treedt het verdrag in werking.

⁵² Verordening (EG) nr. 1103/97 van de Raad van 17 juni 1997 over enkele bepalingen betreffende de invoering van de euro, *PbEG* 1997, L 161/1. Zie Asser/Hartkamp 3-1* 2008, nr. 152.

betalingen in rekening mogen brengen; het is, kort gezegd, niet toegestaan voor grensoverschrijdende transacties binnen de Europese Unie hogere kosten te berekenen dan voor soortgelijke binnenlandse betalingen.⁵³ Daarnaast worden de rechtsposities van passagiers in het lucht- en spoorwegvervoer door verordeningen bestreken. *Verordening 261/2004* biedt luchtreizigers compensatie en bijstand bij vervoersweigering, annulering en vertraging van vluchten.⁵⁴ Bij vertraging en uitval van treinen voorziet *Verordening 1371/2007* in recht op compensatie.⁵⁵ Voorts gelden in het mededingingsrecht verordeningen die onder meer de (on)toelaatbaarheid van bepaalde overeenkomsten regelen, en kent het recht inzake de industriële eigendom regulerende verordeningen.⁵⁶

Een verordening is algemeen verbindend en heeft rechtstreeks werking in de rechtsorde van de lidstaten. Een ieder wordt onmiddellijk gebonden en kan rechten aan de verordening ontleen. Dit betekent ook dat overtreding van een (privaat- of publiekrechtelijk getinte) verordening de nietigheid van een rechtshandeling of de onrechtmatigheid van een feitelijke gedraging kan meebrengen.⁵⁷

2.3.6 UNIFORMERENDE BELEIDSOPTIES

Een eventuele keuze voor een aantal van de thans door de Europese Commissie aangedragen (en in paragraaf 2.2.3.6 genoemde) beleidsalternatieven zou een uniformerende uitwerking hebben. Met een invoering van de geopperde verordening tot vaststelling van een Europees contractenrecht (optie zes) of de afkondiging van een Europees Burgerlijk Wetboek (optie zeven) zou het nationale contractenrecht of zelfs het nationale burgerlijk recht vervangen worden. In de vorm van een verordening zou het nieuwe instrument immers rechtstreekse werking krijgen en met voorrang boven het nationale recht moeten worden toegepast. Een dergelijk gearanceerd privaatrechtelijk Unierecht zou op zijn zachtst gezegd veel weerstand ontmoeten, waarover meer in paragraaf 2.6.3. Een optionele uniformering, zoals de vierde optie van het Groenboek inzake de beleidsalternatieven behelst, zou zoals hierna moge blijken een minder drastische acceleratie vormen in het proces van Europeanisering.

53 Verordening (EG) nr. 2560/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 19 december 2001 betreffende grensoverschrijdende betalingen in euro, *PbEG* 2001, L 344/13. Zie Van Esch, p. 230.

54 Verordening (EG) nr. 261/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 11 februari 2004 tot vaststelling van gemeenschappelijke regels inzake compensatie en bijstand aan luchtreizigers bij instapweigering en annulering of langdurige vertraging van vluchten en tot intrekking van Verordening (EEG) nr. 295/91, *PbEG* 2004, L 46/1.

55 Verordening (EG) nr. 1371/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007 betreffende de rechten en verplichtingen van reizigers in het treinverkeer, *PbEU* 2007, L 315/14.

56 Zie o.a. Asser/Hartkamp 3-1* 2008, nr. 152; Keus 2010, p. 24.

57 Zie Asser/Hartkamp 3-1* 2008, nr. 154 e.v.

2.4 Harmonisering

2.4.1 EUROPEANISERING DOOR HARMONISERING

Europeanisering (van en door regelgeving) geschiedt in belangrijke mate door *harmonisering* (van en door regelgeving). Deze harmonisering vindt plaats door het modelleren van nationaal recht naar dwingende richtlijnen. In Europees verband geharmoniseerd recht is aldus naar de vorm nationaal recht, waarvan de inhoud evenwel op unitair niveau is bepaald.⁵⁸

2.4.2 RICHTLIJNEN

Europese richtlijnen fungeren als rechtsinstrument van harmonisering en daarmee van Europeanisering. Richtlijnen worden ingezet om een onderlinge aanpassing van de wetgeving van de lidstaten te bewerkstelligen met het oog op de instelling of werking van de interne markt. Het merendeel van de richtlijnen op het gebied van het verbintenissenrecht is op artikel 114 VwEU (voorheen 95 EG, daarvoor 100A EG) gebaseerd; enkele oudere leunen op artikel 115 VwEU (voorheen 94 EG, daarvoor 100 EG).

Richtlijnen zijn, anders dan verordeningen, voor de lidstaten slechts verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat; aan de nationale instanties van de verschillende lidstaten wordt, op grond van artikel 288 VwEU, de bevoegdheid gelaten de vorm en middelen hiervoor te kiezen. Een richtlijn draagt de lidstaten op om binnen een bepaalde termijn een bepaald resultaat in de nationale rechtsorde te verwezenlijken.

Aan deze uitvoering worden wel zekere eisen gesteld. Na implementatie dient de nationale rechtssituatie bepaaldelijk en duidelijk te zijn en dient volledige toepassing van de richtlijn verzekerd te zijn. De begunstigden dienen kennis te kunnen nemen van hun rechten ter zake en voor de nationale rechter te kunnen ageren. In de woorden van het Europese Hof van Justitie klinkt het als volgt:

‘Zo moeten de bepalingen van een richtlijn worden uitgevoerd met een onbetwistbare dwingende kracht en met de specificiteit, nauwkeurigheid en duidelijkheid die nodig zijn om te voldoen aan het vereiste van rechtszekerheid, dat ingeval een richtlijn voor particulieren rechten in het leven roept, verlangt dat de begunstigden hun rechten in volle omvang kunnen kennen.’⁵⁹

Deze eisen verhinderen evenwel niet dat er verschillende strategieën voor implementatie mogelijk zijn. Grofweg kan integratie van isolatie worden onderscheiden.

⁵⁸ Keus 2010, p. 8.

⁵⁹ HvJ 13 maart 1997, C-197/96, *Jur.* 1997, I-1489, NJ 1998, 325 (*Commissie/Frankrijk*), r.o. 15. Zie ook HvJ 30 mei 1991, C-361/88, *Jur.* 1991, I-2567 (*Commissie/Duitsland*), r.o. 15 en 24; HvJ 10 mei 2001, C-144/99, *Jur.* 2001, I-3541 (*Commissie/Nederland*).

Van integratie is sprake daar waar richtlijnen worden ingepast in en afgestemd op de gerelateerde nationale regelgeving, waarbij een herstructurering van nationaal recht plaatsvindt. Isolatie is een afscheiding van de geïmplementeerde richtlijn ten opzichte van de gerelateerde nationale regelgeving. Implementatie van richtlijnen vindt dan door middel van nieuwe, afzonderlijke wetten plaats. Daarbij kan er voor worden gekozen een richtlijn letterlijk over te nemen in de nationale rechtsorde, maar ook kan dit op meer gesystematiseerde wijze geschieden.⁶⁰ De technieken kunnen verschillen in gradatie.⁶¹

De Nederlandse implementatiestrategie kenmerkt zich door inpassing in de nationale wetgeving waarmee de richtlijn verband houdt. Aldus worden privaatrechtelijke richtlijnen in het Burgerlijk Wetboek verwerkt. De Nederlandse wetgever wil vermijden dat er een lappendeken ontstaat; het invoeren van elke richtlijn met een afzonderlijke wet zou leiden tot een onoverzichtelijk geheel van losse wetgeving en zou als gevolg hebben dat licht onderlinge tegenstrijdigheden en onvindbare of ondoorzichtige bepalingen ontstaan.⁶² Dit gevaar is des te groter bij richtlijnen die niet voortkomen uit een coherente ontwikkeling van Europees recht, maar zich tekenen als reacties op gebleken problemen en knelpunten, zoals onder meer bij de verbintenisrechtelijke richtlijnen het geval is. Bij (partiële) integratie, zoals in Nederland, is de wetgever gedwongen zich rekenschap te geven van de consequenties van de richtlijn voor het bestaande nationale recht. Duidelijk wordt alsdan waar dat recht voor de richtlijn moet wijken en waar het nationale recht in combinatie met het Unierecht moet worden toegepast.

Voor hun werking in de nationale rechtsordes zijn richtlijnen derhalve primair afhankelijk van de omzetting door de lidstaten in nationale regelgeving. Subsidiair, voor het geval de omzetting niet, niet tijdig of niet correct geschiedt, ontvouwen richtlijnen hun werking door richtlijnconforme interpretatie. Aan deze rechterlijke werkzaamheid wordt in hoofdstuk 3 aandacht besteed. De wetgever kan voorts bij de implementatie van een richtlijn spontaan doorharmoniserend verder gaan dan de richtlijn vereist door in het nationale recht ook aan de richtlijn te refereren voor gevallen die niet binnen het toepassingsbereik van de richtlijn vallen. Nu evenwel het resultaat daarvan niet zozeer op Europees niveau geharmoniseerd recht is, maar het veeleer tot convergentie leidt, volgt een bespreking daarvan niet in dit, maar in het volgende deel van dit hoofdstuk (paragraaf 2.5.1).

Hier zij ten slotte opgemerkt dat harmonisering door richtlijnen in de regel geen eenvormige regelgeving in de lidstaten tot gevolg heeft. De inzet van richtlijnen als instrument van Europeanisering heeft als voordeel dat inpassing

60 Zie onder meer Smits 2006, p. 100.

61 Zo kan men het nationale recht met het oog op de coherentie van het nationale rechtstelsel in verdergaande mate aan een richtlijn aanpassen dan waartoe die richtlijn strikt genomen verplicht. Zie ook paragraaf 2.5.1.

62 *Handelingen I* 2005, p. 17-759 en 17-760.

in de nationale privaatrechtelijke systemen op verantwoorde wijze naar eigen nationale terminologie door de nationale wetgever kan geschieden. De mate waarin Europeanisering op nationaal niveau de coherentie van de rechtssystemen aantast, kan dan enigszins worden beperkt. Maar vanuit het perspectief van harmonisering wordt hiervoor een prijs betaald. Deze wordt in de volgende paragraaf (2.4.3) begroot.

2.4.3 MATE VAN HARMONISATIE

2.4.3.1 *Interactie*

Europeanisering door middel van richtlijnen veronderstelt interactie tussen de 27 lidstaten en de Europese regelgever. De effectiviteit van deze vorm van Europeanisering is immers afhankelijk van een correcte implementatie in de verschillende nationale rechtssystemen. Richtlijnen bevatten bovendien in de regel geen uitputtende regeling; zij voorzien veeleer in een reeks incidentele bepalingen die in de praktijk in combinatie met regels van nationaal recht moet worden toegepast. Daarbij komt dat richtlijnen de lidstaten de mogelijkheid kunnen laten strengere of andere voorschriften in hun nationale wetgeving op te nemen. Dit maakt dat van een werkelijke, geslaagde harmonisatie niet snel sprake zal zijn.

2.4.3.2 *Minimum of maximum*

De ruimte die resteert voor een eigen nationale invulling van het Europese ‘top down’ beleid varieert naar gelang de gekozen vorm van harmonisatie. Verschillende niveaus en typen van harmonisatie door middel van richtlijnen zijn te onderscheiden. Het niveau van harmonisatie is een kwestie van gradatie, waarbij minimum harmonisatie en volledige harmonisatie de uitersten vormen. Daarnaast kan men nog onder meer als typen onderscheiden uitputtende harmonisatie, partiële harmonisatie en optionele harmonisatie.

Bij minimum harmonisatie stelt de Europese regelgever een bepaalde minimumnorm vast waaraan de lidstaten moeten voldoen. Daarbij behoudt de nationale wetgever de bevoegdheid om strengere, meer beschermende nationale regels vast te stellen.⁶³ Bij volledige harmonisatie heeft de nationale wetgever deze ruimte niet. Van volledige of maximum harmonisatie is sprake als de Europese regelgever op een bepaald terrein een uniforme Europese regel oplegt.

⁶³ Mits deze geen afbreuk doen aan het VwEU. De nationale rechtsregels die verdergaande bescherming bieden dan de toepasselijke richtlijn, kunnen uiteraard wel aan het VwEU worden getoetst, en in het bijzonder aan de bepalingen inzake vrij verkeer. Een voorbeeld biedt HvJ C-382/87, *Jur.* 1989, I-1235 (*Buet/Ministère Public*) waar de vraag werd voorgelegd of het algehele verbod op colportage van lesmateriaal in Frankrijk een ontoelaatbare beperking vormde van het vrij verkeer van goederen. Het Hof van Justitie achtte het belang van de consument om geen inferieur of verouderd lesmateriaal te kopen beschermingswaardig en antwoordde ontkennend.

Waar gekozen wordt voor minimum harmonisatie blijft het mogelijk dat de nationale wetgevingen uiteenlopen. Maximum harmonisatie heeft als keerzijde dat het nationaal een mogelijke verlaging van het beschermingsniveau meebrengt.⁶⁴

De methode van volledige harmonisatie is vooral in de beginperiode van het harmonisatieprogramma van de Unie gebruikt, maar daarna heeft de Europese regelgever de voorkeur aan minimum harmonisatie gegeven. Op vermogensrechtelijk terrein was het tot voor kort bewust beleid van de Europese Commissie om voor regelgeving het instrument van de richtlijn met minimumkarakter te gebruiken.⁶⁵ Daarbij voerde een verticale benadering, bedoeld om specifieke oplossingen voor specifieke problemen te bieden, de boventoon.⁶⁶ Deze werkwijze heeft tot versnipperde regelgeving geleid. De Commissie acht deze wetgevingsaanpak niet langer dienstig en aangepast aan de tijd. Recente verbintenissenrechtelijke richtlijnen zijn daarom gebaseerd op het principe van een volledige harmonisatie en ademen een meer geïntegreerde horizontale benadering.⁶⁷

2.4.4 GEHARMONISEERD VERBINTENISSENRECHT

2.4.4.1 *Een overzicht*

Het geharmoniseerde verbintenissenrecht bestaat uit regels gericht op de verbetering van marktcondities enerzijds en op bescherming van de rechtsposities van consumenten anderzijds.⁶⁸ In dit licht zal het niet verbazen dat het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht niet hoog op de agenda van de Europese regelgever staat. De richtlijnen op het terrein van het verbintenissenrecht betreffen voornamelijk het contractuele consumentenrecht en in veel mindere mate de onrechtmatige daad. De richtlijnen bevatten overwegend dwingend recht.

Vrijwel altijd hebben de richtlijnen naast de bevordering van de werking van de interne markt consumentenbescherming ten doel. Een achttal richtlijnen worden, zoals hieronder aan de orde komt, specifiek aangeduid met de term 'consumentenacquis'. Het betreffen de Colportagerichtlijn (85/577), de Richtlijn Pakketreizen (90/314), de Richtlijn Oneerlijke Contractsbedingen (93/13), de

⁶⁴ Zie HvJ 25 april 2002, C-183/00, *Jur.* 2002, I-03901 (*González Sánchez/Medicina Asturiana*), waarover nader Keirse 2007a, p. 33-34: 'De richtlijn belet niet dat de rechten die de consumenten overeenkomstig de wetgeving van een lidstaat genoten als gevolg van de omzetting van de richtlijn worden beperkt.'

⁶⁵ Een uitzondering is Richtlijn 85/374 inzake Productaansprakelijkheid, die in volledige harmonisatie beoogt te voorzien. Zie Keirse 2007a, p. 27 e.v.

⁶⁶ Zie Groenboek Herziening van het consumentenacquis, COM (2006) 744 def., p. 8.

⁶⁷ Te wijzen valt op de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken (2005/29) en de Richtlijn Consumentenkrediet (2008/48); zie ook hierna.

⁶⁸ Voor een meer volledig overzicht dan hieronder wordt verschaft, zij verwezen naar de verschillende bijdragen in Hartkamp, Sieburgh & Keus II 2007.

Richtlijn Timesharing (94/47)(vervangen door (2008/122)), de Richtlijn Overeenkomsten op afstand (97/7), de Richtlijn Prijsaanduiding van aan de consument aangeboden producten (98/6), de Richtlijn betreffende het doen staken van inbreuken (98/27), alsook de Richtlijn Consumentenkoop en -garanties (99/44). Dit neemt niet weg dat ook andere richtlijnen op bescherming van de consument zien. In buitencontractueel verband valt te wijzen op de Richtlijn Productaansprakelijkheid (85/374), de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken (2005/29) en de Richtlijn Misleidende en vergelijkende reclame (2006/114). Een uitzondering vormt de Richtlijn Betalingsachterstand bij handelstransacties (2000/35); deze ziet specifiek op contracten waarbij de consument niet betrokken is.

De inhoud en reikwijdte van de diverse richtlijnen lopen uiteen. Sommige richtlijnen beogen een bepaalde wijze van totstandkoming van een overeenkomst te reguleren. Dit geldt voor de Colportagerichtlijn, de Richtlijn Overeenkomsten op afstand en de Richtlijn Elektronische handel (2000/31). Andere richtlijnen hebben een bepaalde bijzondere overeenkomst of een species van de onrechtmatige daad tot onderwerp en voorzien daarvoor in een regeling. Dit betreft bijvoorbeeld de Richtlijn Pakketreizen, de Richtlijn Timesharing, de Richtlijn Consumentenkrediet (87/102), de Richtlijn Productaansprakelijkheid en de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken. De Richtlijn Financiële diensten op afstand (2002/65) is een voorbeeld van een richtlijn die zowel door wijze van totstandkoming als door onderwerp afgebakend is. Voorts zijn er richtlijnen die een enkel aspect van verbintenissenrecht regelen, zoals de Richtlijn Elektronische handtekening (99/31), de Richtlijn Consumentkoop en -garanties en de Richtlijn Betalingsachterstand bij handelstransacties.

2.4.4.2 *Consumentenacquis*

Een achttal richtlijnen pleegt als gezegd te worden aangeduid met de term 'consumentenacquis'. Het gaat om:

*Colportagerichtlijn (85/577)*⁶⁹

De Colportagerichtlijn beoogt de consument te beschermen tegen oneerlijke handelspraktijken bij de huis-aan-huis verkoop en andere overeenkomsten waartoe een ondernemer buiten verkoopruimte het initiatief neemt. De consument wordt een bedenktijd van zeven dagen toegekend, teneinde hem in staat te stellen zich te beraden over de verplichtingen die voor hem uit de overeenkomst voortvloeien.

69 Richtlijn 85/577/EEG van de Raad van 20 december 1985 betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten, *PbEG* 1985, L 372/31.

*Richtlijn Pakketreizen (90/314)*⁷⁰

De Richtlijn Pakketreizen heeft ten doel belemmeringen voor de werking van de interne markt voor toerisme weg te nemen en daarbij de consument te beschermen. De richtlijn bevat regels voor de verkoop van een van tevoren georganiseerde combinatie van vervoer, logies en/of een andere toeristische dienst, die meer dan 24 uur beslaat dan wel een overnachting bevat. Zoals de meeste verbintenissenrechtelijke richtlijnen voorziet ook deze richtlijn in informatieverplichtingen, zowel precontractueel als contractueel.

*Richtlijn Oneerlijke Contractsbedingen (93/13)*⁷¹

Deze richtlijn weert onredelijke bedingen uit overeenkomsten met consumenten. Een oneerlijk beding wordt omschreven als een beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld en dat in strijd met de goede trouw het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort.

*Richtlijn Timesharing (94/47), vervangen door de herziene Timesharerichtlijn (2008/122)*⁷²

De Richtlijn *Timesharing* voorziet in een minimumbeschermingsniveau van de verkrijger van een deeltijds gebruik van een onroerend goed, onafhankelijk van de vraag in welke rechtsvorm zich die *timeshare* naar nationaal recht voordoet. Een informatieverplichting voor de vervreemder en een bedenktijd van tien dagen voor de verkrijger zijn de twee belangrijke beschermingsinstrumenten. De nieuwe richtlijn die de oude vervangt brengt een verbeterde bescherming voor de consument mee door de invoering van verlengde herroepingstermijnen, strengere informatieverplichtingen voor de handelaar en automatische beëindiging van aanvullende overeenkomsten bij uitoefening van het herroepingsrecht. Daarnaast worden regels gesteld ten aanzien van het adverteren voor timeshareproducten door de handelaar.

*Richtlijn Overeenkomsten op afstand (97/7)*⁷³

Deze richtlijn voert een minimum aan gemeenschappelijke regels in voor op afstand gesloten overeenkomsten. De regeling is erop gericht de drempel voor

70 Richtlijn 90/314/EEG van de Raad van 13 juni 1990 betreffende pakketreizen, met inbegrip van vakantiepakketten en rondreispakketten, *PbEG* 1990, L 158/59.

71 Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *PbEG* 1993, L 95/29.

72 Richtlijn 2008/122/EG van het Europees Parlement en de Raad van 14 januari 2009 betreffende de bescherming van de consumenten met betrekking tot bepaalde aspecten van overeenkomsten betreffende gebruik in deeltijd, vakantieproducten van lange duur, doorverkoop en uitwisseling., *PbEU* 2009, L 033/10. Deze nieuwe richtlijn vervangt Richtlijn 94/47/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 26 oktober 1994 betreffende de bescherming van de verkrijger voor wat bepaalde aspecten betreft van overeenkomsten inzake de verkrijging van een recht van deeltijds gebruik van onroerende goederen, *PbEG* 1994, L 280/83.

73 Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten, *Pb* 1997, L 144/19.

consumenten te verlagen om op afstand te contracteren, bijvoorbeeld via de telefoon of het internet en mogelijk grensoverschrijdend. De richtlijn schrijft voor over welke informatie de consument in ieder geval moet beschikken voordat de overeenkomst op afstand wordt gesloten. Ook deze richtlijn kent de consument een bedenktijd toe, ditmaal van zeven dagen. Voorts verplicht de richtlijn de leverancier tot levering van de bestelling binnen een termijn van dertig dagen. Tot slot wordt verboden de levering met een betalingsverzoek van goederen of diensten die de consument niet heeft besteld.

*Richtlijn Prijsaanduiding (98/6)*⁷⁴

Zoals reeds uit de benaming van deze richtlijn voortvloeit, wordt de verkoper hierin verplicht om de verkoopprijs en de prijs per meeteenheid te vermelden op of bij producten die aan consumenten worden aangeboden.

*Richtlijn betreffende het doen staken van inbreuken (98/27)*⁷⁵

Deze richtlijn is ingegeven door de vrees dat er onvoldoende mogelijkheden zijn om richtlijnen die de belangen van de consument beschermen te handhaven, met name waar een inbreuk op het acquis de collectieve belangen van de consument schaadt. Beoogd wordt consumentenorganisaties de mogelijkheid te geven om in rechte een verbod te vorderen van een overtreding van het materiële recht van de lidstaten zoals dat is geharmoniseerd krachtens de Richtlijnen inzake Misleidende Reclame, Colportage, Consumentenkrediet, Televisie zonder grenzen, Pakketreizen, Reclame voor geneesmiddelen, Oneerlijke Contractsbedingen, Timesharing en Overeenkomsten op afstand.

*Richtlijn Consumentenkoop en -garanties (99/44)*⁷⁶

Deze richtlijn wil harmonisatie brengen ten aanzien van de rechtsmiddelen van de consumentkoper bij non-conformiteit, de klacht- en verjaringstermijn ter zake en de garanties van de verkopers. Als kernverplichting legt de richtlijn op dat de verkoper de consument een goed aflevert dat aan de koopovereenkomsten beantwoordt.

2.4.4.3 Overig contractenrecht

Zonder aanspraak te maken op volledigheid passeren hier enkele andere contractenrechtelijke richtlijnen de revue.

74 Richtlijn 98/6/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 1998 betreffende de bescherming van de consument inzake de prijsaanduiding van aan de consument aangeboden producten, *PbEG* 1998, L 80/27.

75 Richtlijn 98/27/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 mei 1998 betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen, *PbEG* 1998, L 166/51.

76 Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen, *PbEG* 1999, L 171/12.

*Richtlijn Elektronische handtekeningen (99/93)*⁷⁷

Het doel van deze richtlijn is het gebruik van elektronische handtekeningen te vergemakkelijken en tot de wettelijke erkenning daarvan in de Europese Unie bij te dragen. Door middel van het vastleggen van gemeenschappelijke randvoorwaarden beoogt de richtlijn het vertrouwen in nieuwe technologie te bevorderen. Uitgangspunt is dat de elektronische handtekening in beginsel geen juridisch effect behoort te worden ontzegd.

*Richtlijn Elektronische handel (2000/31)*⁷⁸

Met het oog op de bevordering van de elektronische handel beoogt deze richtlijn een hoog niveau van juridische integratie binnen de Europese Unie te creëren. De richtlijn geeft een globaal juridisch raamwerk voor de diensten van de informatiemaatschappij ter aanvulling op andere richtlijnen die hierop mede van toepassing zijn.

*Richtlijn Betalingsachterstand bij handelstransacties (2000/35) en actueel richtlijnvoorstel*⁷⁹

In 2000 is deze richtlijn vastgesteld om betalingsachterstanden bij handelstransacties binnen de Europese Unie tegen te gaan. Verschillen in betalingsvoorschriften en -praktijken vormen een hinderpaal voor de goede werking van de interne markt. Thans ligt een voorstel voor aanscherping van deze richtlijn voor.⁸⁰ Dit voorstel wil de kasstroom voor Europese ondernemingen verbeteren, hetgeen volgens de Europese Commissie bijzonder belangrijk is in deze tijden van economische neergang. Het voorstel richt zich ook op het faciliteren van een soepel functionerende interne markt door het wegnemen van barrières voor grensoverschrijdende transacties, voor zover die gerelateerd zijn aan betalingen. Hiertoe worden bedrijven instrumenten aangereikt om in geval van betalingsachterstand hun rechten volledig en doeltreffend te kunnen uitoefenen en worden overheden maatregelen in het vooruitzicht gesteld die hen ervan moeten weerhouden te laat te betalen.

Evenals de reeds bestaande Richtlijn Betalingsachterstand (2000/35) die met het richtlijnvoorstel wordt herschikt en op een aantal onderdelen wordt aangescherpt, ziet het voorstel op commerciële transacties ongeacht of deze grensoverschrijdend of strikt nationaal zijn. Transacties met consumenten vallen erbuiten. De huidige regeling voorziet reeds in een standaard betalingstermijn van dertig dagen alsook in de mogelijkheid om bij overschrijding een relatief

77 Richtlijn 1999/93/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 1999 betreffende een gemeenschappelijk kader voor elektronische handtekeningen, *PbEG* 2000, L 13.

78 Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt, *PbEG* 2000, L 178/1.

79 Richtlijn 2000/35/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 juni 2000 betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties, *PbEG* 2000, L 200/35.

80 Voorstel voor een Richtlijn betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties. (Herschikking) Tenuitvoerlegging van de 'Small Business Act', COM (2009) 126.

hoge wettelijke rente in rekening te brengen. Welnu, het richtlijnvoorstel bepaalt in aanvulling hierop dat de schuldeiser een bedrag aan verhaalkosten in rekening mag brengen. Bovendien bevat het voorstel specifieke bepalingen voor betalingen door overheden. Het voornemen is de standaard termijn van dertig dagen ook voor overheden te laten gelden. Alleen in specifieke omstandigheden zouden overheden te hiervan mogen afwijken. De bedoeling is bovendien dat schuldeisers bovenop de wettelijke rente en de verhaalkosten bij de desbetreffende overheidsinstelling ook nog een extra compensatie van 5% van het factuurbedrag in rekening kunnen brengen.

*Richtlijn Financiële diensten op afstand (2002/65)*⁸¹

Deze richtlijn heeft ten doel consumenten zonder discriminatie toegang te geven tot een zo breed mogelijke verscheidenheid van in de Unie verkrijgbare financiële diensten, zodat zij de dienst kunnen kiezen die het best in hun behoeften voorziet. Om de keuzevrijheid – een essentieel recht voor de consument – te garanderen, is een hoog niveau van consumentenbescherming nodig teneinde het vertrouwen van de consument in de verkoop op afstand te versterken. Met de richtlijn wordt dan ook gestreefd naar maximum harmonisatie.

*Richtlijn Consumentenkrediet (2008/48)*⁸²

De eerste richtlijn betreffende de harmonisatie van voorwaarden voor het consumentenkrediet uit 1987 is inmiddels vervangen door een nieuwe richtlijn inzake kredietovereenkomsten voor consumenten. Doel van de richtlijn is de verbetering van de werking van de interne markt voor consumentenkrediet. Daarnaast beoogt de richtlijn de consument bescherming te bieden bij het sluiten van kredietovereenkomsten, teneinde diens vertrouwen niet te schaden en het vrije verkeer van kredietaanbiedingen voor zowel kredietgevers als kredietnemers optimaal te laten functioneren. De consument komt onder meer een recht toe op precontractuele informatie, op een bedenktijd van veertien dagen, op kosteloze beëindiging van kredietovereenkomsten met een onbepaalde looptijd en op vervroegde aflossing.

2.4.4.4 *Buiten-contractueel verbintenissenrecht*

Productaansprakelijkheid en productveiligheid

Een belangrijk wapenfeit van de Europese Unie op het gebied van het buiten-contractuele aansprakelijkheidsrecht is de in 1985 vastgestelde Richtlijn

81 Richtlijn 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 betreffende de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten en tot wijziging van de Richtlijnen 90/619/EG, 97/7/EG en 98/27/EG van de Raad, *PbEG* 2002, L 271/16.

82 Richtlijn 2008/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2008 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten en tot intrekking van Richtlijn 87/102/EEG van de Raad (van 22 december 1986 betreffende de harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake het consumentenkrediet, *PbEG* 1987, L 42/48), *PbEU* 2008, L 133/66.

Productaansprakelijkheid, die inmiddels fungeert als integraal onderdeel van het steeds stringenter wordende Europees productveiligheidsbeleid.⁸³

De verzameling rechtsregels gericht op de kwaliteit en in het bijzonder de veiligheid van de in de handel gebrachte of te brengen producten is hoofdzakelijk gebaseerd op Europese richtlijnen.⁸⁴ Aan de wieg van dit Europese productveiligheidsbeleid stond de Richtlijn Productaansprakelijkheid. Daarin is met veel moeite een balans gevonden tussen de belangen van consument en producent. De richtlijn belast de producent met aansprakelijkheid voor de schade veroorzaakt door een gebrek in zijn product.

Aansprakelijkheidsrechtelijke marktregels

Van Europese komaf zijn ook aansprakelijkheidsrechtelijke marktregels. Het eerste resultaat van harmonisatie op het terrein van beperkingen van mededingingsvrijheid heeft betrekking op misleidende reclame. De bescherming van de consument tegen misleidende reclame door Richtlijn 84/450 werd met Richtlijn 97/55 aangescherpt en uitgebreid.⁸⁵ Deze tweede richtlijn reguleerde ook de vergelijkende reclame. Inmiddels sanctioneert de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken oneerlijke handelspraktijken voor zover het gedragingen jegens consumenten betreft.⁸⁶ De Richtlijn Misleidende en vergelijkende reclame (2006/114) is opnieuw vastgesteld en tot de bescherming van ondernemers beperkt.⁸⁷

2.4.5 HERZIENING VAN HET CONSUMENTENACQUIS

2.4.5.1 *Motivering en doel*

De Europese Commissie heeft, zoals in paragraaf 2.2.3.4 al is aangestipt, in 2004 een aanvang gemaakt met een herziening van het consumentenacquis teneinde de bestaande regelgeving op het gebied van consumentenbescherming te vereenvoudigen, te complementeren en aldus te verbeteren.⁸⁸ Dit is niet zonder reden.

83 Richtlijn 1985/374/EG van de Raad van 25 juli 1985 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken, *PbEG* 1985, L 210/29, gewijzigd bij Richtlijn 1999/34/EG, *PbEG* 1999, L 283/20.

84 Richtlijn 1992/59/EEG van de Raad van 29 juni 1992 inzake algemene productveiligheid, *PbEG* 1992, L 228/24, gewijzigd bij Richtlijn 2001/95/EG, *PbEG* 2001, L 11/4. Zie Keirse 2007a, p. 21 e.v.

85 Richtlijn 84/450/EEG van de Raad der EG van 10 september 1984 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake misleidende reclame, *PbEG* 1984, L 250/17, gewijzigd bij Richtlijn 97/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 1997, *PbEG* 1997, L 290/18.

86 Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt, *PbEU* 2005, L 149/22.

87 Richtlijn 2006/114/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame (gecodificeerde versie), *PbEU* 2006, L 376/21.

88 Zie mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad, Europees verbintenissenrecht en de herziening van het acquis: verdere maatregelen, COM (2004) 651 def.

De meeste richtlijnen die deel uitmaken van het huidige consumentenacquis voldoen om te beginnen niet meer geheel aan de eisen van de huidige, snel evoluerende markten. De toenemende betekenis van digitale technologieën en diensten geven aanleiding tot controversiële vragen omtrent gebruikersrechten. Denk daarbij aan de problematiek rond het downloaden van muziek. Punt van aandacht is bijvoorbeeld ook de groei van online veilingen die niet van bescherming door de Richtlijn Overeenkomsten op afstand verzekerd zijn.

Daarbij komt als tweede aanleiding dat de bestaande regelgeving versnipperd is, en wel op twee manieren. Doordat veel lidstaten gebruik hebben gemaakt van de mogelijkheden die de huidige richtlijnen bieden, om met het oog op een hoger beschermingsniveau strengere voorschriften in hun nationale wetgevingen op te nemen dan de richtlijnen minimaal voorschrijven, zijn de regelgevingen versnipperd geraakt. Daarenboven is de versnippering het gevolg van de omstandigheid dat veel aspecten in de richtlijnen zelf niet consequent geregeld zijn of zelfs helemaal buiten beschouwing zijn gelaten.

Gebrek aan vertrouwen van de consument vormt een derde reden voor herziening. Consumenten deinzen ervoor terug om in het buitenland te kopen; zo zouden velen het niet vertrouwen aankopen te doen bij een bedrijf in het buitenland.⁸⁹ Uit het meest recente Europese scoreboard voor consumentenmarkten blijkt dat slechts 29% van de consumenten in 2009 een goed of dienst in een andere lidstaat heeft gekocht.⁹⁰ Voor het jaar 2008 stopte de teller nog op 25%. Slechts 8% van de Europese consumenten bestelde in 2009 een goed of dienst in een ander land via het internet. Dit was in 2008 enkel 6%. Deze percentages kunnen worden afgezet tegen 34% in 2009 en 28% in 2008 van de consumenten die in eigen land online een aankoop deden. Anderzijds is ook het bedrijfsleven terughoudend grensoverschrijdend aan consumenten te verkopen. In 2009 verkocht slechts 25% van de detailhandelaren ook aan afnemers in andere Europese landen, 20% in 2008. Dit is minder verwonderlijk als men bedenkt dat eerdere verslagen hebben aangetoond dat meer dan 60% van de grensoverschrijdende bestellingen op niets uitloopt. De Europese Commissie schrijft beide ontwikkelingen toe aan het feit dat de regels ter bescherming van de consument als gevolg van de minimum harmonisatie van land tot land uiteenlopen. De versnippering en het variabele niveau van consumentenbescherming bemoeilijken pan-Europese voorlichtingscampagnes over de rechten van de consument en de toepassing van alternatieve geschillenbeslechting. De naleving van het versnipperde consumentenacquis brengt bovendien voor het bedrijfsleven aanzienlijke kosten met zich, die een deel liever vermijdt door export te beperken.

Beoogd wordt met een nieuwe regeling het consumentenrecht te moderniseren alsook te vereenvoudigen en aldus bij te dragen aan een beter werkende interne

⁸⁹ Groenboek Herziening van het consumentenacquis, COM (2006) 744 def., p. 7.

⁹⁰ Consumer Markets Scoreboard – Consumers at Home in the Internal Market – SEC (2010) 385.

markt die consumenten de kans biedt in te gaan op aanbiedingen uit alle hoeken van Europa. In de woorden van de Commissie is het belangrijkste doel van deze herziening de vormgeving van een echte interne markt voor consumenten met een goede balans tussen het concurrentievermogen van het bedrijfsleven enerzijds en een hoog niveau van consumentenbescherming anderzijds.⁹¹ Dit sluit aan bij de *agenda voor de burger*, en de daarin bepleitte aanpak van de Commissie, alsook bij de *algemene strategie voor consumentenbeleid* van de Unie.⁹² Daaruit blijkt dat de Commissie tegen uiterlijk 2013 alle Europese burgers duidelijk wil hebben gemaakt dat zij overal in de Unie kunnen winkelen in de zekerheid dat zij overal een even goede bescherming genieten. De detailhandelaren wil zij in de toekomst kunnen verzekeren dat zij op basis van dezelfde eenvoudige regelgeving overal hun producten kunnen verkopen.⁹³

2.4.5.2 Raadpleging

In het kader van de voormelde herziening van het consumentenacquis is onderzoek uitgezet.⁹⁴ De effecten van de richtlijnen en de wijze waarop de richtlijnen zijn omgezet en worden toegepast zijn in dit onderzoek aan de doelstellingen getoetst. In een Groenboek Herziening van het consumentenacquis heeft de Commissie verschillende beleidsopties voorgelegd en heeft zij reacties hierop uitgenodigd.⁹⁵

In geval van een keuze voor een verticale benadering worden de bestaande richtlijnen afzonderlijk herzien of worden bepaalde sectoren gereguleerd. Bij een meer horizontale benadering worden kaderinstrumenten vastgesteld om de gemeenschappelijke kenmerken van het acquis te regelen, zo nodig onderbouwd met sectorale voorschriften. Een horizontale aanpak vergt een afbakening van de werkingssfeer. Daarbij kan gekozen worden voor een toepassingsbereik dat zich over alle consumentenovereenkomsten uitstrekt, onafhankelijk van hun (inter)nationaal karakter. De werkingssfeer zou evenwel ook kunnen worden beperkt tot grensoverschrijdende transacties, of bijvoorbeeld tot op afstand gesloten overeenkomsten op binnenlandse en buitenlandse bodem.

⁹¹ Groenboek Herziening van het consumentenacquis, COM (2006) 744 def., p. 3; Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende consumentenrechten, COM (2008) 614 def., p. 1.

⁹² Mededeling van de Commissie aan de Europese Raad, Een agenda voor de burger – concrete resultaten voor Europa, 10 mei 2006, COM (2006) 211 def.; Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Europees Economisch en Sociaal Comité, EU-strategie voor het consumentenbeleid 2007-2013 – Consumenten mondig maken, hun welzijn verbeteren en hun effectief bescherming bieden, COM (2007) 99 def.

⁹³ Aldus M. Kuneva, Commissaris voor Consumentenbescherming, in haar voorwoord voor de strategie voor consumentenbeleid.

⁹⁴ Zie onder meer de Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad, Europees verbintenissenrecht en de herziening van het acquis: verdere maatregelen, COM (2004) 651 def.; Verslag van de Commissie, Eerste Voortgangsverslag over het Europees verbintenissenrecht en de herziening van het acquis, COM (2005) 456 def.; Groenboek Herziening van het consumentenacquis, COM (2006) 744 def. Zie ook paragraaf 4.3.2.11.

⁹⁵ Groenboek Herziening van het consumentenacquis, COM (2006) 744 def.

Los van de voor herziening te kiezen methode moet er ook duidelijkheid komen over de gewenste mate van harmonisatie. Een optie is de herziene wetgeving te baseren op volledige harmonisatie, aangevuld met een bepaling inzake wederzijdse erkenning voor niet volledig geharmoniseerde onderwerpen. Als tweede mogelijkheid noemt de Commissie het handhaven van een beleid van minimale harmonisatie gecombineerd met een bepaling inzake wederzijdse erkenning of met het land-van-oorsprongbeginsel.

Honderden reacties op het Groenboek volgden, 307 om precies te zijn, vooral van de zijde van ondernemingen (150), maar ook van consumentenorganisaties (53), overheidsinstanties op nationaal en lokaal niveau (39), praktijkjuristen (33) en academici (32).⁹⁶ Het Europees Parlement en het Europees Economisch en Sociaal Comité hebben ook van zich laten horen, evenals alle lidstaten met uitzondering van Denemarken.

De meerderheid van de respondenten dringt aan op een horizontaal wetgevend instrument dat van toepassing is op binnenlandse en grensoverschrijdende transacties en gebaseerd is op volledige doelgerichte harmonisatie. Het zou gecombineerd moeten worden met verticale herzieningen van de bestaande sectorspecifieke richtlijnen. Het plan het consumentenacquis aan te scherpen en te systematiseren met behulp van gemeenschappelijke definities weet zich van steun verzekerd.

De studie van academici, waartoe de Commissie heeft opgeroepen, heeft geresulteerd in een Compendium van Europees consumentenrecht en een database van het consumentenacquis. Daarover meer in het vierde hoofdstuk (paragraaf 4.3.2.II).

2.4.5.3 *Nieuwe aanpak van harmonisering*

De werkzaamheden ter herziening van het consumentenacquis hebben inmiddels geresulteerd in een voorstel van de Europese Commissie voor een horizontaal instrument met een breed domein. Het betreft een ontwerprichtlijn inzake consumentenrechten; harmonisatie van de kernbegrippen van het consumentenrecht zou geboden zijn om de nodige rechtszekerheid te creëren voor zowel consumenten als bedrijven.

Het grote belang van dit voorstel ligt niet zozeer op het vlak van inhoudelijke verbeteringen, maar is gelegen in de nieuwe aanpak van harmonisering. Het domein is niet sectorspecifiek, maar breed; het bestrijkt de consumentenovereenkomst. Daarenboven is afgestapt van het idee van minimum harmonisatie en wordt het principe van volledige harmonisatie gehanteerd. Een viertal bestaande

⁹⁶ Preparatory Impact Assessment on the review of the consumer acquis/GP analytical report 2007. Een grondige analyse van de reacties is te raadplegen via: ec.europa.eu/consumers/rights/cons_acquis_en.htm. Voor een verkort overzicht zij verwezen naar Loos 2008b, p. 31 e.v. en de toelichting bij het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende consumentenrechten, (COM) 2008 614 def., p. 5.

richtlijnen gebaseerd op minimum harmonisatie worden in het voorstel omgezet in een instrument gebaseerd op maximum harmonisatie. Dit betekent dat het de lidstaten bij invoering van dit voorstel niet langer wordt toegestaan om voor hun grondgebied op het geharmoniseerde terrein regels te handhaven of te introduceren die afwijken van de bepalingen in de richtlijn.

De keuze voor maximum harmonisatie staat niet op zich, maar is onderdeel van een nieuwe wetgevingsaanpak. Het bestaande acquis inzake consumentenrecht toont aan dat de mogelijkheden van richtlijnen gebaseerd op minimum harmonisatie om de verschillen in nationale regelgeving weg te nemen beperkt zijn. Welnu, deze praktijk van minimum harmonisatie wordt als medeoorzaak gezien van de resterende handelsbelemmeringen in de interne markt. Bij de evaluaties van richtlijnen wordt al jaren gepleit voor volledige harmonisatie.⁹⁷ In haar strategie voor het consumentenbeleid 2002-2006 heeft de Commissie een geleidelijke overgang van minimale naar volledige harmonisatie aangekondigd.⁹⁸ Waar de oudere richtlijnen op het terrein van het vermogensrecht de lidstaten de mogelijkheid bieden strengere voorschriften in hun nationale wetgeving op te nemen, zijn de meer recente richtlijnen inzake consumentenbescherming gebaseerd op het principe van een volledige harmonisatie. Zo is in de Richtlijnen betreffende Oneerlijke handelspraktijken en het Consumentenkrediet gebroken met het principe van minimum harmonisatie.⁹⁹

De herziening die de Commissie in 2004 in het vooruitzicht stelde, betrof aanvankelijk de acht richtlijnen die gewoonlijk tot het consumentenacquis worden gerekend, zoals in paragraaf 2.4.4.2 besproken. Het voorstel van de Richtlijn Consumentenrecht dat op 8 oktober 2008 door de Europese Commissie is aangenomen beoogt evenwel slechts de herziening van vier richtlijnen. Het betreft de Colportagerichtlijn, de Richtlijn Oneerlijke Contractsbedingen, de Richtlijn Overeenkomsten op afstand en de Richtlijn Consumentenkoop. Zoals in de volgende paragraaf (2.4.6.1) aan bod komt, luidt het voorstel deze vier richtlijnen samen te voegen tot één enkel horizontaal wetgevend instrument teneinde de gemeenschappelijke elementen op een systematische wijze te regelen, de bestaande regels te vereenvoudigen en bij de tijd te brengen, inconsistenties weg te werken en leemten in te vullen.

⁹⁷ Zie Hardy & Heslen 2009.

⁹⁸ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, Strategie voor het consumentenbeleid 2002-2006, COM (2002) 208 def., p. 14.

⁹⁹ Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt, *PbEU* 2005, L 149/22; Richtlijn 2008/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2008 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten en tot intrekking van Richtlijn 87/102/EEG van de Raad, *PbEU* 2008, L 133/66.

2.4.6 RICHTLIJN CONSUMENTENRECHTEN

2.4.6.1 *Voorstel van de Europese Commissie*

Zoals voormeld, ligt thans een voorstel voor van de Europese Commissie voor een richtlijn betreffende consumentenrechten. Dit voorstel is het eerste concrete resultaat van de herziening van het consumentenacquis. Het voegt vier bestaande onderdelen van Unieregelgeving samen in een enkel wetgevingsinstrument. De ontwerprichtlijn bevat een bundeling van de daarbij in te trekken richtlijnen inzake colportage, verkoop op afstand, consumentenkoop en oneerlijke bedingen. Deze bundeling is niet exclusief, nu ook andere consumentenovereenkomsten onder de voorgestelde regeling vallen. Het voorstel is op 8 oktober 2008 na raadpleging en een effectbeoordeling vastgesteld en ingediend.¹⁰⁰ Artikel 114 VwEU dient blijkens de toelichting als rechtsgrondslag.

Gelet op de nieuwe, horizontale aanpak heeft de ontwerprichtlijn een breed toepassingsbereik. Het ontwerp is bedoeld als een coherent horizontaal instrument voor invoering van consumentenrechten in algemene zin en beslaat in principe alle consumentenovereenkomsten. Dat wil zeggen dat de richtlijn van toepassing is op alle koopovereenkomsten en dienstenovereenkomsten tussen handelaren en consumenten.

Nadere bestudering leert echter dat van een volledig horizontaal instrument geen sprake is.¹⁰¹ Slechts een deel van de voorgestelde regels kent een algemeen toepassingsbereik. Het andere deel geldt slechts voor specifieke contracten, terwijl daarnaast ook aparte regelingen blijven bestaan voor specifieke sectoren (zoals financiële dienstverlening, *timeshare* en pakketreizen).

Het voorstel voorziet als gezegd in de toepassing van het beginsel van volledige harmonisering. Dat betekent dat de lidstaten niet meer en niet minder bescherming mogen bieden dan in de richtlijn is voorzien. Voordeel hiervan is dat het recht in alle landen van de Unie op het geharmoniseerde terrein gelijk wordt, hetgeen de grensoverschrijdende handel ten goede zou moeten komen. Keerzijde van het gelijk trekken van het niveau van bescherming van de consument is echter dat dit niveau op terreinen lager ligt dan thans plaatselijk door het nationale recht geboden wordt. Ongewijzigde invoering van het voorstel zou ertoe leiden dat de verdergaande nationale consumentenbescherming moet worden afgeschaft.

Het doel van het voorstel is tweeledig. Het wil waarborgen dat de consumenten in alle 27 lidstaten van de Europese Unie vertrouwen kunnen hebben in een hoog niveau van consumentenbescherming en dat ondernemingen, groot en klein, hun goederen en diensten zonder onnodige belemmeringen kunnen verkopen aan consumenten in alle 27 lidstaten van de Unie. In de kern zou het voorstel moeten neerkomen op een volledige harmonisatie van het Unierecht dat van toepassing is

¹⁰⁰ Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende consumentenrechten, COM (2008) 614 def.

¹⁰¹ Verhoeven 2009, p. 46.

op consumentenovereenkomsten. Het beoogt de invoering van één pakket regels met een gemeenschappelijk niveau van consumentenbescherming en schept meer duidelijkheid over de rechten en plichten van de Europese consument.

Het voorstel kent vijftig artikelen, verdeeld over zeven hoofdstukken, alsook vijf bijlagen en kan als volgt worden samengevat. Het voorstel bevat in het eerste hoofdstuk gemeenschappelijke definities van kernbegrippen waaronder de begrippen consument, handelaar, buiten verkooppunten gesloten overeenkomsten en verkoop bij opbod. Zij hebben onder meer ten doel de mazen van het bestaande net van consumentenbescherming te dichten.¹⁰² Het tweede hoofdstuk schrijft de ondernemer voor consumenten voor het sluiten van de overeenkomst te informeren over bepaalde aspecten, zoals over de prijs (inclusief belastingen en bijkomende (porto)kosten). Kosten waarover niet duidelijk is geïnformeerd, hoeft de consument niet te betalen. Een basisset van informatieplichten geldt voor alle consumentencontracten, meer uitvoerige informatieplichten gelden voor op afstand en buiten de verkooppunten gesloten contracten. In het derde hoofdstuk wordt ook het herroepingsrecht dat geldt voor op afstand en buiten verkooppunten gesloten overeenkomsten, gemoderniseerd en geüniformeerd. De consument krijgt bij verkoop op afstand, verkoop buiten een winkel of verkoop onder druk veertien dagen bedenktijd. Hij kan zijn aankoop gedurende deze termijn annuleren, waarop de verkoper binnen dertig dagen de koopprijs moet terugbetalen. Daarenboven stelt het voorstel gemeenschappelijke regels op voor online veilingen. Hoofdstuk vier verduidelijkt de rechten en plichten bij consumentenkoop. Het behandelt de levering, de risico-overdracht, de (non-)conformiteit, de aansprakelijkheid en de garanties. Nieuw is het recht op levering binnen een termijn van dertig kalenderdagen. Het voorstel biedt de consument die een goed ontvangt dat niet aan de overeenkomst beantwoordt, een uniform standaardpakket aan rechtsmiddelen: in eerste instantie reparatie of vervanging, naar keuze van de ondernemer, gevolgd door prijsvermindering of ontbinding. De algemene voorwaarden worden gereguleerd in hoofdstuk vijf. Daarbij voorziet het voorstel in een grijze en zwarte lijst met verdachte en oneerlijke bedingen (bijlagen 2 en 3). De slothoofdstukken bevatten algemene bepalingen, zoals de handhaving en de ongevraagde levering.

2.4.6.2 *Kritisch onthaal in academische kring*

In academische kringen zowel hier te lande als daarbuiten is het voorstel kritisch onthaald.¹⁰³ De kritiek richt zich in het bijzonder op de voorgenomen

¹⁰² Waarmee nog niet gezegd is dat dit doel wordt bereikt.

¹⁰³ Van Boom 2009a, p. 15; Brownsword 2009, p. 87; Cauffman, Faure & Hartlief 2009; Cauffman 2010, p. 44 e.v.; Hesselink 2009a, p. 55; Hijma 2009, p. 167; Loos 2008c, p. 173 e.v.; Loos 2009a, p. 183; Luzak 2009, p. 113 e.v.; Mak 2009, p. 305; Micklitz 2009, p. 47 e.v.; Nordhausen Scholes 2009, p. 213 e.v.; Rifa 2009, p. 177 e.v.; Rott & Terryn 2009, p. 456 e.v.; Schelhaas 2009, p. 35; Schulte-Nölke 2009, p. 29 e.v.; Smits 2009c, p. 103 e.v.; Smits 2009b, p. 367 e.v.; Terry 2009, p. 129; Twigg-Flesner 2009, p. 147; Wilhelmsson 2008, p. 225; Wissink 2009, p. 31 e.v.; Zoll 2009, p. 289.

ongedifferentieerde volledige harmonisatie. De politieke wenselijkheid alsook de juridische werkbaarheid daarvan worden in twijfel getrokken.

Voor zover men al bereid is in te stemmen met totaal geharmoniseerde rechten van de consument, dan slechts onder de voorwaarde dat het harmonisatieniveau niet leidt tot een (partiële) afbouw van consumentenbescherming in de lidstaten. Dit nu weet de ontwerprichtlijn niet veilig te stellen. Ten aanzien van bepaalde aspecten harmoniseert het voorstel op basis van de minimumnormen zoals die thans in de bestaande Europese richtlijnen worden voorgeschreven, zonder rekening te houden met specifieke nationale situaties. Daarmee stijgt het beschermingsniveau van de ontwerprichtlijn nauwelijks uit boven het beschermingsniveau van de reeds bestaande richtlijnen die niet meer dan een minimum harmonisatie bieden. Ongewijzigde invoering van de richtlijn zou dan ook voor onder meer de Scandinavische landen, Nederland en Duitsland op belangrijke punten leiden tot een verslechtering van het niveau van consumentenbescherming.

Een aanpak gebaseerd op volledige harmonisatie kan goed werken waar het gaat om technische regels en goed afgebakende terreinen die volledig door de richtlijn worden beheerst. Het actuele ontwerp bevat echter ook verscheidene open normen waarvan de betekenis van land tot land kan komen te verschillen. Het domein van het recht dat het richtlijnvoorstel uitputtend beoogt te regelen is bovendien niet scherp afgebakend. De voorgestelde regels moeten worden ingepast en gecombineerd met de nationale stelsels van verbintenissenrecht en andere sectorspecifieke Europese richtlijnen. Onder deze omstandigheden is het lastig de voorgestelde volledig geharmoniseerde contractregels op een coherente wijze te integreren in de regels van nationaal algemeen contractenrecht, zoals zich dat in de lidstaten op verschillende wijze heeft ontwikkeld.

2.4.6.3 *Advies van het Comité van de Regio's*

Kritisch is ook het Comité van de Regio's.¹⁰⁴ Het Comité staat op zich achter de beleidsdoelstelling de interne markt verder vorm te geven en het functioneren van deze markt, in het bijzonder voor transacties tussen de consument en het midden- en kleinbedrijf, te verbeteren. Echter tegelijkertijd vindt het dat de consumentenbescherming in de Unie verder versterkt en ontwikkeld moet worden, ook omdat dat essentieel is voor het functioneren van de interne markt. Daarin slaagt het voorliggende voorstel volgens het Comité niet. Het meent dat het vertrouwen van de consument in grensoverschrijdende handel met het voorstel geenszins wordt versterkt.

Het Comité van de Regio's is nadrukkelijk gekant tegen volledige harmonisatie, omdat dan het gevaar bestaat dat lidstaten eigen, specifieke voorschriften

¹⁰⁴ Advies van het Comité van de Regio's over consumentenrechten (2009/C 200/14), *PbEU* 2009, C 200/76.

inzake consumentenbescherming moeten opgeven, ook als die hun plaatselijk nut hebben bewezen. Het vindt dat de lidstaten ook in de toekomst nog regels moeten kunnen opstellen die verder gaan dan de Unie normen. Meer bepaald wil het Comité de volledige harmonisatie tot specifieke technische regelingen beperkt zien en voor het overige de lidstaten voldoende speelruimte laten om afwijkende bepalingen te formuleren.

2.4.6.4 *Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité*

Het Europees Economisch en Sociaal Comité constateert dat vertegenwoordigers van het bedrijfsleven het voorstel voor consumentenrechten verwelkomen. De bedrijfsverenigingen menen dat de regeling kan bijdragen aan een betere functionering van de interne markt. Met invoering van het voorstel zullen de administratieve kosten en de kosten van naleving voor de handel afnemen. Daarmee zal de terughoudendheid van ondernemingen om grensoverschrijdend te handelen verminderen. Het concurrentievermogen kan aldus verbeterd worden.

De consumentenorganisaties daarentegen verzetten zich. Zij zien in het voorstel een aantasting van het bestaande acquis en een inbreuk op consumentenrechten. Zij dragen aan dat volledige harmonisatie ingrijpende en disproportionele gevolgen heeft die zich niet goed verhouden met de doelstellingen die de Commissie voor ogen heeft.

Om de uiteenlopende standpunten dichter bij elkaar te brengen pleit het Europees Economisch en Sociaal Comité ervoor de reikwijdte van het voorstel te beperken tot de verkoop buiten winkels tezamen met de verkoop op afstand.¹⁰⁵ De grensoverschrijdende handel vindt met name op die terreinen plaats. Het zijn in het bijzonder deze grensoverschrijdende transacties die vereenvoudiging behoeven en volledige harmonisatie zou juist daarmee het meeste effect sorteren. De bepalingen in het richtlijnvoorstel inzake oneerlijke bedingen en verkoopgaranties wenst het Comité te schrappen. Voorts mist het Comité aandacht voor service na verkoop en reserveonderdelen en voor de rechtstreekse aansprakelijkheid van de producent en distributienetwerken.

2.4.6.5 *Beraadslaging in de Raad van de Europese Unie*

Het richtlijnvoorstel is ook besproken op de 2.982^{ste} zitting van de Raad van de Europese Unie (Concurrentievermogen – Interne Markt, Industrie en Onderzoek), gehouden te Brussel op 3 en 4 december 2009. De meerderheid van lidstaten steunt het doel dat de Commissie met het voorstel voor ogen staat – de

¹⁰⁵ Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende consumentenrechten, *PbEU* 2009, C 317/54.

verbetering van de werking van de interne markt –, echter veelal op voorwaarde dat een hoog niveau van consumentenbescherming wordt gegarandeerd.

Een aantal lidstaten pleit voor volledige harmonisatie, nu het voorstel in hun ogen slechts op deze manier meerwaarde biedt. Daarbij wordt er op gewezen dat bedrijven hun producten en diensten veel gemakkelijker over de grens kunnen aanbieden als de regels voor consumentenbescherming in de Europese Unie gelijk zijn. Hiervan profiteert ook de consument, nu het leidt tot meer keuzemogelijkheden en mogelijk betere kwaliteit voor lagere prijzen.

Een andere groep lidstaten richt zich vooral op het belang van een hoog niveau van consumentenbescherming. Een aantal lidstaten verzet zich ertegen dat invoering van het voorstel leidt tot een verlaging van consumentenbescherming op nationale bodem. Slechts een enkele lidstaat pleit bij voorbaat in algemene zin voor handhaving van minimum harmonisatie.

Nederland benadrukt dat de interne markt zowel consumenten als bedrijven dient. Voorts dat regels ter bescherming van de consument en bepalingen ter bevordering van de interne markt hand in hand kunnen gaan. Nederland spreekt steun uit voor het streven naar volledige harmonisatie onder erkenning van het belang om een juist evenwicht te vinden tussen een hoog niveau van consumentenbescherming enerzijds en het verbeteren van het concurrentievermogen zonder onnodige administratieve lasten anderzijds.

2.4.6.6 *Ontwerpwetgevingsresolutie van het Europees Parlement*

Het Europees Parlement is zich ervan bewust dat het probleem van de versnippering van wetgeving een oplossing behoeft. Het acht het voorstel om volledige harmonisatie te bewerkstelligen in deze fase echter niet haalbaar, gelet op de aard en de reikwijdte van het voorstel. Het Parlement geeft de voorkeur aan een gerichte volledige harmonisatie die beperkt blijft tot specifieke aspecten van bepaalde overeenkomsten, met instandhouding van hoge niveaus van consumentenbescherming.

Thans ligt een ontwerpresolutie van de Commissie interne markt en consumentenbescherming van het Europees Parlement voor.¹⁰⁶ Daarin wordt een ingrijpende wijziging van het toepassingsgebied van volledige harmonisatie voorgesteld. Dit houdt in dat het bereik van de richtlijn, naast een aantal uitzonderingen op sector-specifiek terrein, wordt beperkt tot overeenkomsten die buiten verkooppunten worden gesloten. Opmerking verdient dat daarmee het leeuwendeel van de grensoverschrijdende transacties wordt bestreken.

¹⁰⁶ Zie ontwerpverslag over het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende consumentenrechten (COM (2008) 0614 - C7-0349/2008 - 2008/0196(COD)); Commissie interne markt en consumentenbescherming (Rapporteur: Andreas Schwab - PE442.789v03-00). De Commissie juridische zaken heeft de ten principale bevoegde Commissie interne markt en consumentenbescherming verzocht enkele amendementen in de ontwerpresolutie op te nemen.

Een dergelijke inperking maakt een verandering van de opzet noodzakelijk. Voor de op afstand en buiten verkooppunten gesloten overeenkomsten vallen de definities, de informatieplichten en het herroepingsrecht onder de gerichte volledige informatie. Van enkele definities in het eerste hoofdstuk worden aanpassingen voorgesteld, terwijl het tweede en derde hoofdstuk worden samengevoegd. Gesteld wordt dat de gerichte harmonisatie ook moet gelden voor de bepalingen in de hoofdstukken vier en vijf. Teneinde rekening te houden met geopperde bezwaren zijn ten aanzien van meerdere bepalingen clausules opgenomen op basis waarvan de lidstaten een eventueel bestaand hoger niveau van consumentenbescherming kunnen handhaven. Bijvoorbeeld in de lijsten van oneerlijke bedingen in overeenkomsten mogen lidstaten aanvullende clausules opnemen. Voor de informatieverschaffing en het herroepingsrecht bij in verkooppunten gesloten overeenkomsten wordt voorgesteld het principe van minimale harmonisatie te laten gelden.

2.4.6.7 *Vooruitblik*

De geluiden zijn dat de Europese Commissie het richtlijnvoorstel en het principe van maximum harmonisatie niet zonder meer wil laten vallen. Het plan is het voorstel aan te passen en te verbeteren opdat het alsnog wordt aangenomen. Dit is af te leiden uit een ontwerpnota van de Commissie betreffende de draagwijdte van het richtlijnvoorstel en diens verhouding tot het gemene nationale contractenrecht en andere Unieregeling.¹⁰⁷ De Europese Commissie erkent impliciet dat haar voorstel bepaalde lidstaten verplicht om af te zien van lang gevestigde consumentenrechten, maar wijst er op dat sommige van deze lang gevestigde rechten niet effectief zijn en derhalve zelden ten uitvoer kunnen worden gelegd.¹⁰⁸

Het recente Groenboek van de Commissie over beleidsopties voor de ontwikkeling van een Europees contractenrecht voor consumenten en ondernemingen ademt een behoedzamere aanpak. Daarin valt te lezen dat twee jaar intens onderhandelen in het Europese Parlement en de Raad hebben aangetoond dat er grenzen zijn aan een aanpak die op volledige harmonisatie is gebaseerd.¹⁰⁹ Ook Reding, Vicevoorzitter en Eurocommissaris voor Justitie en Burgerrechten kondigt een heroverweging van het richtlijnvoorstel aan.¹¹⁰ Wat

¹⁰⁷ Zie hierover nader Caufmann 2010, p. 44 e.v.

¹⁰⁸ Zie het werkdokument van de Commissie interne markt en consumentenbescherming van het Europees Parlement over het voorstel voor een richtlijn betreffende consumentenrechten van 3 maart 2010 (Rapporteur: Andreas Schwab), p. 8.

¹⁰⁹ Groenboek van de Commissie over beleidsopties voor de ontwikkeling van een Europees contractenrecht voor consumenten en ondernemingen, COM (2010) 348 def.

¹¹⁰ Viviane Reding, Vice-President of the European Commission responsible for Justice, Fundamental Rights and Citizenship, An ambitious Consumer Rights Directive: boosting consumers' protection and helping businesses, European Consumer Day 2010 Madrid, 15 March 2010.

in dit licht mogelijk voor de toekomst kan worden verwacht is onderwerp van paragraaf 2.6.¹¹¹

2.4.7 HARMONISERENDE BELEIDSOPTIES

Eén van de thans door de Europese Commissie voorgestelde beleidsopties ziet op harmonisering van het gehele contractenrecht.¹¹² Een richtlijn inzake het contractenrecht zou, in de woorden van de Commissie, het consumentenacquis, waaronder de bepalingen van de toekomstige richtlijn over consumentenrechten, kunnen aanvullen. Opvallend is dat de Commissie in dit kader uitdrukkelijk een harmonisatie van het nationale contractenrecht op basis van gemeenschappelijke minimum normen voorstelt. De lidstaten zouden meer beschermende regels kunnen handhaven, aldus de Commissie. Daarbij zou kunnen worden bepaald dat over de daaruit voortvloeiende nationale verschillen publiekelijk wordt gerapporteerd om de transparantie te vergroten voor consumenten en ondernemingen die over de grens actief zijn.

De Commissie geeft er zich rekenschap van dat een richtlijn op basis van een minimale harmonisatie niet noodzakelijk leidt tot eenvormige uitvoering en uitlegging van de contractenrechtelijke regels. Ondernemingen die over de grens zaken doen, zouden nog steeds verschillende regels inzake consumentencontracten in al die landen moeten naleven en derhalve nalevingskosten blijven maken.

2.5 Kruisbestuiving

2.5.1 CONVERGENTIE

2.5.1.1 'Bottom up'

Uniformering en harmonisering laat zich karakteriseren als 'top down' Europeanisering. Daarnaast is ook een 'bottom up' Europeanisering (door en van regelgeving) te onderscheiden, hier aangeduid als convergentie.

Niet alleen Europese regels, maar ook nationale regelgeving (of rechtspraak) initiëren op verbintenissenrechtelijk terrein tendensen van Europeanisering. Nationale concepten of leerstukken worden immers her en der overgenomen door de Europese regelgever (of rechter) die dit vervolgens doorkaatst naar de andere lidstaten. Daarenboven speelt het nationale recht een onmisbare rol bij de

¹¹¹ Hier kan nog worden opgemerkt dat de Raad een debat over het richtlijnvoorstel heeft gepland voor 10 december 2010, terwijl de plenaire behandeling in het Europees Parlement voor januari 2011 op de agenda staat.

¹¹² Optie vijf in het Groenboek van de Commissie over beleidsopties voor de ontwikkeling van een Europees contractenrecht voor consumenten en ondernemingen, COM (2010) 348 def. Zie paragraaf 2.2.3.6.

realisatie van het Europese recht. De verwerkelijking van het Europese verbintenissenrecht is immers afhankelijk van nationale instellingen. Zo moeten uit het Unierecht voortvloeiende aanspraken nationaal geldend worden gemaakt. Het nationale veld fungeert derhalve niet alleen als vitale voedingsbodem, maar ook als noodzakelijk speelveld voor 'Europa'.

2.5.1.2 *Spontane Europeanisering*

Convergentie omvat ook spontane Europeanisering. Het gaat dan om aanpassing van nationale regels aan Europese regels zonder dat daartoe een verplichting bestaat. Het betreft vrijwillige adoptie of analoge toepassing. Dit resultaat van concurrentie van regels en concepten wordt wel aangeduid als spontane harmonisatie, of intern doorharmoniseren. Echter, aangezien het resultaat lang niet altijd geharmoniseerd recht is, maar in meer of mindere mate beïnvloed recht is, en de druk niet dwingend van bovenaf komt, spreek ik van convergentie.

Het proces van Europeanisering verloopt als gezegd niet slechts via van bovenaf opgelegde regelgeving, maar ook langs meer indirecte en informele wegen, bijvoorbeeld omdat nationale regelgevers binnen de Europese Unie elkaars beleid overnemen of vrijwillig hun beleid op elkaar afstemmen. En gemeenschappelijke concepten nestelen zich niet alleen in de rechtsordes van de lidstaten als gevolg van de in de vorige paragrafen besproken verplichte doorwerking van regelgeving van de Europese Unie, maar ook via 'spill-over'-effecten. Van oorsprong Europese concepten worden soms op zuiver nationale rechts-terreinen toegepast, omdat dit als een goede aanvulling wordt gezien of om fricties binnen het rechtssysteem te voorkomen. Ook kan een nationale wetgever bij de harmonisatie van een richtlijn verder gaan dan de richtlijn vereist en interne gevallen onverplicht op dezelfde wijze behandelen als gevallen die door de richtlijn worden gereguleerd.¹¹³ Zo vormde de Richtlijn Consumentenkoop voor de Duitse wetgever aanleiding om in 2002 een groot deel van het algemeen deel verbintenissenrecht opnieuw in te richten.¹¹⁴ Daarbij is onder meer het door verschillende Europese richtlijnen geïntroduceerde maar inconsistent uitgewerkte recht op terugtrekking uit de overeenkomst eenvormig gereguleerd.

2.5.1.3 *Open methode van coördinatie*

'Europa' probeert niet alleen op directe wijze haar stempel op nationaal beleid te drukken; ze probeert ook invloed uit te oefenen op nationale debatten en discoursen door thema's op de Europese en nationale politieke agenda te zetten. In dit verband wordt wel gesproken van de open methode van coördinatie. De

¹¹³ Zie onder meer Wissink 2001, nr. 330; Loos 2006.

¹¹⁴ Zie Zimmerman 2006, p. 71 e.v.

Unie richt zich daarbij, in plaats van bindende regelgeving uit te vaardigen, op vrijwillige coördinatie. Opzet van deze methode is de vaststelling van gemeenschappelijke doelstellingen en richtsnoeren, de vaststelling van indicatoren en van beste praktijken. Deze methode doet in het bijzonder – maar geenszins uitsluitend – dienst op terreinen waarop de Europese Unie geen of slechts gedeelde bevoegdheid heeft, dan wel enkel de bevoegdheid kent om ondersteunende maatregelen te treffen.

2.5.1.4 *Convergerende beleidsopties*

Europeanisering is kort gezegd geen eenrichtingsverkeer. Tussen het Europese recht en het nationale recht bestaat een noodzakelijke wisselwerking, en de verschillende nationale en Europese rechtsstelsels beïnvloeden elkaar over en weer. Het recente Groenboek over de beleidsopties getuigt ervan dat de Europese Commissie zich van deze dynamiek bewust is.¹¹⁵ De eerste, minst vergaande opties dragen bij aan een vrijwillige convergentie van de nationale regelingen inzake contractenrecht (optie 1) of laten de lidstaten in ieder geval de vrijheid om te bepalen of, hoe en wanneer zij een aanbevolen instrument voor Europees contractenrecht in hun nationaal recht omzetten (optie 3).¹¹⁶ Tussen de regels door leest men evenwel duidelijk dat een dergelijke vrijblijvende aanpak op het terrein van het contractenrecht niet de voorkeur van de Commissie heeft.

2.5.2 (INTER)NATIONALISERING

2.5.2.1 *Internationalisering*

Dit preadvies handelt over Europeanisering, en daarmee over internationalisering. De invloed van Europa houdt natuurlijk niet zomaar op bij haar grenzen. Andersom staat ook het recht in Europa onder een wereldwijde invloed. Door de steeds meer internationaal wordende context waarin het recht en diens beoefenaars opereren, is er over en weer een beïnvloeding tussen nationaal, Europees en internationaal recht. Ik volsta hier met het geven van enkele illustraties.

Om te beginnen kan worden gewezen op de hierboven reeds genoemde verdragen die niet een Europees maar een mondiaal bereik hebben, waartoe in het bijzonder het Weens Koopverdrag behoort. Ook een set van de in hoofdstuk 4 te bespreken ‘principles’ van verbintenissenrecht heeft als strekking een wereldwijde bescherming te bieden. Ik doel hier uiteraard op de *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, zoals wordt besproken in paragraaf 4.3.2.4.

Maar er is meer. Naar verluidt hebben sommige internationale organisaties, waaronder de Associatie voor Zuidoost-Aziatische Staten en de Unie van Zuid-

¹¹⁵ Groenboek van de Commissie over beleidsopties voor de ontwikkeling van een Europees contractenrecht voor consumenten en ondernemingen, COM (2010) 348 def.

¹¹⁶ Zie voor een bespreking van de beleidsopties paragraaf 2.2.3.6.

Amerikaanse Staten, de Europese Unie als model genomen voor de door hen voorgestane regionale integratie. De Europese Commissie stelt zich voor dat een toekomstig instrument voor Europees contractenrecht, als het voldoende gebruiksvriendelijk is en voldoende zekerheid biedt, voor deze internationale organisaties als inspiratiebron kan dienen.¹¹⁷ Zij ziet hier een leidende rol weggelegd voor de Unie door op het terrein van het contractenrecht eenvormige internationale normen vast te stellen. Dit zou vervolgens de Europese economie een concurrentievoordeel in de wereld moeten kunnen opleveren.

Ook landen buiten de Europese Unie, maar binnen Europa, ervaren invloed van het Unierecht. In Zwitserland bijvoorbeeld wordt thans gewerkt aan een voorstel tot hercodificatie van het verbintenissenrecht, dat sterk is geïnspireerd door de ontwikkelingen van Unierecht. Er is op gewezen dat het Zwitserse Burgerlijk Wetboek aan status heeft verloren in het licht van ontwikkelingen op het Europese front. Waar de uitstraling van de Zwitserse code in omliggende landen, zoals Turkije, in vroegere tijden aanzienlijk was, is de huidige invloed van het Zwitserse recht zeer beperkt. Vanuit de wens niet achter te willen blijven, is in de herfst van 2007 het *Forschungsprojekts Schweizerisches Obligationenrecht und Europäisches Vertragsrecht* gestart onder leiding van HUGUENIN en HILTY.¹¹⁸

Europese 'soft law' heeft zijn uitwerking buiten Europa evenmin geheel gemist. De *Principles of European Contract Law* hebben tezamen met de *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* onder meer als inspiratie gediend voor de Chinese contractenwet van 1999.¹¹⁹

Andersom geldt als gezegd evenzeer dat het Europese recht onder invloed van buitenaf staat. Zo komt de inspiratie voor Europese regelgeving meer dan eens uit de Verenigde Staten overgewaaid. Productaansprakelijkheid bijvoorbeeld, het onderwerp van een van de eerste Europese richtlijnen op het terrein van het verbintenissenrecht, is een van oorsprong Amerikaanse vinding. Toen in de zomer van 1968 Europees initiatief op het gebied van productaansprakelijkheid een aanvang nam, was de ontwikkeling van dit leerstuk in de Verenigde Staten al lang ingezet.¹²⁰ Aanleiding voor de Europese belangstelling op dit terrein was het Softenon drama; een internationale golf van geboortefwijkingen veroorzaakt door een als kalmeringsmiddel op de markt gebracht medicijn. Het werkte als een katalysator voor de publieke bewustwording rond het vraagstuk van de productaansprakelijkheid en gaf politieke urgentie aan het zoeken naar een juridische oplossing. Tezamen met de horrorverhalen over Amerikaanse

117 Groenboek van de Commissie over beleidsalternatieven voor de ontwikkeling van een Europees contractenrecht voor consumenten en ondernemingen, COM (2010) 348 def., p. 4.

118 Zie Huguenin, Hermann & Meise 2008, p. 1 e.v.

119 Deze 'soft law' vindt behandeling in paragraaf 4.3.2.4. Naast 'soft law' diende ook het Duitse recht en het Weens Koopverdrag als basis van het Chinese contractenrecht.

120 Zie Keirse 2000, p. 254 met verdere verwijzingen.

productaansprakelijkheid vormde dit het startschot voor Europees activisme op het terrein van productaansprakelijkheid.¹²¹

Het zal niet verbazen dat ook andere Europese regelgevingen op het terrein van het verbintenissenrecht zich vaak laten kenschetsen als reacties op maatschappelijke ontwikkelingen, zoals crises of affaires, de revolutie in digitale systemen en informatietechnologie, een gebleken probleem of knelpunt. In dit verband sluiten Europeanisering en internationalisering elkaar geenszins uit. Integendeel, zij het dat Europeanisering in zekere zin urgenter en directer is nu het gros van de economische en culturele contacten binnen Europa plaatsvindt.

Hierbij komt nog dat de invloed van buitenaf ook via de band van een lidstaat kan lopen. Leerstukken van Europees recht worden immers vaak ontleend aan regels die in de wetgeving, rechtspraak of wetenschap van één of meer lidstaten zijn aanvaard. Welnu, die nationale regels kunnen op hun beurt geanimeerd zijn door niet-Europese bepalingen, gewoonten of gebruiken.

2.5.2.2 *Nationalisering*

Europeanisering, in de zin van beïnvloeding uit Europa, betekent niet steeds uniformering, harmonisering of convergentie. Er worden ook tegengestelde bewegingen ingezet. Dit kent verscheidene verklaringen.

Een reactie nodigt vaak een tegenreactie uit. Verandering roept weerstand op en actie vraagt om reactie. Dit is een maatschappelijk, zo men wil psychologisch en natuurkundig gegeven. In geval van verandering moet een oud (en vertrouwd) stadium van orde worden losgelaten en ingeruild voor een nieuwe vorm van orde. Tussenin ligt chaos. Durft men de oude vorm van orde los te laten, dan komt daaruit (tijdelijk) chaos voort, van waaruit de nieuwe orde kan ontstaan. Hierin is een paradox gelegen, aangezien men nu eenmaal als regel geneigd is chaos te vermijden dan wel in chaos orde aan te brengen, maar men tegelijkertijd vernieuwing nastreeft. Er is evenwel, zoals ook in de inleiding is gesteld, geen reden chaos tegen te gaan. Chaos is een onvermijdbaar stadium voor werkelijke verandering.

Het gevoelen op Europees niveau is echter dat met regelmaat, en vooral in moeilijke tijden, de verleiding voor lidstaten groot is om de ééngemaakte markt terug te schroeven en een toevlucht te zoeken in vormen van economisch nationalisme.¹²² Zwaar weer maakt dat men zich terugtrekt en dekking zoekt. Een recente aanleiding voor Euroscepticisme is de financiële crisis. Gesignaleerd wordt dat mede als gevolg van deze crisis de politieke en sociale steun voor marktintegratie in Europa wegebt.¹²³ Een trend van integratiemoedigheid, die de

¹²¹ Het resultaat is de Richtlijn 1985/374/EG van de Raad van 25 juli 1985 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken, *PbEG* 1985, L 210/29, gewijzigd bij Richtlijn 1999/34/EG, *PbEG* 1999, L 283/20, die intussen fungeert als integraal onderdeel van het steeds stringenter wordende Europees productveiligheidsbeleid. Zie Keirse 2007a, p. 21 e.v.

¹²² Zie de brief van J.M. Barroso, Voorzitter van de Europese Commissie, d.d. 20 oktober 2009, Pres (2009) D/2250.

¹²³ Monti 2010, p. 15.

honger naar meer Europa wegneemt, wordt in deze tijd versterkt door een verschijnsel van marktmoetheid, doordat het vertrouwen in de rol van de markt afneemt. Door veel Europeanen, waaronder zowel burgers als politici, wordt de ééngemaakte markt met achterdocht, vrees en soms openlijke vijandelijkheid aanschouwd.

Tendensen van nationalisering worden ook om andere redenen gevoed. Verschil in recht is soms een toevallig verschijnsel, maar dit is lang niet altijd het geval. Het komt meer dan eens voor dat een verschil in regelgeving is terug te voeren op een verschil in nationale preferenties. Verzet tegen uniformering of harmonisering zal dan vaak ook op inhoudelijke gronden zijn ingegeven. Een voorbeeld biedt de wijze van omgang met de Europese richtlijn inzake productaansprakelijkheid in respectievelijk Frankrijk en Engeland. Waar Frankrijk met haar traditie van risicoaansprakelijkheden heeft getracht de beschermende werking van de regeling inzake productaansprakelijkheid uit te breiden, en daarvoor door de Commissie tot tweemaal toe op het matje is geroepen, wil Engeland daarentegen elke vorm van risicoaansprakelijkheid het liefst vermijden.¹²⁴

Ook in het Nederlandse recht zijn voorbeelden te vinden waarin ondanks een overduidelijke Europese of internationale tendens in een bepaalde richting wordt vastgehouden aan een tegengestelde nationale lijn. Denk aan het ongelukkige lot van het wetsvoorstel voor affectieschade.¹²⁵ Terwijl vergoeding van affectieschade in enigerlei vorm pleegt te worden toegekend in België, Bulgarije, Engeland, Finland, Frankrijk, Griekenland, Hongarije, Ierland, Italië, IJsland, Kroatië, Liechtenstein, Luxemburg, Noorwegen, Oostenrijk, Polen, Servië, Slovenië, Spanje, Tsjechië, Turkije, Zweden en Zwitserland, houdt Nederland (tezamen met Denemarken en Duitsland) voor nu vast aan een categorale ontkenning van dit schadevergoedingsrecht.

Bij de nieuwe lidstaten uit het Oosten kan tevens, her en der, de angst worden bespeurd voor het verlies van lokale eigenheid, culturele waarden en plaatselijke tradities onder de toenemende invloed van de door de Europese Unie gehanteerde ‘Westerse’ waarden en normen. Europeanisering wordt dan ook met diverse, soms tevens gemengde gevoelens tegemoet getreden en daarmee in verschillende, vaak tegenstrijdige richtingen geduwd. Het verhaal is bekend:

‘De groeiende eenwording van de Europese Unie en het vervagen van de eigen grenzen, even hardnekkig als inconsistent aangeduid met de term open grenzen, worden van verschillende zijden zonder meer toegejuicht, door anderen als een blijkbaar onontkoombaar en niet te beïnvloeden proces geaccepteerd en door weer anderen als een regelrechte bedreiging ervaren voor de aard en kwaliteit van de eigen

¹²⁴ Keirse 2007a, p. 29 e.v.

¹²⁵ Wetsvoorstel 28 781 tot aanpassing van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Strafvordering en de Wet schadefonds geweldsmisdrijven in verband met de vergoedbaarheid van schade als gevolg van het overlijden of ernstig en blijvend letsel van naasten. Zie *Kamerstukken II 2002/03*, 28 781, nr. 1; *Handelingen II*, 2004/05, 62, p. 3984; *Handelingen I* 2006/07, 38, p. 1798-1803 en 1852-1854; *Handelingen II* 2008/09, 34, p. 1554-1562; *Handelingen I*, 2009/10, 21, p. 871-882; *Kamerstukken I* 2009/10, 28 781.

nationale én regionale identiteit. In dit verband kan met name de relatief recente opleving van gematigde en minder gematigde vormen van nationalisme in heel Europa als een van de opvallende fenomenen van het huidige tijdsgewricht worden betiteld; nog in 1990 werd bijvoorbeeld van deskundige zijde gedacht dat het nationalisme al min of meer ten grave was gedragen.¹²⁶

Kortom, Europeanisering leidt soms ook tot nationalisering. Er is geen reden te trachten dergelijke tendensen hardnekkig tegen te gaan. Recht ontwikkelt zich nimmer lineair; er is veeleer sprake van elkaar beïnvloedende golfbewegingen. Dat dit tot chaos leidt is weinig problematisch, daar chaos voor werkelijke verandering een onvermijdbaar stadium is.

Dat neemt niet weg dat men zich moet hoeden voor lidstatelijk protectionisme in naam van eigen cultuur en zogenaamde specifieke nationale gewoonten. Voor andere onderdelen van het recht is dit wellicht anders, maar van een vervlechting van algemeen contractenrecht met de nationale cultuur kan niet of nauwelijks worden gesproken.¹²⁷ Dit gezegd zijnde, moet worden toegevoegd dat evenmin alle heil van uniformering, harmonisering of convergentie komt. Hier moet naar een balans worden gezocht. Uiteindelijk is dit ook een kwestie van constitutioneel politieke aard:

'Hoeveel 'eenvormigheid' kunnen en willen we nastreven in een Europa dat prat gaat op haar diversiteit van naties en culturen?'¹²⁸

2.6 Tot besluit

2.6.1 EUROPEANISERING VAN EN DOOR REGELGEVING GEKWALIFICEERD

Het is tijd de gesignaleerde Europeanisering van en door regelgeving op het terrein van het verbintenissenrecht te kwalificeren en te kwantificeren. Een vergelijking met een willekeurig nationaal rechtsstelsel maakt duidelijk, dat het Unierecht geen lijvig stelsel van verbintenissenrecht omvat. Het primaire Unierecht, zoals dat uit het EU-Verdrag, het VwEU en het Euratom-Verdrag voortvloeit, kent nauwelijks bepalingen die expliciet het verbintenissenrecht betreffen. Dit neemt niet weg dat dit recht indirect voor de ontwikkeling van het Europese verbintenissenrecht van vitaal belang is. Niet in de laatste plaats laat de invloed van het primaire recht zich gevoelen, omdat het de basis vormt voor het secundaire Unierecht en de Europese jurisprudentie.

Het proces van Europeanisering van verbintenissenrecht van en door regelgeving behelst in de belangrijkste plaats harmonisering van nationaal recht door

¹²⁶ Wessels 2005, p. 3.

¹²⁷ Zie ook Hartkamp 2007a, p. 2482.

¹²⁸ Verhoeven 2009, p. 54. Zie ook Van Dam 2009, p. 281 e.v.

implementatie van richtlijnen. Een stelsel van verbintenissenrecht op Europees niveau ontbreekt als gezegd (vooralsnog). Tussen de stelsels van verbintenissenrecht van de verschillende lidstaten bestaan niet alleen verschillen op terreinen die niet door het Unierecht worden beheerst; maar ook, en dat is ernstiger, op gebieden die op grond van minimale harmonisatie op het niveau van de Europese Unie (gedeeltelijk) zijn geharmoniseerd. Er is immers ruimte gelaten en genomen voor verschillende nationale benaderingswijzen bij de inpassing van regelgeving. Daarbij komt dat tekortkomingen zijn gesignaleerd, zowel in de kwaliteit van de op harmonisering gerichte richtlijnen als in de implementatie daarvan in de nationale rechtsstelsels.

Geconstateerd kan worden dat er een aanzienlijke discrepantie bestaat tussen Europeanisering op papier en Europeanisering in werkelijkheid. De toepassing en de omzetting van regelgeving van de Europese Unie blijkt in geen van de lidstaten van problemen ontbloeit. Problematisch is onder meer de wijdverspreide praktijk om systematisch extra nationale regels toe te voegen aan nieuwe Europese normen. Tevens blijkt de rechtshandhaving van Europese regelgeving onvoldoende. Een tekort aan adequate en toegankelijke instrumenten voor rechtshandhaving doet zich hier gevoelen, terwijl ook de consument zelf te weinig geïnformeerd blijkt om de voordelen van de interne markt optimaal te kunnen benutten.¹²⁹

Recentelijk zijn ferme stappen gezet in de richting van verdere Europeanisering. De Europese regelgever heeft opgeroepen tot het ontwerp van een gemeenschappelijk referentiekader alsook een ontwerprichtlijn consumentenrechten het licht doen zien. Concrete, van kracht zijnde resultaten op het terrein van regelgeving zijn echter nog goeddeels uitgebleven. De vraag is of daarmee de verwachtingen die zijn gecreëerd met de talrijke debatten, mededelingen en onderzoeken over het Europees verbintenissenrecht, worden waargemaakt. Alvorens deze vraag te beantwoorden (in paragraaf 2.6.3) volgt hieronder eerst een kwantificering van de status quo (paragraaf 2.6.2).

2.6.2 MATE VAN EUROPEANISERING; EEN KWANTIFICERING

Een signalering van Europeanisering van en door regelgeving op het terrein van het verbintenissenrecht is, gezien het voorgaande, stellig op haar plaats. Voorts kan worden geconcludeerd dat deze Europeanisering, ofschoon van oudere datum, in de eenentwintigste eeuw in een stroomversnelling is geraakt.¹³⁰ Het aantal geïmplementeerde richtlijnen op het terrein van het verbintenissenrecht is toegenomen, terwijl ook de thema's die bestreken worden een algemener bereik hebben gekregen. De voorgestelde richtlijn consumentenrechten en de voortschrijdende bemoeienis van de Europese regelgever met het ontwerp van een

¹²⁹ Verhoeven 2009, p. 42. Zie ook Loos & Van Boom 2010.

¹³⁰ Zie ook Smits 2009e, p. 110.

gemeenschappelijk referentiekader ademen eveneens de geest van een vergaande Europeanisering van en door regelgeving.

Kwantitatief kan aldus een groeiproces worden vastgesteld. Bij een vergelijking van de mate van harmonisering in Europa met die in Canada, de Verenigde Staten en andere federaties, dwingt het proces in Europa respect af, nu de Europese harmonisatie naar verluidt aanmerkelijk meer significant is.¹³¹

Het begroten van een mate van Europeanisering is evenwel problematischer. Desalniettemin zullen hieronder enkele cijfers worden genoemd. Markant is dat al jaren met allerlei cijfers wordt geschermd; nu eens om het belang van de Europese Unie onder de aandacht te brengen, dan weer ten bewijze van gestelde buitensporige regeldrift van de Europese Unie. De profetische claim van DELORS, Voorzitter van de Europese Commissie in de jaren tachtig van de vorige eeuw, dat de Europese Gemeenschap bron zou zijn voor 80% van de economische, financiële en misschien zelfs sociale regelgevingen in de nationale rechtsstelsels van de lidstaten, heeft zijn uitwerking niet geheel gemist.¹³² In rechtspoliticologische literatuur is lange tijd geclaimd dat 80% van nationale regelgevingen door Europese regels wordt bepaald.¹³³ Het ontbreken van empirisch bewijs dienaangaande heeft anderen niet weerhouden dit te herhalen. Op websites van politieke partijen en lagere overheden figureren reeds jaren vergelijkbare mythische getallen.¹³⁴ Ze berusten evenwel niet op harde statistiek of turfwerk. Voor de Nederlandse situatie is het verhoudingsgetal van NICOLAÏ nog de beste papieren toegedicht.¹³⁵ Hij bracht als staatssecretaris van Buitenlandse Zaken, belast met Europese samenwerking, op basis van een inventarisatie onder verschillende departementen als percentage 60% naar buiten; zo hoog zou het aandeel zijn dat Europese regelgeving inneemt ten opzichte van (oer-)Nederlandse wetgeving.

Recente empirische onderzoeken geven echter een volledig ander beeld. BOVENS en YESILKAGIT bijvoorbeeld hebben de invloed van Europese richtlijnen op de Nederlandse regelgeving onderzocht.¹³⁶ De gevonden percentages variëren van ministerie tot ministerie, maar zelfs voor de meest 'geïnfecteerde' terreinen wordt in kaart gebracht dat ongeveer 80% van alle regels van eigen nationale bodem komt. De invloed van de Europese richtlijnen op het totaal aan wetten in Nederland op peildatum 31 juli 2003 is berekend op 12,6%. Van het totaal aantal AMvB's is 19,7% het gevolg van implementatie van richtlijnen. Voor ministeriële regelingen is het verhoudingsgetal op 10,1% begroot. Dit maakt voor alle drie de

¹³¹ Breton 1996, p. 276.

¹³² De voorspelling is geciteerd in paragraaf 2.2.3.2. Zie ook Müller e.a. 2010, p. 75.

¹³³ Zie Bovens & Yesilkagit 2005, p. 521; König & Mäder 2008, p. 439; Töller 2008, p. 6 voor verwijzingen naar het werk van onder meer Majone, Hix, Börzel, Rissel en Dijstelbloem.

¹³⁴ Zie o.a. Voermans 2004, p. 53-54; www.limburg.nl/nl/html/algemeen/beleid/Europa/EuropaEuropWetEnRegelgeving/EuropaEuropWetEnRegelgeving.asp; www.zuid-holland.nl/overzicht_alle_themas/thema_internationaal/europa/c_e_thema_internationaal-over_europa/content_eu_wetten.htm.

¹³⁵ Voermans 2004, p. 54.

¹³⁶ Bovens & Yesilkagit 2005, p. 527; Bovens & Yesilkagit 2010, p. 61.

vormen van regelgeving gezamenlijk een berekende invloed van 12,5%. Op regelgevers van het Ministerie van Justitie is de Europese invloed nog aanzienlijk minder; dit ministerie laat een invloedcijfer van 6,6% zien. Voor specifiek het Nederlandse verbintenissenrecht heeft SMITS berekend dat van de wetsartikelen in Boek 3, Boek 6 en Titel 7.1 BW ongeveer 10% het resultaat is van implementatie van Europese richtlijnen.¹³⁷

Van deze cijfers wijken de cijfers uit het buitenland niet bijzonder veel af. Voor Denemarken heeft CHRISTENSEN een invloed van Europese richtlijnen van 14,2% berekend.¹³⁸ Voor het Verenigd Koninkrijk beraamt PAGE een vergelijkbare mate van impact.¹³⁹ Voor Oostenrijk is door JENNY en MÜLLER een invloed van 10,5% becijferd.¹⁴⁰ Empirisch onderzoek uit Finland toont aan dat 11% van de nationale wetgeving, aldaar door de *Eduskunta* tussen 1992 en 2007 geproduceerd, expliciet refereert aan de Europese Unie, het Unierecht of Europese 'soft law'.¹⁴¹ Daarbij valt een toename van Europese beïnvloeding op vanaf het jaar 2004; tot en met 2003 ligt het percentage rond of soms ruim onder 10%, daarna stijgt dit tot (ruim) boven 15%, met een uitschieter van 24,9% in 2004, 15,9% in 2005, 18,5% in 2006 en 17,9% in 2007. Duitse cijfers wijzen uit dat het percentage van door de Europese Unie geïnspireerde wetgeving van de *Bundestag* sinds het midden van de jaren tachtig meer dan verdubbeld is. Een Europese connectie wordt gemeten in 24% van de Duitse wetgeving tussen 1976 en 2005.¹⁴² Voor de periode 2002-2005 zou 39% van de wetgeving een Europese impuls hebben gekregen.¹⁴³ Over Zweden is te vinden dat 6% van de tussen 1995 en 2004 aangenomen nationale wetgeving een referentie naar Unierecht bevat, terwijl 20% van de wetgeving die de Zweedse *Riksdag* tussen 1998 en 2003 aannam gerelateerd wordt aan bindende Unieregeling, en een extra 10% aan de Unie.¹⁴⁴

Opmerking verdient dat de wijze waarop de zogenaamde Europeanisering wordt gemeten van studie tot studie verschilt. Sommige onderzoekers beperken zich tot de invloed van Europese richtlijnen op nationale rechtsstelsels, anderen betrekken er ook de Europese verdragen, verordeningen, rechtspraak en 'soft law' bij. Wil men Europeanisering zinvol kwantificeren, dan zijn een eenduidig begrippenkader en een eenvormige methode geboden.¹⁴⁵ Hoe dit ook zij, buiten kijf staat dat de beruchte 80% voorspelling schromelijk overdreven is gebleken.

137 Smits 2009c, p. 111; Smits 2006, p. 63.

138 Müller e.a. 2010, p. 76.

139 Page 1998, p. 806.

140 Müller e.a. 2010, p. 76.

141 Raunio & Wiberg 2010, p. 83.

142 König & Mäder 2008, p. 449.

143 Töller 2008, p. 9.

144 Raunio & Wiberg 2010, p. 77 met verdere verwijzingen.

145 Zie ook Raunio 2009, p. 317; Raunio & Wiberg 2010, p. 89.

2.6.3 WENK VOOR DE EUROPESE REGELGEVER

2.6.3.1 *Verwachtingen niet waargemaakt*

Door de talrijke debatten, documenten en onderzoeken van de laatste jaren over Europees verbintenissenrecht zijn hoge verwachtingen gecreëerd. Vooralsnog kan niet worden gezegd dat de Europese regelgever erin is geslaagd deze verwachtingen waar te maken.

Een terugblik leert dat de Europese regelgever heeft getracht consumentenbescherming op Europese maat uit te bouwen door middel van minimale harmonisatie door richtlijnen. Van deze eerst gekozen strategie wordt thans gezegd dat zij heeft gefaald, reden waarom Europese beleidmakers een andere, nieuwe aanpak voorstellen die totale harmonisatie of zelfs (facultatieve) uniformering als uitgangspunt neemt. De vraag die in deze paragraaf voorligt, is of deze koers een betere is. Hierbij verdient opmerking dat geen gehoor is gegeven aan de bij tijd en wijle luide roep om in artikel 169 VwEU (153 EG) een rechtsgrondslag te lezen voor autonoom consumentenbeleid.¹⁴⁶ De Europese regelgever baseert de Europeanisering van het verbintenissenrecht stevast op de algemene grondslag van artikel 114 VwEU (95 EG). Consumentenbescherming is derhalve niet als een zelfstandig motief voor Europese interventie gepresenteerd, maar wordt gezien in het verlengde van de primaire doelstelling van de Europese Unie en dat is de voltooiing van de vrije interne markt.

Betoogd wordt dat eenmaking van het verbintenissenrecht op Europees niveau geboden is in het belang van de grensoverstijgende handel en om de concurrentie op de interne markt te bevorderen alsook de welvaart te verhogen. Hier valt evenwel het nodige tegen in te brengen. Een blik op de situatie in de Verenigde Staten bijvoorbeeld lijkt deze veronderstelling te logenstraffen; deze grootste nationale markt heeft ongeveer vijftig afzonderlijke privaatrechtelijke rechtsstelsels.¹⁴⁷ Ook in Europa wordt betwist dat een eenvormig contractenrecht een wezenlijke vergroting van de handel en een verhoging van de welvaart ten gevolge zou hebben.¹⁴⁸ Tegenover de transactiekosten van het bedrijfsleven voor het opzetten van een juridische structuur voor de afzet in andere landen, die met uniformering of geslaagde volledige harmonisering goeddeels kunnen worden vermeden, staan andere kosten die met de nieuwe regelgeving gepaard gaan. De juistheid van de veronderstelling van de Europese Commissie dat verschillen in het recht van de lidstaten de consument ervan weerhoudt om aankopen in andere lidstaten te doen, wordt in twijfel getrokken. Factoren als afstand en verschil in taal kunnen wellicht beter verklaren dat de consument liever dicht bij huis blijft om te consumeren. Bekeken vanuit een rechtseconomisch perspectief

¹⁴⁶ Straetmans 2009, p. 11.

¹⁴⁷ Hartkamp 2003, p. 98.

¹⁴⁸ Zie o.a. Hofhuis 2007, p. 9 e.v.; Van Boom 2009a, p. 23 e.v.; Caufmann, Faure & Hartlief, p. 220 e.v.

is er naar verluidt weinig dat pleit voor harmonisatie van het contractenrecht.¹⁴⁹ Rechtseconomen pleiten juist voor decentralisatie alsook differentiatie van rechtsregels, daarbij uiteenlopende rechtsculturen en voorkeuren van burgers respecterend. Dit neemt niet weg dat er andere argumenten zijn aan te voeren voor een Europeanisering van het verbintenissenrecht; zij zijn evenwel niet zozeer van economische, maar veeleer van culturele, politieke of rechtswetenschappelijke aard. De Europese regelgever zou er mijns inziens goed aan doen hier kleur te bekennen. Door op oneigenlijke en deels weerlegbare argumenten voort te bouwen verliest een betoog al snel aan overtuigingskracht.

2.6.3.2 *Herziening van het consumentenacquis geëvalueerd*

Het voorstel om bestaande richtlijnen inzake consumentenbescherming samen te smelten tot één horizontaal regelgevend kader dat van toepassing is op verschillende overeenkomsten verdient bijval. Betreurenswaardig is evenwel dat in het voorstel zoals dat thans voorligt, niet alle bestaande consumentenrichtlijnen betrokken zijn. Mede doordat de Commissie zich tot de herziening van een viertal richtlijnen heeft beperkt, is het haar maar ten dele gelukt om de tegenstrijdigheden en onduidelijkheden in de bestaande wetgeving uit de weg te ruimen en het consumentenacquis in zijn geheel transparanter te maken. De Commissie zou er mijns inziens goed aan doen de kans te grijpen om voor de interne markt één gemeenschappelijk kader van regelgeving voor consumentenrechten vast te stellen. Het is essentieel dat een dergelijk horizontaal instrument op passende wijze aansluit bij de rest van het acquis op verbintenisrechtelijk terrein en, voor zover dit van kracht wordt, bij het gemeenschappelijk referentiekader. Uit de inhoud van het voorstel van de richtlijn consumentenrechten wordt afgeleid dat de Europese Commissie bij het opstellen daarvan de consumentenrechtelijke bepalingen uit het wetenschappelijk ontwerp voor een referentiekader als inspiratiebron heeft gebruikt.¹⁵⁰ Andersom geeft het ontwerp referentiekader aan mede gebaseerd te zijn op het acquis. Identiek zijn de consumentenrechtelijke bepalingen uit beide instrumenten echter niet.

De Europese Commissie beschouwt de fragmentering van en de verschillen in regelgeving als gevolg van de minimale harmonisering als de voornaamste oorzaken van de in kaart gebrachte problemen. En dus wordt het principe van minimum harmonisatie, omdat het zou hebben gefaald, door de Commissie overboord gegooid. Maar een terugblik leert dat dit principe waarde heeft gehad. In de verschillende lidstaten kan een betekenisvolle groei van regels ter bescherming van de consument worden vastgesteld.

¹⁴⁹ Caufmann, Faure & Hartlief, p. 220 e.v.

¹⁵⁰ Zie *Kamerstukken II 2008/09*, 23 490, nr. 561 (d.d. 23 juni 2009), rapport van het onderzoek naar de mogelijkheden en de wenselijkheid van een Gemeenschappelijk Referentiekader voor Europees Contractenrecht, p. 16.

Voorkomen moet worden dat de ontwikkeling van het consumentenrecht in de lidstaten wordt afgeremd. De Europese standaard dient integendeel aan te sluiten bij de ontwikkeling die in de verschillende Europese lidstaten waar te nemen is. Alleen waar aansluiting wordt gezocht bij deze ontwikkelingen, wordt de weg vrijgemaakt voor een in de tijd passende regulering van contracten welke aldus tot haar recht kan komen. Dit betekent dat het consumentenrecht in beginsel aanpasbaar dient te blijven en dat de mogelijkheid plaatselijk strengere beschermingsbepalingen in te voeren in beginsel open moet blijven. Hiermee is het recht en het niveau van consumentenbescherming gediend. Feit is dat de lidstaten afzonderlijk sneller en effectiever kunnen reageren op negatieve ontwikkelingen dan dat de Europese regelgever dat kan.

Dat het inruilen van het beginsel van minimum harmonisatie voor volledige harmonisatie leidt tot een toename in consumentenvertrouwen en de concurrentie bevordert valt nog maar te bezien. Men kan zich afvragen hoe vertrouwenwekkend voor de consument de situatie is dat hem door het nationale recht verleende rechten onder druk van het Europese recht worden ontzegd.¹⁵¹ Dat het consumentenrecht niet optimaal wordt ingezet is in belangrijke mate te wijten aan barrières om recht te halen (in nationale, maar zeker ook grensoverschrijdende contractuele relaties) en aan rechtsonzekerheid. Leemten op het gebied van conflictoplossing en schadeloosstelling spelen een belangrijke factor in de stagnerende ontwikkeling van grensoverschrijdende handel. Hierin biedt het richtlijnvoorstel nauwelijks verbetering.

In het kader van het internationale debat over consumentenbescherming is het van wezenlijk belang om de doeltreffendheid van de bestaande Europese consumentenrechten te verbeteren. Deze moeten minstens duidelijk zijn. Daarboven moet worden gewaarborgd dat zij voldoende bekend zijn bij justitiabelen en juristen zodat ze naar behoren ten uitvoer worden gelegd. Een volledig uitgewerkt optioneel instrument (zie hierna) en een beperking van volledige dwingende harmonisatie tot onderwerpen waar dit echt geboden is en werkbaar blijkt, is mijns inziens verkieselijk.

2.6.3.3 *Zelfregulering; geen alternatief*

In een eerder stadium heeft de Europese Commissie zich voorgenomen zelfregulering te bevorderen. Zij gaf aan de ontwikkeling van in de hele Europese Unie toepasselijke algemene voorwaarden te willen stimuleren.¹⁵² Als eerste stap beoogde de Commissie de uitwisseling van informatie te vergemakkelijken en richtsnoeren over het gebruik van standaardbedingen aan te bieden. Deze weg heeft de Commissie evenwel niet vervolgd.

¹⁵¹ Zie Schelhaas 2009, p. 35.

¹⁵² Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad, een coherenter Europees verbintenissenrecht, een actieplan, COM (2003) 68 def., *PbEU* 2003, C 63/1, p. 6-8.

Dit laatste is met goede reden. De ontwikkeling van een set Europese algemene voorwaarden is bij de huidige stand van het Europese verbintenissenrecht nauwelijks nastrevenswaardig. Immers, ten einde een dergelijke set toepasbaar te laten zijn in alle rechtsstelsels van de Europese Unie, moeten de bedingen overeenstemmen met de meest beperkende nationale wetgeving. Hierdoor zullen ze voor het merendeel van de bedrijven onaantrekkelijk worden. Daarbij komt dat het moeilijk is te komen tot algemene voorwaarden die sectoroverstijgend zijn en bij de tijd blijven. De voorwaarden moeten bovendien in de praktijk worden uitgelegd, hetgeen tot onzekerheden kan leiden nu de Europese rechtsstelsels het leerstuk der contractsuitleg op verschillende wijzen benaderen.¹⁵³ Een uniformering buiten de structuren van de instellingen van de Europese Unie om heeft als nadeel dat de eenheid van toepassing niet wordt gewaarborgd door rechtspraak van het Europese Hof van Justitie. Kortom de doelmatigheid van de standaardbedingen en voorwaarden zou te wensen overlaten.

Dit laat onverlet dat private regulering op zich zeer vruchtbaar kan zijn in internationaal verband. Als de Europese regelgever erin slaagt een afdoende wettelijke achtervang beschikbaar te stellen kan inpassing van zelfregulering bij de verdere ontwikkeling, de uitvoering en de handhaving van Europese regelgeving een onmisbare aanvulling zijn.¹⁵⁴

2.6.3.4 *Een bindend instrument tot vaststelling van Europees verbintenissenrecht: Thans geen optie*

De Europese regelgever beoogt als gezegd de formulering van een gemeenschappelijk referentiekader.¹⁵⁵ De Europese Commissie stelt zich voor het referentiekader te hanteren bij haar streven naar een samenhangend en consistent acquis op het gebied van het Europees verbintenissenrecht. Ook nationale wetgevers zouden het kunnen gebruiken, zowel bij de implementatie van richtlijnen als bij wetgeving op verbintenissenrechtelijke gebieden die niet op Europees niveau zijn geregeld. Voorts is de gedachte het referentiekader een rol te laten spelen in de verdere zoektocht naar niet-sectorspecifieke oplossingen, zoals een optioneel instrument.

Benadrukt wordt dat het niet de bedoeling is een Europees Burgerlijk Wetboek voor te stellen waarin het verbintenissenrecht van de lidstaten wordt geharmoniseerd.¹⁵⁶ Ook de Raad van Ministers heeft zich gehaast te zeggen dat

¹⁵³ Whittaker 2006, p. 63.

¹⁵⁴ Zie onder meer Cafaggi 2006.

¹⁵⁵ Zie hiervoor paragraaf 2.2.3.4.

¹⁵⁶ Zie mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad, Europees verbintenissenrecht en de herziening van het acquis: verdere maatregelen, COM (2004) 651 def.; informatie afkomstig van de instellingen, organen en instanties van de Europese Unie – Europese Raad – het programma van Stockholm – een open en veilig Europa ten dienste en ter bescherming van de burger, *PbEU* 2010, C 115/1, p. 16.

het referentiekader niet gedacht is als een juridisch bindend instrument.¹⁵⁷ Tijdens de vergaderingen van de Raad voor Justitie en Binnenlandse Zaken is meermaals herhaald dat het gemeenschappelijk referentiekader geen bindend karakter moet krijgen maar als een vrijwillige inspiratiebron in het Europese wetgevingsproces moet dienen.¹⁵⁸ Hoewel het Europees Parlement aanvankelijk alle opties voor het doel en de juridische inkleding van het referentiekader wilde openhouden en een bindend instrument als eindresultaat geenszins uitsloot, lijkt het zich er voor nu bij te hebben neergelegd dat het op te stellen referentiekader vooralsnog een instrument van ‘soft law’ blijft.¹⁵⁹

Het kan ook moeilijk anders. Elk Unie voorschrift heeft immers een rechtsgrondslag. Voor een bindend referentiekader dat van toepassing is in plaats van het nationale verbintenissenrecht van de lidstaten, lijkt een dergelijke grondslag te ontbreken.¹⁶⁰ Daar komt nog bij dat een Europees Burgerlijk Wetboek niet de toets van proportionaliteit en subsidiariteit zal kunnen doorstaan.

Zoals in paragraaf 2.2.2 aan de orde is gesteld kan artikel 114 of 115 VwEU weliswaar als grondslag dienen om specifieke onderdelen van het verbintenissenrecht te harmoniseren ter verwerkelijking van de interne markt. Maar een valide basis voor harmonisatie van alle door het gemeenschappelijk referentiekader bestreken terreinen van het verbintenissenrecht bieden deze verdragsbepalingen duidelijk niet. Immers, niet goed verdedigbaar is dat het gehele verbintenissenrecht – waartoe bijvoorbeeld ook het leerstuk van zaakwaarneming behoort – impact heeft op de goede werking van de interne markt.

Daarnaast zoekt men mogelijk tevergeefs naar een andere verdragsbepaling die als rechtsgrondslag voor een bindend referentiekader kan fungeren. Artikel 169 VwEU (153 EG) is een te smalle basis, nu dit slechts op consumentenbescherming ziet, terwijl het verbintenissenrecht allicht een ruimer bereik kent. De praktijk heeft bovendien uitgewezen dat de (soms luide) roep om in artikel 169 VwEU een zelfstandige rechtsgrondslag te lezen voor consumentenbeleid, onafhankelijk van de impact op de werking van de interne markt, tevergeefs is gebleken.

Het eveneens in paragraaf 2.2.2 besproken artikel 81 VwEU (65 EG) lijkt hier evenmin soelaas te bieden. De wetgevingspraktijk op basis van deze bepaling ziet immers vooral op internationaal privaatrecht, procesrecht en transnationale procesvoering, niet of nauwelijks op materieel privaatrecht. Deze rechtsgrondslag is

157 Resolutie van de Raad van Ministers van 22 september 2003, persbericht 12339/03: ‘This Common Frame of Reference would not be a legally binding instrument’.

158 Zie het verslag van de behandelingen in de JBZ-Raad van 18 april 2008, 27/28 november 2008 en 4/5 juni 2009, te raadplegen via www.eerstekamer.nl/eu/edossier/eo90211_europees_contractenrecht.

159 Vergelijk de resolutie van het Europees Parlement van 12 december 2007 over het Europees verbintenissenrecht, P6_TA(2007)0615 met de resolutie van het Europees Parlement van 7 september 2006 over het Europees verbintenissenrecht, P6_TA(2006)0352. Zie ook de resolutie van het Europees Parlement van 3 september 2008 over het Gemeenschappelijk referentiekader voor het Europees verbintenissenrecht, P6_TA(2008)0397, Pl 2009, C 295 E/31.

160 Vergelijk Hesselink, Rutgers & De Booy 2007; Gutman 2010; Terryn 2010, p. 18-19; Keus 2010, p. 87-89; *Kamerstukken II* 2008/09, 23 490, nr. 561 (d.d. 23 juni 2009), rapport van het onderzoek naar de mogelijkheden en de wenselijkheid van een Gemeenschappelijk Referentiekader voor Europees Contractenrecht, p. 8.

welbewust beperkt tot samenwerking in burgerlijke zaken met grensoverschrijdende gevolgen; voor een instrument dat zowel op grensoverschrijdende als op binnenlandse overeenkomsten van toepassing is biedt de bepaling geen ruimte.¹⁶¹

Blijft over artikel 352 VwEU, op grond waarvan de Europese Unie passende maatregelen kan vaststellen indien dat nodig is om een van de doelstellingen van de verdragen te verwezenlijken indien en voor zover andere bepalingen onvoldoende (specifieke) rechtsgrondslag bieden voor het desbetreffende optreden van de Unie. In samenhang met artikel 114 of 169 VwEU valt hierin wellicht een grondslag te lezen voor uniformering van die delen van het verbintenissenrecht die in een concrete relatie staan tot het functioneren van de interne markt of die dienen ter bescherming van de consument. Een stabiele grondslag voor incorporatie van het gehele wetenschappelijk ontwerp voor een gemeenschappelijk referentiekader in de vorm van een burgerlijk wetboek biedt het evenwel niet. Bedenke men daarbij dat artikel 352 VwEU een unaniem raadsbesluit vergt, dan is de politieke onhaalbaarheid van een dergelijk groots project vooralsnog gegeven.

In dit licht is de ferme taal die de Europese Commissie in (de bijlage van) haar werkprogramma voor 2010 bezigt opvallend. Hierin geeft zij aan een proces op gang te willen brengen dat:

‘moet uitmonden in een Europees verbintenissenrecht als optionele “28^e regeling” of zelfs in een Europees burgerlijk wetboek.’¹⁶²

In het Groenboek over beleidsopties voor de ontwikkeling van een Europees contractenrecht voor consumenten en ondernemingen wordt de Verordening tot vaststelling van een Europees Burgerlijk Wetboek opnieuw als optie genoemd. Daaraan wordt evenwel direct toegevoegd dat nog moet worden aangetoond of een dergelijk uitgebreid instrument gerechtvaardigd zou zijn vanuit het oogpunt van subsidiariteit.

Een Europees Burgerlijk Wetboek dat de nationale rechtsstelsels op het terrein van het verbintenissenrecht uniformeert, ligt nog ver achter de horizon; daarover kan mijns inziens geen twijfel bestaan. Voor een verordening tot

¹⁶¹ Volgens sommigen kan artikel 81 VwEU wel als grondslag dienen voor de Unie om partijen in staat te stellen een optioneel instrument als toepasselijk recht aan te wijzen. Een instrument gebaseerd op deze verdragsbepaling, dat derhalve alleen betrekking kan hebben op burgerlijke zaken met grensoverschrijdende gevolgen, zou evenwel niet bindend zijn voor Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk.

¹⁶² Bijlagen bij de mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, werkprogramma van de Commissie voor 2010, Een tijd voor daden, COM (2010) 135 def. Vol II, p. 5. Zie ook p. 29, waar gesproken wordt van een wetgevend instrument inzake het gemeenschappelijke referentiekader als potentieel strategisch initiatief. Opmerking verdient dat de Engelse versie spreekt van Contract Law en contractual matters, waar de Nederlandse vertaling het woord verbintenissenrecht gebruikt. Zie ook voetnoot 29. In de mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, Een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht voor de burgers van Europa; Actieplan ter uitvoering van het programma van Stockholm, COM (2010) 171 def., p. 27 valt te lezen dat de Europese Commissie voor 2011 een 'wetgevingsvoorstel over het gemeenschappelijk referentiekader' heeft gepland.

vaststelling van een Europees contractenrecht dat het nationale contractenrecht van de 27 lidstaten vervangt, lijkt de tijd nog evenmin rijp. Nog afgezien van de inhoudelijke problemen die een dergelijk voorstel ontmoet, ontbreekt bij velen de politieke wil. Op het eerste gezicht zou men dan ook denken dat het minder problematisch is om in te zetten op een vaststelling van Europees contractenrecht uitsluitend voor de grensoverschrijdende handel dat het recht voor nationale zaken geheel onverlet laat. Een dergelijke oplossing wordt door sommigen ook bepleit.¹⁶³ Maar dit nu druist in tegen het vertrekpunt van de Europese Unie dat handelsbelemmeringen die worden opgeworpen in nationaal en internationaal verband gelijk moeten zijn.

De Europese Unie zou er mijns inziens dan ook goed aan doen haar inzet te richten op een referentiekader als gereedschapskist en in het verlengde daarvan op een optioneel instrument.

2.6.3.5 *Gemeenschappelijk referentiekader als gereedschapskist*

Er heerst twijfel over de (optimale) materiële werkingssfeer van het gemeenschappelijk referentiekader. Het wetenschappelijk ontwerp is omvangrijk en omvat niet alleen bepalingen van contractenrecht, maar ook bepalingen inzake de onrechtmatige daad en regels van goederenrecht. Het ontwerp is opgebouwd uit beginselen, definities en modelbepalingen. De beginselen zijn regels met een algemeen karakter en betreffen bijvoorbeeld contractvrijheid en goede trouw. Met de definities wordt beoogd bij te dragen aan één uniforme Europese rechtstaal. De modelregels vormen de kern van het werk.

Het Europees Parlement is vanouds voorstander van een zo breed mogelijk toepassingsgebied van het gemeenschappelijk referentiekader. Het dringt aan op een ruim referentiekader inzake vraagstukken van algemeen verbintenissenrecht die verder gaan dan het terrein van consumentenbescherming.¹⁶⁴

De Raad daarentegen, die het referentiekader louter ziet als een instrument voor de Europese regelgever om betere wetgeving te maken, stelt voor slechts het algemene contractenrecht en het consumentenrecht te beslaan. Op een later tijdstip kunnen dan eventueel bepalingen inzake bijzondere overeenkomsten die thans reeds onder het *acquis* vallen, worden toegevoegd.

De Europese Commissie heeft inmiddels aangekondigd grote delen van het wetenschappelijk ontwerp voor een gemeenschappelijk referentiekader niet te zullen gebruiken. Ze bereidt een selectie voor van onderdelen van het wetenschappelijk ontwerp voor een gemeenschappelijk referentiekader die mogelijk worden opgenomen in een toekomstig politiek document. Eerder dit jaar heeft

¹⁶³ Twigg-Flesner 2010.

¹⁶⁴ Zie onder meer de resolutie van het Europees Parlement van 7 september 2006 over het Europees verbintenissenrecht, P6_TA(2006)0352; de resolutie van het Europees Parlement van 12 december 2007 over het Europees verbintenissenrecht, P6_TA(2007)0615; de resolutie van het Europees Parlement van 3 september 2008 over het Gemeenschappelijk referentiekader voor het Europees verbintenissenrecht, P6_TA(2008)0397, *Pl* 2009, C 295 E/31. Zie ook hiervoor voetnoot 29.

de Commissie een deskundigengroep opgericht om haar te helpen de delen van het wetenschappelijk ontwerp die van direct of indirect belang zijn voor het contractenrecht te selecteren, alsook de geselecteerde bepalingen te herstructureren, te herzien en aan te vullen.¹⁶⁵

Een antwoord op de vraag naar de optimale, materiële reikwijdte van het referentiekader is niet in absolute zin te geven. Het hangt immers af van de doelstellingen van het referentiekader. Het zal dan ook niet verbazen dat hierover verschillend wordt gedacht. In hoofdstuk 4 wordt hierop teruggekomen. Op dit punt is van belang reeds op te merken dat volop wordt gespeculeerd over het verband tussen het gemeenschappelijk referentiekader en het zogenaamde optionele instrument.

2.6.3.6 *Optioneel instrument: 28^{ste} stelsel*

Een van de voorziene functies van het gemeenschappelijk referentiekader is dat het kan dienen als bouwsteen voor een optioneel instrument op het terrein van het contractenrecht. Een uitvoerige discussie op politiek niveau over de aard, het doel, het wettelijk kader en de werkingssfeer van een dergelijk instrument, alsook de mogelijke bijdrage ervan aan de voltooiing van de interne markt, moet nog op gang komen.¹⁶⁶ Maar de mogelijke contouren ervan kunnen hier al wel worden getekend.

Een optioneel instrument kenmerkt zich door de omstandigheid dat de toepasselijkheid afhankelijk is van de keuze van contractspartijen. In deze vorm vervangt het Europese instrument derhalve niet het nationale contractenrecht, maar voorziet het contractspartijen van een alternatief. Het gaat hierbij om veel meer dan een keuze voor bepaalde contractvoorwaarden; het gaat om een keuze voor toepasselijk recht, om een keuze voor een zogenoemd 28^{ste} stelsel als een alternatief voor de nationale jurisdicties.¹⁶⁷

Het beoogt mogelijk te maken dat burgers en bedrijven in de hele Europese Unie met elkaar kunnen contracteren op basis van een gestandaardiseerd en uniform wettelijk kader dat in alle lidstaten geldig is. Daartoe is nodig dat de optionele regeling in elke lidstaat als tweede regeling geldt waarvoor partijen desgewenst kunnen opteren. Aan partijen is dan de keuze tussen het vertrouwde stelsel dat door de nationale wetgever is vastgesteld en een nieuw stelsel dat door de Europese regelgever is uitgevaardigd en daarmee tevens deel uitmaakt van de nationale rechtsordes in de lidstaten.

¹⁶⁵ Besluit van de Europese Commissie van 26 april 2010 tot oprichting van de deskundigengroep voor het gemeenschappelijke referentiekader op het gebied van het Europees contractenrecht (2010/233/EU), *PbEU* 2010, L 105/109.

¹⁶⁶ Zie het Advies van de afdeling Interne markt, productie en consumptie over de 28^{ste} regeling, een alternatief voor minder regelgeving op communautair niveau (initiatiefadvies), INT/499, p. 2.

¹⁶⁷ Aangezien de 27 lidstaten tezamen reeds meer dan 27 jurisdicties kennen (gezien bijvoorbeeld het Schotse rechtstelsel) zou het strikt gesproken om een stelsel aangeduid met een groter getal gaan.

Het optionele stelsel zal in Europees verband moeten worden vastgesteld en door de Europese regelgever van een formele status moeten worden voorzien, wil het van de grond komen. Immers, zonder een dergelijk ingrijpen van bovenaf moet de optionele regeling om een uniforme toepassing in alle lidstaten mogelijk te maken overeenstemmen met de meest beperkende nationale wetgeving. Dit zal de populariteit van het optionele instrument bij het bedrijfsleven niet ten goede komen en het gebruik in de praktijk daarom minimaliseren. Geboden is dat een keuze voor het 28^{ste} stelsel het nationale stelsel dat anders van toepassing zou zijn opzij zet.

Onder het huidige recht hebben partijen niet de vrijheid het recht dat hun overeenkomsten beheerst volledig zelf te bepalen, althans niet waar belangen van consumenten zijn betrokken. Op grond van Verordening Rome I is de rechtskeuze van partijen immers beperkt in het kader van onder meer overeenkomsten aangaande vervoer, consumentenzaken, verzekeringen en arbeid.¹⁶⁸ De regels van internationaal privaatrecht schrijven hier voor dat de voorschriften die de zwakkere partij beschermen, van toepassing moeten zijn. Wanneer in een overeenkomst met een consument een ander recht is gekozen dan dat van het land waar de consument zijn gewone verblijfplaats heeft en dat zonder rechtskeuze van toepassing zou zijn geweest, kan het contract er niet toe leiden dat de consument de bescherming verliest die hij op grond van zijn eigen rechtstelsel geniet. Deze regel beoogt te garanderen dat consumenten op het hun vertrouwde beschermingsniveau kunnen vertrouwen. Welnu, waar niet partijen, maar de Europese Unie regels van materieel verbintenissenrecht vaststelt, kan worden bepaald dat partijen voor deze regels kunnen opteren met uitsluiting van andere.¹⁶⁹

Dat het optionele instrument de anders toepasselijke regels van dwingend recht opzij moet kunnen zetten, vraagt om de uitdrukkelijke waarborg van een hoog niveau van consumentenbescherming. Het 28^{ste} stelsel moet met andere woorden ook dwingende bepalingen omvatten die, waar nodig, de zwakkere partij bescherming bieden. Het beschermingsniveau moet minstens vergelijkbaar zijn met het niveau dat thans door Europese en nationale regelgevers pleegt te worden opgelegd, anders is de politieke onhaalbaarheid gegeven.

Hier ligt misschien wel de sleutel tot succes. Het optionele instrument kan het beste (en mogelijk het hoogste, althans een bovengemiddeld hoog) niveau van consumentenbescherming dat in de lidstaten te vinden valt, als referentie nemen. Het kan voordelen bieden in termen van beter recht en bijdragen tot een eenvoudiger, begrijpelijker en gebruiksvriendelijker regelgeving.¹⁷⁰ Het 28^{ste} stelsel zou ook onderworpen zijn aan de rechtspraak van het Europese Hof van

¹⁶⁸ Zie de artikelen 5 t/m 9 van Verordening 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Verordening Rome I).

¹⁶⁹ Zie de inleidende overweging 14 van Verordening Rome I.

¹⁷⁰ Zie ook het Advies van de afdeling Interne markt, productie en consumptie over de 28^{ste} regeling, een alternatief voor minder regelgeving op communautair niveau (initiatiefadvies), INT/499, p. 4.

Justitie hetgeen een uniforme toepassing door de nationale rechters kan faciliteren. Het zal op een transparante wijze in het leven moeten worden geroepen en informatie erover zal in alle talen van Europa beschikbaar moeten zijn. Bepaald kan worden dat de lacunes worden gedicht niet door terug te vallen op een bepaald nationaal rechtsstelsel, maar door een beroep te doen op de algemene rechtsbeginselen die het recht van de lidstaten gemeen hebben – en die bijvoorbeeld vastgelegd kunnen worden in een gemeenschappelijk referentiekader. Geenszins ondenkbaar is dat het zo ook voor ondernemingen aantrekkelijk is te opteren voor het 28^{ste} stelsel, ondanks het voor de wederpartij hoge beschermingsniveau. Zij kunnen dan immers zowel hun binnenlandse als grensoverschrijdende transacties baseren op dezelfde regeling en zodoende de juridische transactiekosten reduceren. In de gehele Unie kan worden geopteerd voor dezelfde contractvoorwaarden die nimmer aanpassing aan nationaal recht vergen, maar zijn gebaseerd op het 28^{ste} stelsel en uniform worden uitgelegd.

Het wordt aan de markt overgelaten of het optionele instrument al dan niet wordt toegepast. Bijkomend voordeel daarvan is dat de juistheid van de veronderstelling dat de grensoverschrijdende handel wordt belemmerd zolang partijen kunnen worden geconfronteerd met het recht van een andere lidstaat, aldus kan worden geverifieerd of gefalsificeerd. Immers, indien een 28^{ste} stelsel wordt gecreëerd blijkt vanzelf in welke mate er gebruik van wordt gemaakt.¹⁷¹

Een belangrijk voordeel is ook dat het optionele instrument de rechtscultuur en (de coherentie van) het nationale rechtsstelsel intact laat. De kosten die gepaard gaan met een wijziging van verbintenissenrecht, kunnen aldus worden vermeden. Partijen zijn niet genoodzaakt hun handelwijze aan te passen, ze kunnen op traditionele, nationale wijze zaken blijven doen. Alleen zij die er hun voordeel mee kunnen doen, zullen ervoor kiezen te investeren in toepassing van het nieuwe instrument. Een verdere fragmentering van en bemoeienis met het nationale rechtsstelsel worden aldus voorkomen. Dit alles maakt een groter politiek draagvlak denkbaar. Naar verluidt hebben in ieder geval Duitsland en Estland steun betuigd.¹⁷² Ook REDING heeft zich recentelijk achter de keuze voor een optioneel instrument geschaard.¹⁷³

Voordat het zover kan zijn, zijn er evenwel nog de nodige vragen te beantwoorden. Een eerste vraag is of de bevoegdheid van de Europese Unie zich uitstrekt tot het creëren van optionele stelsels. Artikel 352 VwEU (in samenhang met artikel 114 VwEU) lijkt de meest geschikte rechtsgrondslag om de Unie te machtigen een dergelijk optioneel instrument vast te stellen, maar oncontroverseeel

¹⁷¹ Smits 2009d, p. 1734.

¹⁷² Zie Terryn 2010, p. 6.

¹⁷³ Zie de Speech van Viviane Reding, Vice-President of the European Commission responsible for Justice, Fundamental Rights and Citizenship, A European Law Institute: an Important Milestone for an Ever Closer Union of Law, Rights and Justice Speech at the European University Institute Florence, 10 April 2010 (Speech 10/154); te raadplegen via europa.eu.

is deze stelling niet.¹⁷⁴ Een tweede, minstens zo prangende vraag is, hoe de keuze voor een optioneel stelsel het beste valt te verankeren in het Europees internationaal privaatrecht.¹⁷⁵ Immers, de (on)mogelijkheid tot een keuze voor niet-statelijk recht is onduidelijk. Het ontbreken van een duidelijk standpunt hieromtrent in het kader van Verordening Rome I wordt in de wandelgangen betiteld als een gemiste kans, maar tegelijkertijd toegeschreven aan het feit dat de lidstaten nog niet toe zijn aan de rechtskeuze voor niet-statelijk recht. Het is te hopen dat deze inschatting snel is achterhaald.

De veronderstelling dat de hier gesignaleerde barrières niet onoverkomelijk zijn, wordt ondersteund door de feitelijke vaststelling dat er reeds van optionele regelingen gebruik wordt gemaakt. Het bekendste voorbeeld is het Weens Koopverdrag, maar voorts zijn onder meer te noemen de Europese vennootschap, het Gemeenschapsmerk en het Gemeenschapsoctrooi.¹⁷⁶ Dit roept overigens ook de vraag op of optionele stelsels naast elkaar kunnen blijven bestaan. Vooralnog moet het antwoord mijns inziens bevestigend luiden. Dat een optioneel Europees stelsel moet concurreren met andere nationale of optionele stelsels kan de kwaliteit alleen maar ten goede komen.

Uiteraard dient de reikwijdte van het optionele stelsel nog nader te worden bepaald, alsook de verhouding tot het gemeenschappelijk referentiekader. Ik stel mij vooralnog voor dat het 28^{ste} stelsel wordt opgebouwd uit Europese materiële regels op het terrein van het contractenrecht. Het zou mijn voorkeur hebben dat het optionele stelsel een gemeenschappelijke regeling biedt voor overeenkomsten in het algemeen en bijzondere overeenkomsten in het bijzonder met aanvullende en afwijkende bepalingen voor de consumentenovereenkomst, en aldus de consumentenrechten in het verbintenissenrecht integreert. Voorts zou het mij aanspreken als daarbij kan worden teruggevallen op algemene beginselen van Europees verbintenissenrecht die in het op te stellen gemeenschappelijk referentiekader worden neergelegd. Tot slot zou ik er voor willen pleiten een keuze voor het rechtsinstrument mogelijk te maken voor zowel grensoverschrijdende als binnenlandse transacties. Dit strookt mijns inziens met de filosofie van het streven naar een vrije interne markt zonder grenzen. Handelsbelemmeringen moeten in beginsel in internationaal en nationaal verband gelijk zijn, willen ze toelaatbaar zijn. En aanspraken ontleent aan Europees recht mogen in principe niet anders worden behandeld dan aanspraken naar nationaal recht. Het optionele instrument zou bovendien aanzienlijk aan aantrekkingskracht inboeten als een rechtskeuze daarvoor uitsluitend in het geval van een

¹⁷⁴ Zie onder meer Hesselinck, Rutgers & De Booy 2007; Gutman 2010; Terryn 2010, p. 18-19; Keus 2010, p. 87-89; *Kamerstukken II* 2008/09, 23 490, nr. 561 (d.d. 23 juni 2009), rapport van het onderzoek naar de mogelijkheden en de wenselijkheid van een Gemeenschappelijk Referentiekader voor Europees Contractenrecht, p. 8.

¹⁷⁵ Zie over deze vraag Boele-Woelki 2010.

¹⁷⁶ Zie Smits 2009d, p. 1732; Advies van de afdeling Interne markt, productie en consumptie over de 28^{ste} regeling, een alternatief voor minder regelgeving op communautair niveau (initiatiefadvies), INT/499.

grensoverschrijdende overeenkomst tot de mogelijkheden behoort. In dat geval kunnen contractpartijen die zich op de interne markt begeven, immers nog steeds niet voor elkaar boksen dat ze op basis van één en dezelfde verbintenissenrechtelijke regeling transacties kunnen aangaan in de hele Europese Unie. De nationale overeenkomst wordt dan nog immer anders behandeld dan de transnationale variant. Wat dies meer zij, zonder de mogelijkheid van een keuze voor het facultatieve instrument in nationale zaken kan eigenlijk niet worden gesproken van een werkelijke concurrentie van rechtssystemen.

Niet ondenkbaar is dat het hier voorgestelde voornamelijk een te grote stap zal blijken te zijn. Zo bijvoorbeeld vraagt Nederland in haar kabinetsreactie op het Europese Wetgevings- en Werkprogramma van 2010 aandacht voor de beperkte rechtsgrondslag voor een optioneel instrument en voor de beperkingen die Verordening Rome I oplegt met betrekking tot de bevoegdheid tot rechtskeuze van partijen.¹⁷⁷ Het zal niet verbazen dat ook de Engelse overheid en de *House of Lords* negatief hebben gereageerd.¹⁷⁸

Voorstelbaar is dat een overkoepelend instrument van contractenrecht voornamelijk een brug te ver is en dat een stap voor stap benadering de aangewezen weg is. Gestart kan worden met de ontwikkeling van enkele sector specifieke optionele instrumenten, bijvoorbeeld gericht op de koop op afstand of de verzekeringsovereenkomst. Mogelijk is ook een beperking van het bereik tot commerciële transacties voor nu het meest haalbare en zou een uitbreiding tot consumentenovereenkomsten nog op zich moeten laten wachten. Een dergelijk instrument zou derhalve de concurrentie met het Weens Koopverdrag aangaan, maar mogelijk wel op meer dan alleen de koop van roerend goed van toepassing kunnen zijn.¹⁷⁹ Tot slot is ook nog te differentiëren in toepassingsbereik in buiten- en binnenland. Een facultatief instrument van Europees contractenrecht dat uitsluitend voor de grensoverschrijdende handel kan worden ingezet en dat het recht voor nationale zaken geheel onverlet laat, stuit op de korte termijn wellicht niet of nauwelijks op weerstand. Dit zou dan nog, na het opdoen van de nodige praktijkervaring met het stelsel, kunnen groeien van een 'opt in' naar een 'opt out' instrument.¹⁸⁰ Gezien het verzet tegen Europeanisering in het huidige politieke klimaat, kan het raadzaam zijn genoeg te nemen met een dergelijke pragmatische tussenoplossing, die in geval van een succesvolle implementatie een voorbeeldfunctie kan vervullen.

177 Kabinetsreactie op het Wetgevings- en Werkprogramma 2010, COM (2010) 135 def., *Kamerstukken II 2009/10*, 22 112, nr. 1007.

178 Zie *House of Lords*, 'European Contract Law: the Draft Common Frame of Reference', 12th Report of Session 2008-09, met nadere verwijzingen.

179 Daarenboven zou een keuze voor toepassing van het optionele instrument, anders dan een keuze voor toepassing van het Weens Koopverdrag, ook bepalingen van dwingend nationaal recht buiten werking kunnen stellen.

180 Zie Boele-Woelki 2010, p. 388.

2.6.4 OP DE ZAKEN VOORUITLOPEND

Het bestaan van (meer dan) 27 verschillende nationale rechtssystemen veroorzaakt strubbelingen in de interne markt. Tot nog toe hebben de instellingen van de Europese Unie voornamelijk getracht deze problemen te elimineren door harmonisatie middels sectorspecifieke richtlijnen. Deze tactiek heeft echter niet tot het beoogde resultaat geleid. Er is ook nu nog eenheid in verscheidenheid en er wordt nog steeds slechts in beperkte mate gehandeld over de grenzen heen. Daarenboven heeft de harmonisering op nationaal niveau de coherentie van de rechtssystemen aangetast.

De Europese Commissie legt de schuld bij het concept van minimum harmonisatie en heeft daarom voor maximum harmonisatie gepleit. Het streven is dat het grensoverschrijdend verkeer toeneemt om aldus de marktintegratie te bevorderen. De gedachte is dat een algehele harmonisatie van het consumentenrecht dit kan bewerkstelligen. Tegen een volledige harmonisatie zijn evenwel de nodige fundamentele bezwaren ingebracht.

De vraag is hoe nu verder? In het werkprogramma van 2010 van de Europese Commissie wordt met geen woord gerept over het richtlijnvoorstel voor consumentenrechten.¹⁸¹ Een ingrijpende amendering van het richtlijnvoorstel van de zijde van het Europees Parlement ligt naar ik verwacht in het verschiet. Lezing van recente uitingen van de Europese Commissie doet vermoeden dat ook zij het voorstel van een brede volledige harmonisatie van consumentenrechten heroverweegt.¹⁸²

Als alternatief voor de traditionele wijze van harmonisatie op specifieke terreinen kan een Europese optionele regeling worden vastgesteld om verbintenissenrechtelijke rechtsverhoudingen te reguleren. Een dergelijk optioneel stelsel van delen van het verbintenissenrecht kan voordelen bieden in termen van beter recht en heeft als sterk punt dat de markt bepaalt. Het zou mij niet verbazen als de openbare raadpleging die de Commissie met haar recente Groenboek is gestart, in deze richting zal blijken te wijzen.¹⁸³

¹⁸¹ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, Werkprogramma van de Commissie voor 2010, Een tijd voor daden, COM (2010) 135 def. Hetzelfde geldt overigens voor het werkprogramma van 2009 (COM (2008) 712 def.). In het werkprogramma van 2008 is het voorstel 'voor een kaderrichtlijn betreffende de contractuele rechten van de consument' wel opgenomen (COM (2007) 640 def.).

¹⁸² Groenboek van de Commissie over beleidsopties voor de ontwikkeling van een Europees contractenrecht voor consumenten en ondernemingen, COM (2010) 348 def.; Viviane Reding Vice-President of the European Commission responsible for Justice, Fundamental Rights and Citizenship, An ambitious Consumer Rights Directive: boosting consumers' protection and helping businesses, European Consumer Day 2010 Madrid, 15 March 2010. Zie nader paragraaf 2.4.6.

¹⁸³ Bij het ter perse gaan van dit preadvies is de openbare raadpleging, die tot 31 januari 2011 loopt, net gestart.

3 Rechtspraak

3.1 Europeanisering van en door rechtspraak

De invloed van Europa op het (verbintenissen)recht verloopt niet alleen via regelgeving. Bij de uitleg en handhaving van de verdragen, verordeningen en richtlijnen is een belangrijke rol weggelegd voor de Europese en nationale rechtspraak. Meer en meer vindt Europeanisering van en door *rechtspraak* plaats.

Van Europeanisering *door* rechtspraak is sprake daar waar rechtspraak bron is van Europees recht. Zo vormt de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie in Luxemburg een belangrijke bron van uniform Europees privaatrecht dat in alle lidstaten rechtskracht kent. Ook is er een tendens van Europeanisering *van* rechtspraak. Deze tekent zich waar rechtspraak die binnen de nationale rechts sfeer geldt, in belangrijke mate door Europese integratie is bepaald.

Europeanisering van en door rechtspraak gaat soms, maar niet steeds samen. Samen gaat het bijvoorbeeld waar een nationaal rechtscollege het antwoord van het Europese Hof van Justitie op een prejudiciële vraag inzake een Europees beginsel toepast in een (nationaal) geschil. Maar nationale rechtspraak kan ook rechtstreeks door Europese regelgeving worden gevormd of bijvoorbeeld door Europese 'soft law' worden beïnvloed. Anderzijds kunnen uitspraken van de Europese rechter aanleiding geven tot het invoeren of wijzigen van nationale wetgeving.¹

Rechtspraak en regelgeving zijn communicerende vaten. In rechtspraak wordt regelgeving uitgelegd en toegepast en regelgeving kan een codificatie zijn van rechtspraak. Maar er is meer. Het door de Europese Unie gevoede proces van Europeanisering is doelgebonden, immers gericht op de functionering, verwerking en vervolmaking van de interne markt. In dit kader wordt ook het privaatrecht ingezet met het doel een volledig vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal te realiseren alsook om oneerlijke mededingingsverhoudingen te elimineren. Welnu, waar dit doel wordt bereikt door rechtspraak, kan nadere

¹ Zo is er in ons land wetgeving op het terrein van de sociale zekerheid, het arbeidsrecht en de studiefinanciering aan te wijzen die het rechtstreeks gevolg is geweest van rechtspraak van het Europese Hof van Justitie.

Europese regelgeving achterwege blijven. Door de ruime uitleg van de fundamentele vrijheden, de discriminatieverboden en de mededingingsbepalingen in uniforme rechtspraak resteert er immers minder ruimte voor de lidstaten om belemmeringen in stand te houden of op te werpen en hoeft er dientengevolge minder door nadere regelgeving te worden geharmoniseerd. Kortom, hetgeen reeds door uniforme rechtspraak verboden is, hoeft niet meer door Europese regelgeving te worden geüniformeerd.

Opmerking verdient dat niet alleen de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie in Luxemburg, maar ook de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg feitelijk onderdeel van het Unierecht is. Alle 27 lidstaten van de Europese Unie zijn aangesloten bij de Raad van Europa die 47 verdragsstaten kent. Het Europese Hof van Justitie erkent de Europese rechten van de mens zoals die door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens worden gewaarborgd, als behorend tot de algemene beginselen van Unierecht, waarvan het ook zelf de bescherming garandeert. Het op 1 december 2009 in werking getreden Verdrag van Lissabon heeft bovendien de weg vrijgemaakt voor de toetreding van de Europese Unie tot het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.

Dit hoofdstuk biedt *snapshots* van Europeanisering van het verbintenissenrecht in en door middel van rechtspraak. Achtereenvolgens wordt kort aandacht besteed aan de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie in Luxemburg (paragraaf 3.2), het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg (paragraaf 3.3) en de nationale rechter (paragraaf 3.4). Zoals hieronder wordt geschetst en in de slotparagraaf van dit hoofdstuk (paragraaf 3.5) wordt samengevat, kunnen hierin processen van uniformering, harmonisering en convergentie worden onderkend.

3.2 Europese Hof van Justitie

Het Europese Hof van Justitie in Luxemburg levert een belangrijke bijdrage aan de verdergaande Europeanisering van het verbintenissenrecht. En dit op verschillende wijzen. Hieronder wordt achtereenvolgens de aandacht gericht op door het Luxemburgse Hof gehanteerde algemene rechtsbeginselen, en op de (ruime) betekenis die wordt toegekend aan het primaire respectievelijk het secundaire Unierecht.

Het hof heeft ten eerste algemene rechtsbeginselen ontwikkeld die tevens een uitstraling hebben op het verbintenissenrecht. In vaste rechtspraak beschermt het hof, onder verwijzing naar de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben, grondrechten als besloten liggend in de algemene beginselen

van Unierecht welke eerbiediging het hof verzekert.² Aldus ziet het hof van oudsher toe op de naleving van grondrechten zoals die onder meer in het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden verankerd liggen.³ Voorts waarborgt het hof de mogelijkheid van een beroep in rechte tegen iedere beslissing van een nationale instantie waarbij aan de justitiabele de uitoefening van hem door het Unierecht toegekende rechten wordt geweigerd.⁴ Daarnaast zijn als algemene rechtsbeginselen te noemen het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel, het beginsel van gemeenschapstrouw, het effectiviteitsbeginsel, het verzorgingsbeginsel en het beginsel van goede trouw.⁵ De algemene rechtsbeginselen dienen er voornamelijk toe om de legaliteit van wetgeving en andere handelingen van de Unie en de lidstaten te toetsen, maar de aldus publiekrechtelijk ontwikkelde beginselen laten het privaatrecht niet onberoerd.⁶

Zo heeft het Hof van Justitie voortbouwend op beginselen een uniform stelsel van aansprakelijkheid van de lidstaten voor schending van het Unierecht ontwikkeld.⁷ Hieraan is het voor de instellingen van de Europese Unie geldende aansprakelijkheidsrecht, dat door het hof op grond van artikel 340 VwEU (288 EG) is gevormd, als basis ten grondslag gelegd. Vervolgens is hierbij aansluiting gezocht voor de ontwikkeling van een aansprakelijkheid van particulieren voor schendingen van het Unierecht.⁸

Ook komt het voor dat het Hof van Justitie op basis van algemene rechtsbeginselen regels van Europees recht aanpast.⁹ Een tamelijk recent voorbeeld biedt het *Sturgeon* arrest.¹⁰ Dit arrest gaat over de Verordening 261/2004 die vliegtuigpassagiers bij vervoersweigering, annulering en langdurige vertraging recht op bijstand en compensatie verleent.¹¹ Bij annulering gaat de verplichting de gedupeerde passagiers financieel tegemoet te komen aanmerkelijk verder dan in geval van vertraging. Welnu, in het onderhavige arrest heeft het hof dit verschil in strijd geacht met het gelijkheidsbeginsel. Dit beginsel vereist dat vergelijkbare situaties niet verschillend en verschillende situaties niet gelijk worden behandeld, tenzij dit objectief gerechtvaardigd is.¹² Voor de passagiers

2 Zie HvJ 14 mei 1974, C-4/73, *Jur.* 1974, 491 (*Nold/Commissie*); HvJ 12 juni 2003, C-112/00, *Jur.* 2003, I-5659, NJ 2004, 56 (*Schmidberger*); Devroe 2007, p. 141; Keus 2010, p. 27.

3 Dit is thans gecodificeerd in artikel 6 lid 3 EU-Verdrag.

4 HvJ 15 mei 1986, C-222/84, *Jur.* 1986, 1651 (*Johnston/Chief Constable*). Zie ook Keus 2010, p. 27.

5 Zie Devroe p. 133 e.v.; Asser-Hartkamp 3-1* 2008, nr. 84 e.v.; Keus 2010, p. 27 e.v.

6 Asser-Hartkamp 3-1* 2008, nr. 84.

7 HvJ 19 november 1991, C-6/90 en C-9/90, *Jur.* 1991, I-5357, NJ 1994, 2 (*Francovich/Italië*); Zie HvJ 5 maart 1996, C-46/93 en C-48/93, *Jur.* 1996, I-1029, NJ 1997, 145 (*Brasserie du Pêcheur en Factortame*). Zie ook Sieburgh 2007, p. 465 e.v.; Asser-Hartkamp 3-1* 2008, nr. 50 e.v.; Keus 2010, p. 34.

8 Verwezen zij naar Sieburgh 2007, p. 465 e.v.

9 Van Dam 2010b, p. 962.

10 HvJ 19 november 2009, C-402/07 (*Sturgeon/Condor*).

11 Verordening (EG) nr. 261/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 11 februari 2004 tot vaststelling van gemeenschappelijke regels inzake compensatie en bijstand aan luchtreizigers bij instapweigering en annulering of langdurige vertraging van vluchten en tot intrekking van Verordening (EEG) nr. 295/91, *PbEU* 2004, L 46/1.

12 Zie HvJ 14 december 2004, C-210/03, *Jur.* 2004, I-11893 (*Swedish Match*); HvJ 10 januari 2006, C-344/04, *Jur.* 2006, I-403 (*IATA en ELFAA*).

komen de gevolgen van vertraging en annulering vaak op hetzelfde neer; voor een formeel verschil in benadering ziet het hof geen objectieve rechtvaardiging. Daarom heeft het beslist dat, anders dan in de verordening geregeld is, passagiers geconfronteerd met een vertraging van drie of meer uren dezelfde compensatie krijgen als in geval van annulering. Het getuigt van een ruimhartige uitleg waarover niet iedereen te spreken is.¹³

Dit leidt tot de tweede weg waarlangs de rechtspraak van het Hof van Justitie het verbintenissenrecht beïnvloedt. Deze loopt via een ruime uitleg van het primaire Unierecht en de toekenning van directe horizontale werking aan bepaalde verdragsbepalingen. Aan de verdragsbepalingen over de vrijheden van personen- en dienstenverkeer bijvoorbeeld kent het hof directe horizontale werking toe.¹⁴ Dit betekent dat zij kunnen leiden tot het ontstaan, de wijziging of het tenietgaan van rechten of verplichtingen tussen burgers onderling. Voorts heeft het hof aan artikel 157 VwEU (141 EG) een zodanige betekenis toegekend dat zij ook in de relatie tussen burgers een dwingend gebod van gelijke beloning van mannen en vrouwen voor gelijke of gelijkwaardige arbeid impliceert.¹⁵ Ook de wortels van het Europese consumentenbeleid liggen in het werk van het Europese Hof van Justitie, in het bijzonder in het *Dassonville* arrest.¹⁶ In dit arrest introduceert het hof consumentenbescherming als rechtvaardigingsgrond voor handelsbeperkende maatregelen, zij het in samenhang met de bescherming tegen oneerlijke mededinging. De bewoordingen zijn als volgt:

‘Dat zolang een communautaire regeling ontbreekt waarin de consument waarborgen voor de echtheid van de benaming van oorsprong van een produkt worden geboden, een staat ter voorkoming van op dit gebied bedreven oneerlijke mededinging slechts redelijke maatregelen mag nemen, terwijl de handel tussen lid-staten niet door bewijsvoorschriften mag worden belemmerd – in dier voege dat van de voorgeschreven bewijsmiddelen door alle onderdanen dier staten gebruik moet kunnen worden gemaakt.’¹⁷

Dat Europees verbintenissenrecht in toenemende mate gestalte krijgt in Europese rechtspraak laat zich in de derde plaats toeschrijven aan het feit dat deze rechtspraak de betekenis van verbintenisrechtelijke Europese richtlijnen, ook in situaties waarin deze niet naar behoren zijn uitgevoerd, in de nationale rechtssfeer sterk

13 Zie Dempsey & Johansson 2010, p. 207 e.v.; Mendes de Leon 2010, p.1218 e.v.; Mok 2010, p. 1234. Instemmend daarentegen reageerde Van Dam 2010a.

14 HvJ 12 december 1974, C-36/74, *Jur.* 1974, 1405, NJ 1975, 148 (*Walrave en Koch/Wielerbonden*); HvJ 15 december 1995, C-415/93, *Jur.* 1995, I-4291, NJ 1996, 337 (*ASBL/Bosman*); HvJ 6 juni 2000, C-281/98, *Jur.* 2000, I-4139, NJ 2000, 710 (*Angonese/Casa di Risparmio di Bolzano*); HvJ 19 februari 2002, C-309/99, *Jur.* 2002, I-1577, NJ 2002, 425 (*Wouters*); HvJ 17 juli 2008, C-94/07, *Jur.* 2008, I-5939, NJ 2009, 47 (*Raccanelli/Max-Planck-Gesellschaft*). Zie ook Keus 2010, p. 19.

15 HvJ 8 april 1976, C-43/75, *Jur.* 1976, 455, NJ 1976, 510 (*Defrenne/Sabena*); HvJ 15 juni 1978, C-149/77, *Jur.* 1978, 1379 (*Defrenne/Sabena II*).

16 HvJ 11 juli 1974, C-8/74, *Jur.* 1974, 837 (*Dassonville*). Zie Straetmans 2009, p. 3.

17 HvJ 11 juli 1974, C-8/74, *Jur.* 1974, 837 (*Dassonville*), ro. 6. De zaak betrof de vrijheid van goederenverkeer (artikel 34 VwEU) in het kader van de beoordeling van een Belgische regel die voor de invoer van een product een door het land van uitvoer afgegeven certificaat van echtheid verlangde en daarmee invoer door een ander dan de rechtstreekse importeur bemoeilijkte.

heeft doen groeien.¹⁸ In beginsel zijn richtlijnen voor hun werking weliswaar aangewezen op implementatie in het nationale recht, maar door vaste jurisprudentie van het hof inzake (verticale) directe werking, richtlijnconforme uitleg en staatsaansprakelijkheid is deze afhankelijkheid sterk teruggedrongen. In deze jurisprudentie is vooreerst bepaald dat particulieren zich na ommekomst van de implementatietermijn tegenover hun overheid rechtstreeks op niet, niet tijdig of niet naar behoren uitgevoerde richtlijnbevestigingen kunnen beroepen voor zover die inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn.¹⁹ Kan de betrokken richtlijn niet rechtstreeks worden ingeroepen en biedt richtlijnconforme interpretatie evenmin soelaas, dan kan een lidstaat die een richtlijn niet, niet tijdig of niet correct heeft geïmplementeerd op grond van de *Francovich*-rechtspraak uit onrechtmatige daad aansprakelijk worden gesteld voor schade die een justitiabele daardoor lijdt.²⁰ Maar zo ver hoeft het niet te komen als de nationale rechter voldoende aanknopingspunten vindt om het positieve recht richtlijnconform uit te leggen.

Op grond van het beginsel van gemeenschapstrouw is de nationale rechter verplicht nationaal recht zo veel mogelijk in overeenstemming met de richtlijnen uit te leggen, ook als deze nog niet of niet behoorlijk in het nationale recht zijn geïmplementeerd.²¹ Het is de rol van het Hof van Justitie om door middel van prejudiciële beslissingen bij te dragen aan een uniforme interpretatie van Unierecht, waaronder de richtlijnen. Daarmee hebben de nationale en Europese rechters een middel tot harmonisering van recht op die gebieden die door richtlijnen worden beheerst.

Een voorbeeld kan dit wellicht verduidelijken. De Richtlijn pakketreizen voorziet in aansprakelijkheid van de reisorganisator voor een toerekenbare tekortkoming, maar geeft niet uitdrukkelijk aan of naast materiële schade ook gederfd reisgenot dient te worden vergoed.²² In de lidstaten werd hierover traditioneel verschillend gedacht. Na implementatie kende de nationale wet in sommige landen, waaronder Nederland en Duitsland, de reiziger een recht op vergoeding van dergelijke immateriële schade toe; in enkele andere lidstaten, zoals Oostenrijk, echter niet. Toen een Oostenrijks meisje een salmonella

¹⁸ Zie o.a. Keus 2010, p. 41.

¹⁹ HvJ 4 december 1974, C-41/74 (*Van Duyn*); HvJ 19 januari 1982, C-8/81 (*Ursula Becker*); HvJ 26 februari 1986, C-152/84, *Jur.* 1986, 723 (*Marshall/Southampton*). Zie over de rechtstreekse inroepbaarheid in horizontale verhoudingen onder meer HvJ 30 april 1996, C-194/94, *Jur.* 1996, I-2201, *NJ* 1997, 214 (*CIA Security/Signalson en Securitel*); HvJ 26 september 2000, C-443/98, *Jur.* 2000, I-7535, *NJ* 2001, 136 (*Unilever/Central Food*); HvJ 22 november 2005, C-144/04 (*Mangold*); HvJ 19 januari 2010, C-555/07 (*Seda Kucukdeveci/Swedex GmbH & Co KG*); Berkhout 2010, p. 70 e.v.; Keus 2010, p. 50; Waele & Kieft 2010, p. 170 e.v.

²⁰ Zie HvJ 5 maart 1996, C-46/93 en C-48/93, *Jur.* 1996, I-1029, *NJ* 1997, 145 (*Brasserie du Pêcheur en Factortame*).

²¹ Zie o.a. HvJ 10 april 1984, C-14/83, *Jur.* 1984, p. 1891 (*Van Colson en Kamann/Land Nordrhein-Westfalen*); HvJ 13 november 1990, C-106/89 (*Marleasing*). Het beginsel van gemeenschapstrouw oftewel het beginsel van loyale samenwerking ligt in artikel 4 lid 3 EU-Verdrag (10 EG) verankerd.

²² Richtlijn 90/314/EEG van de Raad van 13 juni 1990 betreffende pakketreizen, met inbegrip van vakantiepakketten en rondreis pakketten, *PbEG* 1990, L. 158/59.

vergiftiging opliep tijdens een vakantie met vol pension, gaf deze verscheidenheid in 2002 aanleiding tot beantwoording van een prejudiciële vraag.²³

Het Hof van Justitie stelde voorop dat de Richtlijn Pakketreizen de lidstaten onder meer ertoe verplicht de nodige maatregelen te nemen om de reisorganisator ‘de schade die de consument ondervindt ingevolge het niet of slecht uitvoeren van de overeenkomst’ te doen vergoeden. Daarbij merkte het hof op dat de richtlijn blijkens de considerans met name ten doel heeft de dispariteiten tussen de nationale wetgevingen en praktijken inzake pakketreizen en de daaruit voortvloeiende distorsies in de mededinging tussen in verschillende lidstaten gevestigde exploitanten weg te werken. Het feit dat in sommige lidstaten wel en in andere niet de verplichting bestaat om immateriële schade te vergoeden maakt dat er van een merkbare verstoring van de mededinging kan worden gesproken, zeker wanneer men bedenkt dat bij pakketreizen die niet aan de overeenkomst beantwoorden relatief vaak genot wordt gederfd. Het hof neemt voorts in overweging dat de richtlijn de consument beoogt te beschermen en dat in het kader van toeristische reizen de vergoeding van gederfde vakantievreugde voor de consument zeer belangrijk is.

In het licht van deze overwegingen laat de prejudiciële uitleg van artikel 5 van de richtlijn zich raden. Dit artikel, dat slechts algemeen naar het begrip schade verwijst, legt het hof aldus uit dat het aan de consument in beginsel een recht verleent op vergoeding van de materiële en immateriële schade die voortvloeit uit het niet of slecht uitvoeren van de dienstverrichtingen die samen een pakketreis vormen.

Uit deze zaak dient lering te worden getrokken, ook door landen zoals Nederland die reeds expliciet een recht op vergoeding van gederfd reisgenot in het leven hadden geroepen. Een eerste les is dat onder het begrip schade in een Europese richtlijn zowel materiële als immateriële schade moet worden verstaan, tenzij dat met zo veel woorden wordt uitgesloten.²⁴ Meer algemeen gesteld maakt het arrest ook duidelijk dat de invulling van een in het Unierecht gehanteerd maar niet gedefinieerd begrip (waaronder ook de traditionele civielrechtelijke begrippen zoals schade en causaliteit) Europees autonoom en eenvormig moet worden uitgelegd.²⁵ In de onderhavige zaak was immers door de reisorganisator, op dit punt ondersteund door de regeringen van Oostenrijk, Finland en Frankrijk, tevergeefs naar voren gebracht dat nu de richtlijn op minimum harmonisatie gebaseerd is, elk onderwerp op het gebied van de richtlijn dat door de richtlijn niet uitdrukkelijk wordt geregeld – waaronder de invulling van het schadebegrip – is overgelaten aan de nationale wetgever.

23 HvJ 12 maart 2002, C-168/00, *Jur.* 2002, p. I-2631 (*Simone Leitner/TUI Deutschland GmbH & Co. KG*).

24 Zie ook HvJ 10 mei 2001, C-203/99, *Jur.* 2001, I-3569, VR 2001, III (*Veefeld/Arhus Amtskommune*); Loos 2002, p. 160.

25 Zie ook HvJ 18 januari 1984, C-327/28, *Jur.* 1984, 107 (*Ekro/Produktschap voor vee en vlees*).

Het effect dat uitgaat van de jurisprudentie van het Hof van Justitie is aldus dat nationale regels die niet in overeenstemming zijn te brengen met het Europese recht buiten werking worden gesteld. Het Europese recht vervangt daarmee delen van nationaal recht, bij gebreke waarvan de lidstaat voor de daardoor veroorzaakte schade aansprakelijk kan worden gehouden. Een eenvormige, ruime interpretatie van regels van Europees recht draagt in belangrijke mate bij aan het proces van Europeanisering. Het behoeft geen betoog dat een toekomstig gemeenschappelijk referentiekader zowel de Europese als de nationale rechter leidraad kan bieden bij de interpretatie van het Unierecht, terwijl andersom de uitspraken van het Hof van Justitie weerslag dienen te krijgen in het ontwerp referentiekader.

De harmoniserende werking van richtlijnconforme interpretatie kan bovendien nog aan betekenis winnen daar waar zij met een verplichting tot ambtshalve toepassing van Unierecht wordt gecombineerd.²⁶ Dat een verplichting tot ambtshalve toepassing in een op consumentenbescherming gerichte richtlijn besloten kan liggen volgt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie.²⁷ Zo zal de Nederlandse rechter die constateert dat een partij een beroep doet op een beding dat in strijd is met het consumentenacquis, dat beding ambtshalve en autonoom dienen te toetsen, ook als de wederpartij niets van zich laat horen.

3.3 Europese Hof voor de Rechten van de Mens

De bijdrage van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens aan de Europeanisering van het privaatrecht is in het bijzonder bekend op het terrein van het familierecht en het procesrecht. Het Straatsburgse Hof heeft allereerst door de interpretatie van bescherming van het recht op respect van familielevens zoals in artikel 8 EVRM gecodificeerd, diep ingegrepen in de nationale rechtstelsels. Dankzij diens uitspraken is op delen van familierechtelijk terrein een grote mate van uniformiteit in Europa ontstaan.²⁸ Ook wat betreft de uniformering van het procesrecht heeft het Straatsburgse Hof een onuitwisbare rol van betekenis gespeeld. Op basis van het door artikel 6 EVRM gewaarborgde recht op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn is uitgebreide rechtspraak tot stand gekomen die de nationale stelsels van procesrecht mede hebben bepaald.

²⁶ Zie over de ambtshalve toepassing van Europees recht: Hartkamp 2007b; Freudenthal & Van Ooik 2007, p. 65 e.v.; Keus 2010, p. 67; Hartkamp 2010; rapport Ambtshalve toetsing van Europees Consumentenrecht van de LOVCK-werkgroep, Ambtshalve toetsing, februari 2010 (te raadplegen via: www.rechtspraak.nl/NR/rdonlyres/9CCAF545-F183-499D-9F73-DF2F0104AA15/0/EindrapportLOVCKwerkgroepambtshalvetoetsing_17210.pdf).

²⁷ HvJ 27 juni 2000, NJ 2000, 730 (*Océano*); HvJ 21 november 2002, NJ 2003, 703 (*Cofidis*); HvJ 4 oktober 2007, NJ 2008, 37 (*Rampion*); HvJ 4 juni 2009, NJ 2009, 395 (*Pannon*); HvJ 17 december 2009, C-227/08 (*Martín Martín*).

²⁸ Bijvoorbeeld op het terrein van de status van onwettige kinderen, van voogdij en van omgangsrecht. Zie o.a. De Langen 1990; Smits 1999, p. 39.

Op het terrein van het verbintenisrecht is voor het Europese Hof voor de Rechten van de Mens wellicht een meer bescheiden, maar geenszins ijdele rol weggelegd. Zo illustreren de zaken *Pressos Compania Naveira/België* en *Maurice/Frankrijk* dat de Europese Rechter met een beroep op artikel 1 Eerste Protocol EVRM een stokje kan steken voor een stante pede afschaffing van een recht op schadevergoeding door een nationale wetgever.²⁹ Voorbeelden van een door het hof ongerechtvaardigd bevonden inmenging in het genot van eigendom bieden ook de zaak *Schirmer/Polen* (betreffende de verplichting van een verhuurder een vervangende woning aan te bieden) en de zaak *Fedoronko/Oekraïne* (betreffende partiële nietigheid van een overeenkomst met een valutaclausule en een voor de verkoper onrechtvaardig gevolg).³⁰ Zeer wel denkbaar is voorts dat de rechtspraak van het Straatsburgse Hof de zoektocht naar nieuwe risico's, nieuwe aansprakelijkheidsclaims inkleurt.³¹ In dit licht is van belang dat het hof onder artikel 8 EVRM het recht op een veilige en schone leefomgeving beschermt.³²

3.4 Nationale rechter

Niet de Europese hoven, maar de nationale rechters worden het meest geroepen om Europees privaatrecht uit te leggen en toe te passen. Vragen van rechtsontwikkeling en proefballonnen belanden nu eenmaal veelal het eerst op het bord van de nationale rechter. Zo is de Hoge Raad de vraag voorgelegd of de Nederlandse regeling van de bevrijdende verjaring – die kan meebrengen dat een recht op schadevergoeding is verjaard voordat de benadeelde zijn schade heeft ontdekt en dus zijn recht geldend heeft kunnen maken – strijdig is met het Europese fundamentele recht op toegang tot de rechter.³³ Een tweede voorbeeld betreft de gehoudenheid van de Nederlandse rechter om bij de beoordeling van de wenselijkheid van handhaving van wettelijke limitering van schadevergoeding ook artikel 1, Eerste Protocol EVRM en de ter zake doende Europese rechtspraak te betrekken.³⁴

Nationale rechters worden aldus geconfronteerd met in verschillende lagen ontwikkeld beleid en regulering; de nationale rechter moet reconstrueren hoe de lagen zich tot elkaar verhouden en wat zijn positie ten opzichte van elk van die lagen is. Waar een justitiabele een beroep doet op een bepaling, beginsel of

29 EHRM 20 november 1995, 17 849/91, NJ 1996, 593 (*Pressos Compania Naveira/België*); EHRM 6 oktober 2005, 11 810/03, NJ 2006, 464 (*Maurice/Frankrijk*).

30 EHRM 21 september 2004, 68 880/01 (*Schirmer/Polen*); EHRM 1 juni 2006, 25 921/02 (*Fedoronko/Oekraïne*).

31 Over nieuwe risico's o.a. Keirse e.a. 2007b.

32 Zie bijvoorbeeld EHRM 27 januari 2009, 67 021/01 (*Tatar/Roemenië*).

33 HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 (*Van Hese/Schelde*). Vergelijk EHRM 7 juli 2009, 1062/07 (*Stagno/België*), waar het Europese Hof een schending van artikel 6 EVRM constateerde omdat de betrokken justitiabelen door handhaving van de Belgische verjaringstermijn geen enkel moment in staat waren geweest om in een concreet geschil een procedure aanhangig te maken.

34 Zie Hof Amsterdam 2004, VR 2006, 12 (*NS/Baardman*); Emaus & Giesen 2007.

fundamenteel recht van Europese komaf dient de nationale rechter verder te kijken dan het eigen rechtsstelsel en moet hij ter zake doende rechtspraak van de Europese hoven in zijn beoordeling betrekken. De nationale rechter mag aan Europees recht ontleende aanspraken niet ongunstiger behandelen dan vergelijkbare aanspraken naar nationaal recht en de verwerkelijking daarvan niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken.³⁵ Waar een beroep op een bepaling van Unierecht achterwege blijft, dient de nationale rechter onder omstandigheden tot ambtshalve toepassing over te gaan.³⁶ Daarenboven dient de rechter het nationale recht, voor zover het onder de werkingssfeer van het Unierecht valt, in overeenstemming met het primaire Unierecht alsook richtlijnconform uit te leggen.³⁷

De Nederlandse rechter kan daarbij in elke stand van het geding door het instellen van een prejudiciële procedure het Hof van Justitie om uitleg verzoeken van een bepaling van Unierecht. De nationale rechter is tot het stellen van een prejudiciële vraag verplicht indien de betekenis van een norm van Unierecht niet duidelijk is en de beslissing naar nationaal recht niet vatbaar is voor hoger beroep.

De verplichting tot een Unierecht getrouwe uitleg van het nationale recht is begrensd tot die gebieden die door het Unierecht worden bestreken. Dit belet de nationale rechter evenwel niet ook op ander terrein het recht Unierecht getrouw te interpreteren. Redengevend hiervoor kunnen inhoudelijke argumenten zijn. In ieder geval komt het voor dat nationale rechters regels en beginselen van Europees recht toepassen op niet-geharmoniseerde delen van het verbintenissenrecht om ongewenste inconsistenties weg te nemen tussen het wel- en het niet-geharmoniseerde deel van het verbintenissenrecht.³⁸

Met de Europeanisering van het privaatrecht krijgt derhalve ook de civiele rechter een rol die Europeaniserend uitpakt. Het is van belang dat de nationale rechters zich bewust zijn van hun Europese mandaat. Het Unierecht blijft immers een dode letter als het in de lidstaten niet naar behoren wordt toegepast, door onder meer de nationale rechters. De nationale rechter doet er goed aan zich, meer dan nu het geval is, door de rechtspraak van de Europese rechter alsook door het werk van zijn collegae in andere lidstaten te laten inspireren.³⁹

35 Zie HvJ 16 december 1976, C-33-76, *Jur.* 1976, 1989 (*Rewe/Landwirtschaftskammer für das Saarland*); HvJ 20 september 2001, *Jur.* 2001, I-6297, *NJ* 2002, 43 (*Courage/Crehan*).

36 Zie voor verwijzingen paragraaf 3.2.

37 Zie o.a. HvJ 10 april 1984, C-14/83, *Jur.* 1984, 1891 (*Van Colson en Kamann/Land Nordrhein-Westfalen*);

38 Zie Van Gerven 2001, p. 492; Loos 2006, p. 47 e.v.

39 Zie Meij 2009, p. 6; Brinkhof 2010.

3.5 Tot besluit

Bij de ontwikkeling van de Europese rechtsorde en het Europese stelsel van rechtsbescherming speelt de rechter een centrale rol; dit geldt zowel voor de Europese als de nationale rechter. Het Unierecht is voor een belangrijk deel rechtvaardig.

De rechtspraak van het Hof van Justitie is allereerst een onmiskenbare bron van uniform Europees verbintenissenrecht. Zo is in de jurisprudentie van het Luxemburgse Hof een uniform staatsaansprakelijkheidsrecht tot stand gekomen. In de rechtspraak van de Europese Gerechtshoven dringt Europese regelgeving in toenemende mate door in verbintenissenrechtelijke rechtsverhoudingen. De Europese rechters hebben het Europese verbintenissenrecht daarmee gemaakt tot wat het nu is, daarbij de grenzen telkens verleggend.

De verwerking van het Europese verbintenissenrecht is evenwel ook sterk afhankelijk van de nationale rechter. Immers, de nationale en niet de Europese rechter is in de regel bevoegd indien een burger een regel van Unierecht geldend wil maken. Het Europese Hof van Justitie kan in civiele zaken slechts op indirecte wijze in het geschil worden betrokken, namelijk indien de nationale rechter bereid is tot het stellen van een prejudiciële vraag. De nationale rechter vormt de hoeksteen van het Europees gerechtelijk apparaat en speelt een onontbeerlijke rol in de totstandkoming van een gemeenschappelijke Europese rechtsorde.

Uit een oogpunt van coherentie van rechtspraak is het van groot belang dat nationale en Europese rechters over en weer aanschouwen wat hun collegae doen en zo veel als mogelijk op elkaar afstemmen.

4 Rechtswetenschap

4.1 Europeanisering van en door rechtswetenschap

Naast het positieve Europese privaatrecht dat door middel van Europese regelgeving en Europese rechtspraak vorm heeft gekregen, verdienen verschillende op Europeanisering gerichte wetenschappelijke initiatieven hier de aandacht.

De rechtswetenschap draagt bij aan de Europeanisering van het privaatrecht; het had zelfs de primeur met de aandacht voor het onderwerp. De verdergaande Europeanisering maakt op haar beurt de rechtswetenschap meer internationaal. Het verlegt de overwegend nationale oriëntatie van de rechtswetenschap naar een steeds meer Europeesrechtelijke benadering. Hieronder worden de beide elkaar versterkende tendensen, mede vanuit een historisch perspectief, geïllustreerd.

4.2 Historie

Europeanisering van en door rechtswetenschap is zo oud als de rechtswetenschap zelf. Geboren in eind elfde of begin twaalfde eeuw met oprichting van de eerste juridische faculteit in Bologna na de herontdekking van het *Corpus Iuris*, heeft de privaatrechtelijke rechtswetenschap van oorsprong een Europees karakter.¹ De basis waarop de rechtswetenschap ontstond was de wetgeving van keizer Justinianus uit de zesde eeuw.² Het *Corpus Iuris* als object van studie trok studenten uit heel Europa naar Bologna, die na hun studie de opgedane kennis uitdroegen in hun land van herkomst.

Rechtswetenschappelijk onderwijs op basis van het Romeinse recht aan andere universiteiten volgde. Vrezend voor provincialiteit leidden zij juristen op voor heel Europa.³ Staats- noch taalgrenzen konden verhinderen dat zich geleidelijk een ontwikkeling in beweging zette waarbij het Romeinse geleerde recht steeds verder doordrong in de praktijk van het geldende lokale en regionale recht. De ontwikkeling van de Europese rechtswetenschap ging met andere

¹ Zie Koschaker 1995, p. 1 e.v.

² Zie Van den Bergh 2007, p. 23 e.v.

³ Zie Jansen 1991, p. 564.

woorden hand in hand met de receptie van het Romeinse recht. Uitheemse regelgeving – het Romeinse recht – werd in de middeleeuwen (opnieuw) aangenomen als geldend recht op het vasteland van West-Europa, niet ter verdrijving van het vaderlandse recht, maar in aanvulling daarop.

Door de werking als subsidiair recht bracht de combinatie van oorspronkelijk Romeins recht met middeleeuwse commentaren samenhang in Europa.⁴ Tezamen met het canonieke recht vormde het Romeinse recht het gemeenschappelijke recht; het gemene recht, het *ius commune*. Hoewel het (ongeschreven) lokale gewoonterecht, dat van regio tot regio verschilde, formeel primaire gelding had en het *ius commune* een subsidiaire rol speelde, kwam het *ius commune* feitelijk een grotere betekenis toe dan het gewoonterecht. Dit vindt verklaring in de kwaliteiten van het Romeinse recht, afgezet tegen de zwakte van het gewoonterecht, de noden van de opkomende (vroeg-)kapitalistische maatschappij alsook de steun van machthebbers en de voorkeuren van juristen waarop het geleerde recht kon rekenen.⁵ Het erfstuk was een nagenoeg homogene privaatrechtswetenschap op praktisch identieke grondslagen.⁶

Dit betrof aldus Europeanisering van en door rechtswetenschap. Er waren evenwel ook tegengestelde tendensen waar te nemen. Zo heeft de codificatiebeweging geleid tot een nationalisering van en door de rechtswetenschap in Europa.⁷

Met de opkomst van natiestaten en de invoering van nationale codificaties ontstond een toenemende nationalisering van het recht. Er kwam een einde aan de oude, zich over Europa uitstreckende eenheid van het geleerde recht; juist het perspectief van de nationale wetgeving ging de rechtswetenschap tekenen.⁸ De rechtswetenschap werd geleidelijk aan een nationale aangelegenheid, die was gewijd aan de studie van het nationale recht. Daarmee was de rechtswetenschap, in de ogen van de rechtsgeleerde VON JHERING, verworden tot een bekrompen, wetenschap onwaardige discipline:

‘Die Wissenschaft ist zur Landesjurisprudenz degradiert, die wissenschaftlichen Grenzen fallen in der Jurisprudenz mit dem politischen zusammen. Eine demütigende, unwürdige Form für eine Wissenschaft.’⁹

Hier staat tegenover dat de gesignaleerde nationalisering was ingezet door de verwoestende kracht van de rechtswetenschap zelf. Het door de rechtswetenschap bestreden onsystematische karakter van het Romeinse recht is één van de oorzaken geweest van de ondergang en vervanging van het gemene recht door de

4 Lokin 1993, p. 63.

5 Heirbaut 2005, p. 108 e.v.

6 Zie Zimmerman 1992, p. 8; Nève 1995, p. 57.

7 Heirbaut 2005, p. 147.

8 Van den Bergh 2007, p. 107.

9 Von Jhering 1852 [1924], p. 15.

ationale codificaties.¹⁰ Het is een goede illustratie van wat ik in het kader van dit preadvies chaostheorie noem. De ogenschijnlijke wanorde is toch ordelijk tot stand gekomen door niet-lineaire, zelfs schijnbaar tegenstrijdige beïnvloeding van de rechtswetenschap. Inmiddels is er opnieuw sprake van Europeanisering (of eigenlijk: van re-Europeanisering) van het privaatrecht; een tendens waarin de rechtswetenschap wederom een onmis(ken)bare rol speelt, waarover hieronder meer.

4.3 Re-Europeanisering door rechtswetenschap

4.3.1 PROFESSORENRECHT

Destijds heeft het uitheemse – het *Corpus Iuris Civilis* – de privaatrechtelijke rechtswetenschap in beweging gezet, waarop de rechtswetenschap het uitheemse werkelijk invloed heeft gegeven – de receptie van het Romeinse recht. Met de huidige rechtswetenschap is het weinig anders gesteld. De actuele re-Europeanisering van het privaatrecht is goeddeels als wetenschappelijk project van start gegaan.¹¹

Onder academici leeft een Europese privaatrechtbeweging die zich richt op het formuleren van regels, beginselen, gezichtspunten en het verwerven van inzichten, die tezamen uiteindelijk het algemeen deel van het privaatrecht in Europa op een consistente manier dienen te bestrijken. Het is de rechtswetenschap van waaruit de ontwerpen voor een nieuw Europees privaatrecht ontspruiten.

4.3.2 WETENSCHAPPELIJKE ACTIVITEITEN

4.3.2.1 *Rechtsvergelijkende literatuur*

De ontwikkeling van een Europees privaatrecht veronderstelt rechtsvergelijkend onderzoek gericht op de beschrijving van gemeenschappelijke tendensen en elementen in de verschillende nationale rechtsstelsels van Europa.¹² De rechtswetenschap kwijt zich van deze taak. Er wordt druk gecongresseerd, diverse studiegroepen worden gevormd, rechtsvergelijkend materiaal wordt verzameld. Leerstoelen speciaal gewijd aan Europees privaatrecht worden ingesteld, nieuwe tijdschriften op dit terrein zien het licht.¹³ Een constante stroom van publicaties

¹⁰ Nieuwenhuis 1988, p. 23.

¹¹ Vranken 2000, p. 1; Keus 2004, p. 195.

¹² Asser/Hartkamp 3-1* 2008, nr. 253.

¹³ Wat betreft de nieuwe tijdschriften speciaal gewijd aan Europees privaatrecht kan onder meer worden gewezen op: *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (sinds 1993); *European Private Law Review* (sinds 1993), *Europa e Diritto Privati* (sinds 1998); *European Review of Contract Law* (sinds 2005); *European Journal of Commercial Contract Law* (sinds 2009).

in boeken, bundels en tijdschriften volgt en meer en meer Europese ‘principles’ worden gedoopt.¹⁴

4.3.2.2 *Common Core of European Private Law*

Geïnspireerd door de beroemde studie van de Amerikaan SCHLESINGER naar de ‘common core’ van rechtsstelsels,¹⁵ is in 1994 het zogenaamde Trento-project gelanceerd. Dit wetenschappelijk project draagt als naam de *Common Core of European Private Law* en staat onder leiding van de Italiaanse hoogleraren BUSSANI en MATEI. Het accent ligt niet op het scheppen van nieuw, uniform recht, maar op het aan het daglicht brengen van hetgeen de nationale rechtsstelsels in Europa (reeds) gemeen hebben. Beoogd wordt een betrouwbare geografische kaart van het recht in Europa te vervaardigen:

‘Stating it in very simple terms, we are seeking to unearth the common core of the bulk of European private law, i.e., of what is already common, if anything, among the different legal systems of European Union member states. (...) Such a common core must be revealed in order to obtain at least the mainlines of a reliable geographical map of the law of Europe. What the use of this map will be is of no concern to the cartographers who are drafting it. However, if reliable, it may become indispensable for whomever is entrusted with drafting European legislation. This may be particularly so in the process that appears to lead incrementally towards restatement and/or codification. (...) While drafting a map is our immediate short-term concern, in the long run, this task is part of building a common European legal culture.’¹⁶

Dit project erkent expliciet het bestaan van diversiteit in rechtsculturen en de waarde ervan. De bedoeling is deze diversiteit zo nauwkeurig mogelijk in kaart te brengen, niet om er als een dogma aan vast te houden, maar om te weten wat er speelt.¹⁷ Aan het project wordt actieve medewerking verleend door een honderdtal academici uit Europese lidstaten, alsmede uit Zwitserland, Canada, Israël, Rusland en de Verenigde Staten.

Gekozen is voor een casuïstische methode; casusposities over thema’s op het terrein van het contractenrecht, het aansprakelijkheidsrecht en het goederenrecht worden opgesteld en in questionnaires aan de deelnemers uit de verschillende landen ter beantwoording voorgelegd. In de serie *The Common Core of European Private Law* zijn inmiddels publicaties verschenen over goede trouw in het contractenrecht, afdwingbaarheid van beloftes, zuivere vermogensschade, zekerheidsrechten op roerende zaken, grenzen van risicoaansprakelijkheid, dwaling, bedrog en informatieplichten, trust, eigendom en milieu, handhaving

¹⁴ Een opsomming van de tot op heden verschenen literatuur zou buiten de opzet van dit preadvies vallen. Ik noem slechts: Harris & Tallon 1989; Zimmermann 1990; Von Bar 1996; Kötz 1996; Hartkamp, Hesselink & Hondius 2004. Zie verder Riedl 2004, p. 218.

¹⁵ Schlesinger 1968.

¹⁶ Zie www.jus.unitn.it/dsg/common-core/approach.html.

¹⁷ Zie Vranken 2000, p. 6; Riedl 2004, p. 203; Schreiner 2004, p. 134; Asser/Hartkamp 3-I* 2008, nr. 254.

van mededingingsrecht, milieuaansprakelijkheid en ecologische schade, precontractuele aansprakelijkheid en persoonlijkheidsrechten.¹⁸

4.3.2.3 *Ius Commune Casebooks for the common law of Europe*

In dezelfde periode, omstreeks 1994, heeft de Belgische hoogleraar VAN GERVEN een project met een vergelijkbare doelstelling geëntameerd: de *Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*. Ook hierin wordt getracht met behulp van een casusgerichte benadering de ‘common roots’ van de verschillende nationale rechtsstelsels op uiteenlopende rechtsgebieden bloot te leggen.

Het project wil rechtspraak, wetgeving, rechtsleer en ander relevant bronnenmateriaal verzamelen in elke belangrijke tak van het recht en voorzien van inleidende commentaren, annotaties en vergelijkende overzichten.¹⁹ De aandacht is hoofdzakelijk, doch niet exclusief, gericht op een studie van Engels, Frans en Duits recht en de wisselwerking met de rechtsordes van de Europese Unie en de Raad van Europa. Vanuit de geselecteerde documenten poogt het project de bestaande overeenkomsten en verschillen te onthullen om zo de convergentie van de Europese rechtsstelsels te bevorderen. Onderwijl zijn er *Casebooks* verschenen over buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht, contractenrecht, verrijktingsrecht, antidiscriminatierecht en consumentenrecht.²⁰

4.3.2.4 *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*

Het eerste ontwerpproject van gemeenschappelijke privaatrechtelijke beginselen is omstreeks 1979 van start gegaan. Het betreft het werk van een commissie onder auspiciën van het *Institut Internationale pour l’Unification du Droit Privé* (UNIDROIT) in Rome. Onder voorzitterschap van de Italiaanse hoogleraar BONELL hebben hierin vijftien tot twintig leden zitting uit verscheidene West- en Oost-Europese landen, alsook uit Australië, Canada, China, Ghana, Japan en de Verenigde Staten.

De UNIDROIT commissie richt zich op het algemeen deel van het contractenrecht met het doel een set mondiale, niet-bindende algemene beginselen van internationaal commercieel contractenrecht op te stellen, vergezeld van een commentaar en geïllustreerd aan de hand van casus. Aanvankelijk droeg het project de titel ‘codificatie’, maar die naam is gewijzigd vanwege het besef dat een werkelijke, bij internationaal verdrag tot stand te brengen mondiale codificatie (nog) niet te verwezenlijken is.²¹ Derhalve resteert de praktische inslag,

¹⁸ Zimmermann & Whittaker 2000; Gordley 2001; Bussani & Palmer 2003; Kieninger 2004 & 2009; Werro & Palmer 2004; Sefton-Green 2005 & 2009; Graziadei, Mattei & Smith 2005 & 2009; Pozzo 2007; Möllers & Heinemann 2008; Hinteregger 2008; Cartwright & Hesselink 2009; Brüggemeier, Ciacchi & O’Callaghan 2010.

¹⁹ Zie www.casebooks.eu.

²⁰ Van Gerven e.a. 1999 & 2000; Beale e.a. 2002; Beatson & Schrage 2003; Schiek, Waddington & Bell 2007; Micklitz e.a. 2010.

²¹ Aldus Asser/Hartkamp 3-1* 2008, nr. 257.

waarbij het de bedoeling is dat de niet-bindende regels daadwerkelijk, op vrijwillige basis in de internationale handelspraktijk worden ingezet.

De eerste editie van de *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)* is in 1994 gepubliceerd.²² Naast algemene bepalingen over contractsvrijheid, precontractuele aansprakelijkheid en goede trouw, bestrijkt deze editie beginselen inzake de totstandkoming, de geldigheid en (ver)nietig-(baar)heid van de overeenkomst. Aan de orde komt ook het leerstuk van uitleg, alsmede bepalingen met betrekking tot de inhoud en rechtsgevolgen van overeenkomsten, de nakoming, niet-nakoming en haar remedies. Tien jaren later, in 2004, is een tweede editie vastgesteld. De *principles* zijn thans beter toegerust op elektronisch contracteren en omvatten tevens regels betreffende de vertegenwoordiging, verrekening, cessie en schuldoverneming, evenals de verjaring en rechten van derden.²³ Aan de derde editie wordt op dit moment gewerkt. Recentelijk is er bovendien een uitgebreid commentaar op de *PICC* verschenen.²⁴

4.3.2.5 *Principles of European Contract Law*

De *PICC* is op de voet gevolgd door de *Principles of European Contract Law (PECL)*. Zij zijn het resultaat van een particulier, wetenschappelijk project, gestart in 1980 onder leiding van de Deense hoogleraar LANDO, dat rechtstreeks was gericht op de voorbereiding van (een deel van) een Europees Burgerlijk Wetboek.²⁵ De *Commission on European Contract Law*, te onzent bekend als de LANDO Commissie, bestond uit omstreeks twintig leden, hoofdzakelijk afkomstig uit de wetenschap.

De *PECL* is in drie fasen opgesteld.²⁶ Het eerste deel, gepubliceerd in 1995, beslaat vier hoofdstukken, betreffende algemene bepalingen, de nakoming en de niet-nakoming van overeenkomsten. Het tweede gedeelte is afgerond in 2000 en voegt hoofdstukken toe over de totstandkoming van overeenkomsten, de volmacht, alsmede de geldigheid en uitleg van overeenkomsten. Met het derde deel, gepubliceerd in 2003, is de aandacht uitgebreid tot pluraliteit van partijen, cessie, schuld- en contractoverneming, verrekening, verjaring, strijd met de wet, goede zeden en openbare orde, voorwaarden en kapitalisering van rente.²⁷

De *PECL* is opgebouwd uit 201 artikelen, opgedeeld in 17 hoofdstukken. Zij is voorzien van aantekeningen, vol rechtsvergelijkende gegevens, waarin de betekenis, mede aan de hand van concrete voorbeelden, wordt toegelicht. Zij neemt

²² In het Nederlands vertaald door Frenk & Storme 1997. Zie verder Bonell 1997.

²³ Zie o.a. Schelhaas 2005, p. 535 e.v. De integrale tekst van de Unidroit Principles is op internet (www.unidroit.org) te raadplegen.

²⁴ Vogenauer & Kleinheisterkamp 2009.

²⁵ Asser/Hartkamp 3-1* 2008, nr. 256.

²⁶ Lando 1995; Lando & Beale 2000; Lando e.a. 2003.

²⁷ Zie over de PECL o.a. Asser/Hartkamp 3-1* 2008, nr. 256; Hesselink & De Vries 2001; Busch e.a. 2002; Hartkamp 2004.

geen genoegen met de grootst gemene deler, maar streeft naar de best mogelijke oplossing.

4.3.2.6 *Code Européen des Contrats*

Met hetzelfde harmonisatiedoel is ook de *Académie de Privatistes Européens* aan de slag gegaan, een werkgroep onder leiding van de Italiaanse hoogleraar GANDOLFI. Deze groep heeft (de eerste delen van) de *Code Européen des Contrats* opgesteld.²⁸ Het eerste deel van de *Code* verscheen in 2001. Het beslaat het algemene deel van het contractenrecht en bestaat uit elf titels, regelende de totstandkoming, de inhoud en de vorm van het contract, de uitleg en de gevolgen daarvan, de nakoming en de niet-nakoming, de cessie, alsook de beëindiging van het contract, gebreken en remedies. Het betreft een vrij gedetailleerde tekst, naar het model van Boek 4 van de Italiaanse *Codice Civile* en mede gebaseerd op de *McGregor Code*.²⁹ Een grote regeldichtheid, in vergelijking tot de *PICC* en de *PECL*, blijkt bijvoorbeeld bij aanschouwing van de artikelen 128 en verder waar alle wijzen van tenietgaan van overeenkomsten worden behandeld. Dwarsverbandingen en algemene principes dienaangaande ontbreken evenwel.³⁰ De eerste titel van het tweede deel van de *Code* inzake de koop is in 2007 verschenen.

4.3.2.7 *Principles of European Tort Law*

Op het gebied van de onrechtmatige daad heeft de *European Group on Tort Law* algemene beginselen, vergezeld van een commentaar, opgesteld: de *Principles of European Tort Law (PETL), Text and Commentary*, verschenen in 2005.³¹ In zes titels, onderverdeeld in tien hoofdstukken, worden de hoofdzaken van het recht inzake de onrechtmatige daad en schadevergoeding behandeld. Specialisten uit Europa, Israël, de Verenigde Staten en Zuid-Afrika nemen deel aan deze in 1992 opgerichte groep, ook wel, naar haar initiatiefnemers, de SPIER/KOZIOL-groep genaamd.

De voorbereiding van de PETL is gepaard gegaan met de verschijning van een aantal rechtsvergelijkende studies in de *Unification of Tort Law* reeks inzake onrechtmatigheid, causaliteit, schade, risicoaansprakelijkheid, kwalitatieve aansprakelijkheid voor personen, eigen schuld, medeaansprakelijkheid en foutaansprakelijkheid.³² Daartoe zijn questionnaires met zowel dogmatische kwesties als

²⁸ Gandolfi 2001.

²⁹ De zogenaamde McGregor Code (McGregor 1993), een concept *Code* opgesteld ten behoeve van de *English Law Commission*, beoogde de basis te vormen voor een Brits contractenrecht, waarin de Engelse common law en de Schotse civil law zouden samengaan, evenwel tevergeefs.

³⁰ Hammerstein & Vranken 2003, nr. 3.

³¹ European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law, Text and Commentary*, Wenen/New York: Springer 2005.

³² Koziol 1998; Spier 2000; Magnus 2001; Koch & Koziol 2002; Spier 2003; Magnus & Martín-Casals 2004; Rogers 2004; Widmer 2005.

casus opgesteld, beantwoord en bediscussieerd. Op deze manier zijn de relevante onderwerpen zodanig bevraagd dat alle discussiepunten die in de verschillende rechtsstelsels rijzen erdoor bestreken worden, alsook de verschillen in benadering of uitkomst zo precies mogelijk naar voren komen. De landenrapporten leveren het materiaal voor de rechtsvergelijkende rapporten die op hun beurt voedingsbodem zijn voor de algemene beginselen.

Doel van de groep en haar beginselen is een basis te leggen voor de verrijking en harmonisatie van het Europees aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht.³³ De *PETL* is geen *restatement of tort law*, in de zin van een gesystematiseerde verzameling van regels die de verschillende Europese rechtsstelsels gemeen hebben, noch een schets van de grootste gemene delers van het Europese aansprakelijkheidsrecht. Het streven is de beste oplossing aan te dragen voor een toekomstig Europees aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Naar verwachting wordt het naar elkaar toegroeien van de betrokken rechtsstelsels aldus bevorderd.

4.3.2.8 *Principles of European Law*

Halverwege de jaren negentig van de vorige eeuw is onder leiding van VON BAR de *Study Group on a European Civil Code (SGECC)* opgericht. Zij stelt zich ten doel het opstellen van algemene beginselen op het gebied van het verbintenissenrecht en onderdelen van het goederenrecht.

‘The aim of the Study Group is to produce a set of codified principles for the core areas of European private law (patrimonial law). Although the foundation for our work is detailed comparative law research, the principles which we are fashioning will represent more than a mere restatement of the existing law in the various EU jurisdictions from the standpoint of the predominant trends among the diverse legal regimes. Instead the Study Group seeks to formulate principles which constitute the most suitable private law rules for Europe-wide application.’³⁴

Het werkgebied bestrijkt het contractenrecht (waaronder de bijzondere overeenkomsten van koop, dienstverlening, vertegenwoordiging, franchise, distributie en huur), de onrechtmatige daad, zekerheidsrechten, alsook de leerstukken van ongerechtvaardigde verrijking, zaakwaarneming, overdracht en trust.

De resultaten van het werk van de Study Group worden gepubliceerd in een serie onder de naam *Principles of European Law (PEL)*. De structuur van de studies reflecteert die van de *PECL*. Het is opgezet als een concept codificatie voor de rechtsstelsels van de Unie aangevuld met aantekeningen en illustraties waarin de achtergrond, het toepassingsbereik en de betekenis van de artikelen worden geduid.³⁵

³³ Spier & Haazen 1999, p. 468; Spier 2005, p. 16.

³⁴ Zie www.sgecc.net.

³⁵ Zie de homepage van de Study Group on a European Civil Code (www.sgecc.net).

4.3.2.9 *Principles of the Existing EC Contract Law*

Sinds 2002 vormen een veertigtal academici de *European Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*. In reactie op de activiteiten van de instellingen van de Europese Unie op het gebied van het contractenrecht, wil deze groep een systematische ordening van het positieve Europese privaatrecht bewerkstelligen. Daartoe richt ze zich in eerste instantie op de weergave en rangschikking van het Unierecht zoals dat voortvloeit uit het bestaande contractenrechtelijke *acquis*. De *Principles of the Existing EC Contract Law* – of korter: de *Acquis Principles* – zijn het product van deze groep.³⁶

4.3.2.10 *Draft Common Frame of Reference*

Vanuit de ambitie een *Common Frame of Reference* tot stand te brengen is in 2005 een samenwerkingsverband opgezet onder de naam *Common Principles of European Contract Law (CoPECL) Network of Excellence*, ook wel aangeduid als *Joint Network on European Private Law*. Hiertoe hebben zich meer dan 150 onderzoekers vanuit alle landen binnen de Europese Unie verenigd in een netwerk van verschillende universiteiten, instellingen en organisaties in samenwerking met een aantal van de bovengenoemde onderzoeksgroepen (waaronder in het bijzonder de *SGECC* en de *Acquis Group*).

Dit netwerk heeft eind 2007 onder de titel *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law* een *Draft Common Frame of Reference* gepresenteerd, waarvan een herziene en definitieve, zesdelige versie met inbegrip van toelichting in oktober 2009 is uitgegeven. Dit ontwerp voor een gemeenschappelijk referentiekader bevat algemene beginselen, definities en modelregels voor Europees verbintenissenrecht en goederenrecht. De *PECL* en de door de *SGECC* ontwikkelde *PEL* zijn hierin – soms in aangepaste vorm – opgenomen.

Het wetenschappelijk ontwerp voor een gemeenschappelijk referentiekader is opgebouwd uit tien boeken, die achtereenvolgens zijn gewijd aan algemene bepalingen (Boek I), overeenkomsten en andere rechtshandelingen (Boek II), verbintenissenrecht en de daaruit voortvloeiende rechten (Boek III), bijzondere overeenkomsten en de rechten en plichten die hieruit voortvloeien (te weten: koop, huur, dienstverlening, mandaat, vertegenwoordiging, franchise, distributie en borgtocht; Boek IV), zaakwaarneming (Boek V), buitencontractuele aansprakelijkheid resulterend uit schade veroorzaakt jegens een ander (Boek VI), ongerechtvaardigde verrijking (Boek VII), verkrijging en verlies van roerende zaken (Boek VIII), zekerheden op roerende zaken (Boek IX) en trusts (Boek X). Dit wetenschappelijk ontwerp voor een gemeenschappelijk referentiekader wordt gepresenteerd als een document met academische ambities dat wil bijdragen aan (de verdere) totstandkoming van het Europees privaatrecht. Het beoogt niet

³⁶ *Acquis Group* 2007.

alleen wetenschappers te inspireren, maar ook Europese rechters en instanties die in de lidstaten belast zijn met de modernisering van het privaatrecht. Eerst en vooral levert het evenwel een model voor een toekomstig politiek gemeenschappelijk referentiekader.

4.3.2.II *EC Consumer Law Compendium & EU Consumer Law Acquis Database*

In opdracht van de Europese Commissie is in het kader van de door haar voorgestane herziening van het consumentenacquis een grootschalig onderzoek uitgezet naar de werking van een achttal richtlijnen, te weten de Colportagerichtlijn, de Richtlijn Pakkotreizen, de Richtlijn Oneerlijke Contractsbedingen, de *Timeshare* Richtlijn, de Richtlijn Overeenkomsten op afstand, de Richtlijn Prijsaanduiding, de Richtlijn betreffende het doen staken van inbreuken en de Richtlijn Consumentenkoop.³⁷ Het resultaat is een *EC Consumer Law Compendium* onder redactie van SCHULTE-NÖLKE, in samenwerking met TWIGG-FLESNER en EBERS.³⁸ Het betreft analyses van de implementatie van het consumentenacquis in de verschillende lidstaten. Voorts heeft de studie een *EU Consumer Law Acquis Database* opgebracht waarin verslag wordt gedaan van de acht richtlijnen, in combinatie met relevante rechtspraak van het Hof van Justitie, nationale uitvoeringsmaatregelen en nationale jurisprudentie.³⁹

4.4 Re-Europeanisering van rechtswetenschap

Menig rechtshistoricus droomt van een herleving van een Europese privaatrechtswetenschap met één dogmatiek voor alle betrokken landen. Deze wetenschap zou een gewichtige rol spelen in de vorming van een toekomstig gemeenschappelijk Europees privaatrecht. Rechtswetenschappelijk onderzoek draagt niet alleen bij aan de Europeanisering van het recht, het proces van Europeanisering verlegt op haar beurt ook de grenzen van de rechtswetenschap. De groeiende betekenis van het Europese recht, zowel in kwantitatieve als in kwalitatieve zin, verandert het object van de rechtswetenschap en laat evenmin de methode ongemoeid.

Dat de Nederlandse rechtswetenschap ooit uitsluitend nationaal gericht is geweest zou ik niet durven beweren. Vergelijking van het Nederlandse met het buitenlandse recht is van oudsher tamelijk gebruikelijk, in het bijzonder met het Duitse en het Franse. Dat neemt niet weg dat de nationale oriëntatie van de rechtswetenschap relatief sterk is ontwikkeld. De rechtsvergelijking bleef lange tijd beperkt tot een blik over de grens.

³⁷ Deze richtlijnen worden kort besproken in paragraaf 2.4.4.2.

³⁸ Schulte-Nölke, Twigg-Flesner & Ebers 2008.

³⁹ Zie www.eu-consumer-law.org.

Thans gaat de rechtswetenschap niet alleen over grenzen, zij verlegt ook haar grenzen. Zij is breder en multidimensioneel geworden. Rechtsvergelijking is een wezenlijk onderdeel van rechtswetenschappelijk onderzoek. Ze omvat inmiddels tevens *common law* stelsels. Bovendien heeft ook de studie naar het positieve recht binnen de landsgrenzen een Europese dimensie gekregen. Dit is het onvermijdelijke gevolg van de doordringing van Europees recht in nationaal recht. De groei van Europees privaatrecht en de doorwerking ervan in de nationale rechtsorde hebben de rechtsorde en daarmee het perspectief van de rechtswetenschap drastisch veranderd. Europeanisering leidt tot een nieuw rechtsbegrip.

Europeanisering van rechtswetenschap heeft niet alleen betrekking op de vraagstelling en de opzet van het onderzoek, maar ook op de kring van actoren. Het juridisch wetenschappelijk onderzoek in Nederland concurreert in toenemende mate met dat in het buitenland. Europeanisering noopt daarmee eveneens tot concurrentie van inhoudelijke argumenten.

Dit nu, leidt terug tot de kern van de gemeenschappelijke Europese rechts-traditie. Deze traditie wordt gekenmerkt door een methode waarbij uit een open bronnenbestand van regels en argumenten wordt geput om in een concreet geval de beste uitkomst te realiseren. Daarbij vormde de wet, dat wil zeggen de van overheidswege opgestelde algemeen verbindende regel, slechts één van de vele rechtsbronnen in formele zin. Evenzoveel gezag werd toegekend aan de bijbel, het Romeinse recht, het canonieke recht, het gewoonterecht en de lokale statuten. Het *ius commune* van Europa hield derhalve niet in dat overal in Europa uniforme rechtsregels golden; het betekende veeleer dat een en dezelfde rechtsleer heerste.⁴⁰ Zo vulden de Romeinse rechtsregels aan wanneer de inheemse tekort schoten. Waar de eigentijdse bronnen tot beter recht leidden, kregen die voorrang boven het gerecipieerde Romeinse recht.

De invoering van de nationale codificaties vormde een breuk met deze tot dan toe geldende open rechtsbronnenleer.⁴¹ Sindsdien is de regelgeving op het terrein van het privaatrecht uniform in de nationale staat. In het kader van de actuele re-Europeanisering is het tijdelijk afgebakende bronnenbestand weer meer open geworden. De toenemende integratie van de Europese nationale staten in het grotere verband van de Europese Unie leidt tot rechtspluralisme en een meergelaagd privaatrecht.

Kortom, de rechtswetenschap bloeit op onder de Europeanisering van het recht en maakt herstel van een ware argumentatieve rechtsgemeenschap denkbaar.

⁴⁰ Heirbaut 2005, p. 170; Smits 2009a, p. 129.

⁴¹ Van den Berg 2006a, p. 6 e.v.

4.5 Ius commune Europaeum: verleden, en ook toekomst?

4.5.1 DE PAPIEREN VAN DE RECHTSWETENSCHAP

Zoals in hoofdstuk 2 aan de orde is gesteld, zal eenmaking van het verbintenissenrecht in Europa voorlopig niet door regelgeving kunnen worden gerealiseerd, al was het alleen maar omdat de Europese Unie ter zake geen bevoegdheid heeft. De rechtswetenschap wordt daarvoor aanzienlijk betere papieren toegedicht.⁴²

De rechtswetenschap heeft in het verleden een Europees gemeen recht geschapen dat weliswaar het vaderlandse recht nimmer geheel heeft verdrongen, maar dat van onschatbare waarde is geweest. De vraag rijst of wat toen begonnen is, thans kan worden voortgezet.

4.5.2 TOETSINGSMAATSTAF

Het onderzoek naar de optimale inzet van paradigma's, beginselen en regels van Europees verbintenissenrecht veronderstelt een proefneming van de beste vorm en het beste niveau van regulering. Het is de vraag of verbintenissen het best op sectoraal, nationaal, Europees of supranationaal niveau kunnen worden gereguleerd. Het onderzoek vergt daarmee ook een ontwikkeling van een toetsingsmaatstaf. Het ligt in de aard van het verbintenissenrecht als onderzoeksobject besloten dat hierbij niet alleen juridische argumenten een rol spelen.

De Europese regulering moet in de eerste plaats worden getoetst op haar effectiviteit. Wordt het doel dat men voor ogen heeft aldus daadwerkelijk bereikt? De doelstellingen van Europeanisering zijn het creëren en bewaken van de interne markt, waarbij een hoog niveau van consumentenbescherming wordt nagestreefd, en de verwerkelijking van een ruimte van vrede, veiligheid en rechtvaardigheid. Het niveau van de casuïstiek dient hier te worden overstegen; onderzocht moet worden wie zich waarom tot welke vormen van verbintenissenrecht wendt en welke de brede maatschappelijke effecten zijn. Nu een oplossing in de praktijk vaak wordt voorgedragen onder de in de regel niet uitgesproken premisse van gelijkblijvende omstandigheden, is het van belang om rekening te houden met het feit dat de (voorgestelde) regulering een eigen dynamiek kent en de omgeving verandert. De effecten en neveneffecten van de regulering moeten derhalve worden voorzien.

Beziet men, zoals ik, het verbintenissenrecht mede als instrument van gedragsbeïnvloeding, dan kan men er moeilijk omheen aandacht te besteden aan de vraag hoe het verbintenissenrecht zich verhoudt tot sociale en psychologische voorwaarden voor effectieve bevordering van gewenst gedrag.⁴³ Meer

42 Zie o.a. Coing 1985; Nieuwenhuis 1988, p. 25; Zimmermann 1994, p. 15; Von Bar 1999; Heirbaut 2005, p. 167 e.v. Anders: Ankum 1993; Nève 1995, p. 57.

43 Vergelijk Giard 2005, p. 1401.

dan eens blijkt dat een regulering in de maatschappelijke orde waarvoor zij is voorgeschreven, haar uitwerking mist. Denk bijvoorbeeld aan de welhaast dagelijkse schending van de algemene voorwaarden regeling. Het recht heeft, deels onafhankelijk van de waardering van de concrete inhoud, veelal een externe stimulans nodig om bij de justitiabelen terecht te komen.⁴⁴ Dit hangt samen met het feit dat de effectiviteit van een regulering mede wordt bepaald door de mate waarin er oog is geweest voor de maatschappelijke context waarmee de regulering in relatie staat.

Een tweede maatstaf is of de te toetsen Europese standaard aansluit bij de ontwikkeling die in de verschillende Europese lidstaten waar te nemen is.⁴⁵ Immers, waar aansluiting wordt gezocht bij deze ontwikkelingen, wordt de weg vrijgemaakt voor een in de tijd passende regulering van verbintenissen welke aldus tot haar recht kan komen.⁴⁶ Het gaat hierbij niet alleen om aandacht voor de ontwikkelingen van het verbintenissenrecht in nationale context; de overige rechtsvorming, in nationaal en internationaal verband, en de relatie daarvan tot het verbintenissenrecht alsook de maatschappijverandering dienen tevens in ogenschouw te worden genomen. De rechtshistorische en rechtvergelijkende schets, waar deze maatstaf om vraagt, kan daarenboven inzicht verschaffen in de bestaansredenen van de verschillende, mogelijk naar tijd en plaats variërende oplossingen.

Andere criteria waaraan te denken valt, omvatten onder meer de efficiëntie, de mate waarin het sociale welzijn wordt bevorderd, de rechtszekerheid, de rechtseenheid, de evenredigheid en evenwichtigheid en de billijkheid van de regulering. Nu deze grootheden, mede afhankelijk van de referentiekaders die men hanteert, niet altijd met elkaar in overeenstemming te brengen zijn, acht ik het raadzaam om de argumenten uit andere wetenschappen te expliciteren vanuit een juridische invalshoek. Het is aan de rechtswetenschap om te ontdekken welke consequenties de verschillende – juridische, politicologische, economische, sociologische, psychologische, bedrijfskundige – argumenten voor de rechtsvorming moeten hebben. Het is zaak aldus een juridisch evenwicht te zoeken tussen de somtijds tegengestelde gezichtspunten van de betrokken disciplines. Het vinden van een juiste balans van verantwoordelijkheden alsook de doelstelling om voor de toekomst gewenst gedrag te faciliteren moeten mijns inziens de inzet vormen van deze verkenningstocht.

44 Zie in dit verband ook Keirse 2007c, p. 5-9, waar ik stel dat rechters soms een andere beslissing nemen dan inhoudelijk de juiste is vanwege de (op zich begrijpelijke) neiging om terughoudend op te treden waar het onderwerpen betreft waarbij een uitgebreide politieke discussie, een uitdrukkelijke uitlating van de wetgever of een toekomstig beleid in het spel zijn.

45 Een beginsel dat deze toets der kritiek niet kan doorstaan is bijvoorbeeld artikel 9:505 (1) van de door de Lando Commissie opgestelde *Principles of European Contract Law (PECL)*. Zie Keirse 2005, p. 3-16.

46 Hier doet zich gevoelen dat het burgerlijk recht zich, naar mijn mening, slechts bij uitzondering lineair ontwikkelt. Er is veeleer sprake van golfbewegingen. Zo wisselen tendensen van partijautonomie, vrije handel en consumentenbescherming elkaar af. Zie Keirse 2010, p. 121 e.v.

Richt men de blik op de wetenschappelijke ontwerpen voor een gemeenschappelijk stelsel van (delen van het) verbintenissenrecht, dan ligt aldus niet alleen de vraag voor welke plaats een dergelijk stelsel toebedeeld moet krijgen – als vergaarbak van gezichtspunten, beginselen, paradigma's en terminologie, als optioneel instrument, als een model dat partijen van toepassing kunnen verklaren op hun overeenkomsten (*opt in*), als regels van aanvullend recht die gelden tenzij partijen ze buiten toepassing verklaren (*opt out*), of zelfs als dwingend recht. Maar in het bijzonder van belang is ook de vraag of de paradigma's die het ontwerp materieel uitdragen de te hanteren toets der kritiek kunnen doorstaan.

De in het ontwerp besloten liggende samenhang, zowel intern als met andere onderdelen van het recht, is een eerste toetssteen. Brengt het ontwerp de gevraagde consistentie en transparantie? Weerspiegelt het ontwerp de samenhang tussen de verschillende bronnen van verbintenissen? Wat is de verhouding tot het verbintenissenrechtelijke *acquis*?

De wijze waarop tussen de onderlinge verantwoordelijkheid van schuldeiser en schuldenaar wordt gebalanceerd vormt een tweede aandachtspunt. Is de verhouding tussen de verschillende remedies in het verbintenissenrecht effectief vorm gegeven? Worden de ongewenste consequenties van de ondoorzichtige en inconsistente stapeling van beschermingsinstrumenten van contractuele en buitencontractuele aard, die men thans in Europa ervaart, teruggedrongen? Is er voldoende aandacht gegeven aan de maatschappelijke verantwoordelijkheid van de betrokken partijen en welke betekenis dient te worden toegekend aan het belang van consumentenbescherming?

De derde wegingsfactor heeft betrekking op de toegepaste methode van rechtsvinding; is het ontwerp ontsproten aan het evenwichtige samenspel van de in de maatschappij geldende (rechts)beginselen? Sluiten de paradigma's aan op de Europese informatiemaatschappij en de revolutie in digitale systemen en informatietechnologie?

4.5.3 PRAKTIJK ALS TOETSSTEEN VOOR DE WETENSCHAP

Zolang de ontwikkeling van definities, beginselen en modelregels van Europees verbintenissenrecht plaatsvindt in het kader van een vrij verkeer van rechtsregels, zoals onder meer SMITS voorstelt, bestaat hiertegen geen bezwaar. Louter voordelen zijn te ontwaren. Het zal de rechtsvergelijking vergemakkelijken, nieuwe argumenten en inzichten opleveren en daarmee leiden tot een verdieping van het privaatrecht. Een uniform Europees verbintenissenrecht brengt dit evenwel niet. De vrije ontwikkeling van een *ius commune* verloopt niet gestructureerd en zal zich niet op alle terreinen van het verbintenissenrecht

gelijkelijk manifesteren.⁴⁷ Wil men rechtseenheid, dan zal een bevoegde wetgever het recht met exclusiviteit moeten sanctioneren.

Mogelijk is wel dat het wetenschappelijk werk tot convergentie van het verbintenissenrecht van de lidstaten leidt. Maar de enkele formulering van beginselen, gezichtspunten en inzichten is ook daartoe onvoldoende. Een confrontatie met de praktijk is daarvoor vereist. Zonder dat blijven regels abstracties en kan hun argumentatieve waarde niet worden bepaald.⁴⁸ Een regel krijgt eerst werkelijk betekenis als zij concreet wordt toegepast.

De academische waarde van de bovengenoemde ontwerpen voor een stelsel van (delen van het) verbintenissenrecht staat weliswaar vast dankzij de publicatie daarvan en ruime aandacht in de internationale vakliteratuur. Wat leert evenwel deze rechtswetenschap als zij wordt getoetst aan de praktijk?

Richt men zich bijvoorbeeld op de impact van de *Principles of European Tort Law (PETL)* op het positieve aansprakelijkheidsrecht in Europa gemeten naar verwijzingen in de rechtspraak, dan kan men niet anders dan constateren dat deze minimaal is. In Duitse, Franse, Oostenrijkse en Poolse rechtspraak zoekt men tevergeefs naar een verwijzing naar de *PETL*. In Spanje en Nederland ligt dit enigszins anders. In de Spaanse rechtspraak zijn verscheidene verwijzingen naar de *PETL* te vinden.⁴⁹ De Nederlandse rechter volgt dit voorbeeld (nog) niet, maar wel wordt verwezen naar de *PETL* in conclusies voor arresten van de Hoge Raad. De *Principles of European Contract Law (PECL)* komen er geenszins beter vanaf. Partijen kunnen hiernaar in hun contracten verwijzen. Maar in de praktijk wordt van de *PETL* niet of nauwelijks gebruikgemaakt. Gevraagd naar redenen geeft bijvoorbeeld het Nederlandse bedrijfsleven aan dat de *principles* te vaag en te onbekend zijn, met als gevolg dat er te veel onzekerheid bestaat over de interpretatie ervan in het geval van een geschil.⁵⁰

De vraag is of het huidige debat over de mogelijke lancering van een optioneel instrument voor Europees verbintenissenrecht dit beeld verandert. Over het antwoord hierop wordt in de hierna volgende paragrafen gespeculeerd.

4.5.4 TWEERICHTINGSVERKEER

In dit hoofdstuk staat de Europeanisering van het verbintenissenrecht zoals zich die 'bottom up' voltrekt centraal. Dit betreft evenwel geenszins een geïsoleerd proces. Het door rechtswetenschappers beheerste Europeaniseringdebat wordt beïnvloed en opgezweept door de 'top down' beweging, die in het tweede en derde hoofdstuk is beschreven. De Europese regelgeving en rechtspraak van bovenaf leiden op bepaalde terreinen tot convergentie van het nationale verbintenissenrecht

⁴⁷ Zie Van den Berg 2002, p. 203.

⁴⁸ Vranken 2000, p. 10.

⁴⁹ Zie Martín Casals 2010, p. 306 e.v.

⁵⁰ De Booy, De Volder & Raic 2009, p. 7.

van de lidstaten en faciliteren daarmee de bovengeschetste Europese privaatrecht-beweging van academici. Door de somtijds ondoorzichtige stapeling van beschermingsinstrumenten van Europees op nationaal niveau ontstaan er bovendien inconsistenties die de roep om algemene beginselen vergroot. Daarbij komt, en dat is minstens zo belangrijk, dat de instellingen van de Europese Unie de Europeaniserende tendens van de rechtswetenschap niet ongemoeid laten. Integendeel, het Europees Parlement heeft opgeroepen tot een codificatie van gemeenschappelijke regels, de Europese Commissie steunt de uitvoering van dit project en veel juristen werken er onder subsidiëring van de Unie aan.

Zoals in hoofdstuk 2 naar voren kwam is het debat over de toekomst van het Europees verbintenissenrecht door het Europees Parlement aangewakkerd. In de beruchte resolutie van 26 mei 1989 over een poging tot harmonisatie van het privaatrecht in de lidstaten overweegt het Europees Parlement, voor zover hier relevant, als volgt:

‘(...) overwegende dat het voor het wederzijdse inzicht in de in de lid-staten vigerende verschillende wetboeken en uiteenlopende stelsels van privaatrecht alsmede voor de steun aan het eenmakingsproject geboden is dat de vergelijkende rechtsstudies binnen de Gemeenschap, alsmede de meer algemene codificatiewerkzaamheden, in moreel en materieel opzicht worden gesteund;

verlangt dat er een begin wordt gemaakt met de noodzakelijke voorbereidende werkzaamheden voor de opstelling van een gemeenschappelijk Europees Wetboek van privaatrecht, waarbij de lid-staten worden verzocht te verklaren of zij na het desbetreffend overleg bereid zijn aan de beoogde eenmaking deel te nemen;

wenst dat er na overleg tussen de lid-staten die in beginsel de eenmaking accepteren, een comité uit bevoegde wetenschapsmensen wordt samengesteld dat de prioriteiten zal opstellen en het gehele eenmakingsproject van het privaatrecht zal structureren;

wenst dat steun wordt verleend aan de binnen de Gemeenschap bestaande centra voor vergelijkend rechtsonderzoek alsmede aan de meer algemene codificatiewerkzaamheden.⁵¹

De politieke ontwikkelingen die hierop volgden zijn uitgebreid besproken in hoofdstuk 2. Kern is de wens van de Europese Unie om de wetenschappelijke discussie over de beste vormgeving van een Europees privaatrecht te verbreden naar de praktijk en nationale overheden.

4.5.5 EEN OPTIONEEL STELSEL ALS BETER RECHT VOOR MORGEN

De zoektocht naar beter recht komt mogelijk bij een Europees optioneel stelsel van contractenrecht uit, idealiter ondersteund door een gemeenschappelijk

⁵¹ Resolutie over een poging tot harmonisatie van het privaatrecht in de lidstaten, *PbEG* 1989, C 158, 26 juni 1989, p. 400.

referentiekader van verbintenissenrecht.⁵² Het resultaat daarvan zou een gemeenschappelijke rechtstaal zijn. Hierbij kan worden voortgebouwd op de bovengenoemde academische projecten, waaronder het wetenschappelijk ontwerp voor een gemeenschappelijk referentiekader dat als opbrengst van meer dan 25 jaar samenwerking tussen juristen uit verschillende lidstaten van de Unie is gepresenteerd.

Van vitaal belang is dat het debat over de toekomst van het Europese verbintenissenrecht breed wordt gevoerd. Niet alleen wetenschappers en Euro-parlementariërs dienen aan het woord te zijn, ook de nationale en internationale rechtspraak behoort aan het debat deel te nemen. De waarden van het (verbintenissen)recht gaan immers bij uitstek die praktijk aan. Bij de invoering van een Europees contractenrecht als optioneel instrument wordt dit als vanzelf bereikt. Het wordt naar aard getoetst aan de praktijk. Het besluit over de toepassing van het instrument wordt immers aan de markt overgelaten. Alleen als belanghebbende partijen er het voordeel van inzien zal het instrument gaan leven. Daartoe is minimaal vereist dat partijen goed worden voorgelicht over de modaliteiten van het instrument. Let wel, ik pleit er niet voor de praktijk allesbepalend te laten zijn. Het behoort mijns inziens niet de markt te zijn die de materiële inhoud van het optioneel instrument bepaalt. Materieel moet het optionele stelsel vooral het speelveld zijn van de regelgever, rechter en rechtswetenschapper op Europees en nationaal niveau.

Niet alleen de inhoud dient met zorg en aandacht te worden vastgesteld, ook de wijze waarop het instrument in de markt wordt gezet is, als gezegd, van cruciaal belang. Dit leert ook de vergelijking met het Weens Koopverdrag. Onbekend maakt onbemind. Wil het optionele instrument een kans van slagen hebben, dan moet heel veel worden geïnvesteerd in de pr van het instrument, en dit in alle talen alsook alle uithoeken van de Europese Unie. Een onderschatting van het belang van een goede marketing, voorlichting en informatievoorziening over het instrument zou funest zijn. Rechtsbeoefenaren zullen zich het systeem eigen moeten maken en studenten in Europa en daarbuiten zullen daartoe moeten worden opgeleid. Ook in dit verband is een samenspel van regelgever, rechter en rechtswetenschapper op Europese en nationale velden onontbeerlijk.

4.5.6 BELEIDSLIJNEN VOOR AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

Naast een optie voor Europees contractenrecht kunnen partijen onderling, als zij eenmaal *nolens volens* tot elkaar in een bepaalde rechtsverhouding zijn komen te staan, een keuze maken voor de toepasselijkheid van een Europees aansprakelijkheidsregime, al dan niet als integraal onderdeel van een breder optioneel instrument. De kern van het recht inzake de onrechtmatige daad – een regeling

⁵² Zie hiervoor paragraaf 2.6.

voor een dader en een slachtoffer die niet met elkaar voorafgaande aan de schade-toebrengende gebeurtenis over een rechtskeuze hebben kunnen communiceren – wordt echter niet door een optioneel instrument getroffen.⁵³ Dit betekent dat voor het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht een andere lijn moet worden uitgezet.

Ik stel voor dat voor het Europese aansprakelijkheidsrecht inhoudelijke beleidslijnen worden uitgezet en dat wordt gebouwd aan een gemeenschappelijke rechtscultuur. Een dynamische wisselwerking tussen de verschillende rechtslagen is hier van vitaal belang. Immers, bij uitstek op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht zijn het niet alleen de woorden van de wetgever, maar veeleer de woorden van de rechters en rechtsbeoefenaren die het recht maken tot wat het is. Een transparant debat tussen de Europese regelgever en de opstellers van de ‘principles’ van aansprakelijkheidsrecht, zoals de *European Group on Tort Law* en de *Joint Network on European Private Law*, zou in dit verband vruchtbaar kunnen zijn.

Voor de nabije toekomst stel ik mij voor dat de Europese Commissie de lidstaten oproept om ten aanzien van bepaalde kwesties een gezamenlijke koers te varen. Zo zou de Europese Unie kunnen uitdragen dat het alles of niets denken, dat zijn oorsprong in het Romeinse recht vindt, terug naar de geschiedenis wordt verbannen. Een pleidooi voor een proportionele benadering, en proportionele aansprakelijkheid in het bijzonder, zal weliswaar in de lidstaten verschillend worden opgepikt, maar de neuzen wel in dezelfde richting kunnen doen wijzen. In rechtsstelsels, zoals het Nederlandse, waarin proportionele figuren reeds zijn aanvaard, kan een gemeenschappelijk debat bijdragen aan het oplossen van knelpunten op het uitvoeringsvlak. De landen die deze ontwikkeling nog niet hebben ingezet, zullen door het Europese geluid in deze worden geprikkeld een inhaalslag te maken. Het zou mijns inziens eveneens bijval verdienen indien de instellingen van de Europese Unie in samenspraak met academici, de rechtspraktijk en belangenorganisaties een groeiproces zouden inzetten naar Europese maten voor de aard en de omvang van schadevergoeding. In deze lijn zijn natuurlijk veel meer voorbeelden te geven, maar dat zou het bestek van dit preadvies te buiten gaan. Ik noem slechts nog één mogelijke beleidslijn, en dat is de aandacht voor voorzorg. Schade die onrechtmatig is toegebracht, moet worden vergoed, maar had ook en beter: voorkomen moeten worden. Terwijl schadevergoeding niet meer is dan een financiële vergoeding voor een werkelijkheid die slecht blijft, betekent voorkoming van schade die anders zou zijn geleden, een verbetering van het reële zijn. Door de aandacht primair te richten op de plichten van de potentiële schadeveroorzakers in plaats van op de rechten van de slachtoffers, wordt toekomstig gewenst gedrag bevorderd en niet alleen reeds begaan onrecht gesanctioneerd. Aldus wint het aansprakelijkheidsrecht aan doelmatigheid.

53 Aldus ook Smits 2006, p. 88.

4.6 Tot besluit

Ook de juridische academie vertoont een beeld van toenemende verscheidenheid. In het proces van convergentie dat binnen de Unie op gang is gekomen speelt de rechtswetenschap een wezenlijke rol. In dit licht is het niet verwonderlijk dat wordt gepleit voor de oprichting van een Europees Rechtsinstituut om aldus bij te dragen aan de ontwikkeling van een transnationale rechtswetenschap binnen de Unie. Het komt in de (Europese) rechtswetenschap niet aan op het formuleren van uniforme regels. Van belang zijn veeleer bestaande en toekomstige gemeenschappelijke uitgangspunten, concepten en doelen. Zij vormen de voedingsbodem voor het proces van Europeanisering. Al varend op het kompas van kennis uit het verleden, moet er in alle richtingen worden gereisd met de blik ook steeds gericht op wat komen gaat.

Over de gehele linie moet een open methode van convergentie worden voorgestaan met een goede interactie tussen Europese en nationale regelgevers, Europese en nationale rechters, academici en faculteiten alsook het maatschappelijk veld.

5 Europeanisering is een werkwoord

5.1 Een proces in beweging

Europeanisering van het verbintenissenrecht is een geleidelijk proces, te meer daar de eigen positie van het Europese recht als het ware op het recht van de lidstaten moet worden veroverd. Dit hangt samen met het feit dat de verwezenlijking van Europees recht afhankelijk is van nationale instellingen van de lidstaten. Tegen die achtergrond kan het niet verwonderen dat er veel te doen is om het al dan niet toekennen van voorrang en rechtstreekse werking van Europeesrechtelijke bepalingen en beginselen ten opzichte van het nationale recht.

De rollen van de spelers op het veld veranderen. Een louter nationale wetgeving, rechtspraak of doctrine schiet namelijk wezenlijk tekort, nu de nationale en Europese systemen van privaatrecht in elkaar grijpen. De wetgever staat voor de taak de co-existentie van nationaal en Europees recht in goede banen te leiden. De rechter duidt rechtsaanspraken door middel van verschillende rechtsordes en bronnen. De wetenschapper draagt door te vertalen en te interpreteren bij aan de gemeenschappelijke rechtstaal.

Het resultaat is dat het nationale verbintenissenrecht meer en meer Europees wordt gekleurd. Het Unierecht maakt immers deel uit van het nationale recht. Met het positieve Europese recht onverenigbaar nationaal recht wordt buiten werking gesteld.

5.2 Verticaal, horizontaal en diagonaal bewegende circulaire processen

Europeanisering is geen eenrichtingsverkeer. Het is niet alleen het Europese recht dat het nationale recht beïnvloedt; andersom geldt het evenzeer. Leerstukken van Europees recht zijn immers veelal ontleend aan de regels die in de wetgeving, rechtspraak en wetenschap van afzonderlijke lidstaten zijn aanvaard. Ook vindt er wederzijdse beïnvloeding tussen de lidstaten plaats, rechtstreeks en daarmee horizontaal of diagonaal via de band van een beginsel van Unierecht. Aldus groeit de gemeenschappelijkheid.

Dit preadvies laat daarenboven zien dat de uitbouw van een sterk geïntegreerde Europese Unie niet lineair verloopt, maar via circulaire processen. Allereerst blijkt de ontwikkeling van een Europese privaatrechtswetenschap zowel een voorwaarde als een gevolg van het proces van Europeanisering van het verbintenissenrecht. Immers, terwijl de voorbereiding van initiatieven tot harmonisatie van (delen van) het verbintenissenrecht een Europese rechtsleer vergt, europeaniseert de aanwas van recht van Europese komaf de rechtswetenschap.

Tegelijkertijd oorzaak en gevolg van Europeanisering is in de tweede plaats ook de rechtspraak. Rechtspraak doet geschreven recht leven, het vertaalt ‘law in the books’ naar ‘law in action’, zelfs buiten het oorspronkelijke toepassingsgebied. En als gevolg van de Europeanisering wordt de rechter vervolgens steeds vaker vragen van Europees recht voorgelegd.

Een dergelijk circulair proces is ten derde evenzeer te onderkennen bij de totstandkoming van Europese regelgeving. Nadat regelgeving het proces van Europeanisering in beweging heeft gezet en de molen draaiende houdt, zijn de recente initiatieven van de Europese regelgever gericht op ordening, structurering en herziening van eerder uitgevaardigde regelgeving, daarbij ook het bereik verbredend.

Daarbij komt in de vierde, vijfde en zesde plaats dan nog de kruisbestuiving over en weer van rechtswetenschap, rechtspraak en regelgeving. Rechtspraak en regelgeving zijn communicerende vaten, die de rechtswetenschap zowel bestudeert als voeden.

Deze veraanschouwelijking maakt duidelijk dat Europeanisering vanzelf blijft toenemen totdat er een nieuwe orde ontstaat. Notie van de chaostheorie leert dat men dit proces niet hoeft te vrezen en evenmin moet willen versnellen. Het zijn bij uitstek de complexe, dynamische, niet-lineaire, creatieve, ver van evenwicht zijnde systemen die vernieuwing brengen. Een samenspel van wetgever, rechter en rechtswetenschapper op Europese en nationale velden kan leiden tot beter recht.

5.3 Het verbintenissenrecht van morgen

Europeanisering gedijt niet goed onder een van bovenaf opgelegde dwingende orde. Mijns inziens past de invoering van een optioneel instrument van verbintenissenrecht goed in het beeld dat de positie van het Europese recht op het recht van de lidstaten moet worden veroverd. Het succes van dit instrument staat of valt immers met de populariteit hiervan. Als het kwalitatief beter recht is en het kwantitatief door rechtskeuze de meeste gelding krijgt, zal dit het nationale recht verder terugdringen. Dit laatste op een breder terrein dan het strikte toepassingsgebied van het optionele stelsel, omdat het Europese recht het nationale recht ook op aanverwant terrein tot aanpassing zal inspireren.

Europeanisering heeft zich tot op heden met name gemanifesteerd op het terrein van het consumentenrecht. De overige delen van het verbintenissenrecht zijn vooralsnog minder in beweging gezet door het proces van Europeanisering. Maar dit is naar mijn overtuiging slechts een kwestie van tijd.

Waar een optioneel stelsel geen dienst kan doen, zoals op het terrein van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, bepleit ik het uitzetten van inhoudelijke beleidslijnen. Zowel het optionele instrument als de beleidslijnen dienen breed en horizontaal te zijn. Een beperking tot grensoverschrijdend verkeer druist immers in tegen de filosofie van de Europese Unie die zich wil laten kennen als één interne markt zonder discriminatie tussen grensoverschrijdende transacties en soortgelijk binnenlands verkeer. De keuze voor een niet-sectorspecifieke, horizontale benadering is ingegeven door de diepgewortelde kritiek op de fragmentering die van Europeanisering het logisch gevolg is.

Ter afsluiting keer ik terug naar de vragen waarmee ik dit preadvies begon. Op de mij voorgelegde vraag of er sprake is van Europeanisering van het verbintenissenrecht luidt mijn antwoord zonder meer bevestigend. Gevraagd naar een kwalificatie antwoord ik dat Europeanisering van het verbintenissenrecht onvermijdelijk is. De vraag wat de toekomst zal brengen, beantwoord ik ten slotte als volgt: meer Europeanisering.

Bibliografie

Abas 2010

P. Abas, 'Europeanisering gedemonstreerd aan de Change of Circumstances in PECL-2000 en DCFR-2008', *WPNR* (6828) 2010, p. 78-82.

Acquis Group 2007

Acquis Group, *Principles of the Existing EC Contract Law – Contract I*, München: Sellier 2007.

Antenbrink & Vedder 2008

F. Antenbrink & H.H.B. Vedder, *Recht van de Europese Unie*, Den Haag: Bju 2008.

Ancery & Krans 2009

A.G.F. Ancery & H.B. Krans, 'Ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht', *RMThemis* 2009-5, p. 191.

Asser/Hartkamp 3-I* 2008

A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*; 3, *Vermogensrecht algemeen; Deel I, Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

Von Bar 1996

C. von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Band 1; Die Kernbereiche des Deliktsrechts, seine Angleichung in Europa und seine Einbettung in die Gesamtrechtsordnungen*, München: Beck 1996.

Von Bar 1999

C. von Bar, 'The Study Group on a European Civil Code', in: C. von Bar e.a., *The private law systems in the EU: discrimination on grounds of nationality and the need for a European Civil Code*, Directorate-General for Research of the European Parliament, Working Paper, Legal Affairs series JUR 103 EN 1999.

BIBLIOGRAFIE

Beale e.a. 2002

H. Beale e.a. (red.), *Contract Law*, Oxford: Hart Publishing 2002.

Beatson & Schrage 2003

J. Beatson & E.J.H. Schrage, *Unjustified Enrichment*, Oxford: Hart Publishing 2003.

Van den Berg 2002

P.A.J. van den Berg, 'De paradox van de codificatie: over de gevolgen van codificatie in Europa voor de rechtsvinding', *RMThemis* 2002-4, p. 195-203.

Van den Berg 2003

P.A.J. van den Berg, 'Linnaeus en de rechtswetenschap. Over de gevolgen van codificatie voor de eenheid van het recht', in: G.T. de Jong e.a., *Algemeen-Bijzonder. De wisselwerking tussen algemene en bijzondere regelingen in het privaatrecht*, Den Haag: BJu 2003, p. 7-25.

Van den Berg 2005

P.A.J. van den Berg, 'Lawyers as Political Entrepreneurs? A Historical Perspective on the Contribution of Lawyers to Legal Integration in Europe', *RdW* 2005, p. 161-188.

Van den Berg 2006a

P.A.J. van den Berg, 'Een grafrede op het Nederlandse privaatrecht? Over de toekomst van het Nederlandse privaatrecht in de Europese Unie', in: A.L.M. Keirse (red.), *Recht in regio*, Den Haag: Boom 2006, p. 6-22.

Van den Berg 2006b

P.A.J. van den Berg, *The Politics of European Codification*, Groningen: European Law Publishing 2007.

Van den Bergh 2002

G.C.J.J. van den Bergh, *Die Holländische elegante Schule; Ein Beitrag zur Geschichte von Humanismus und Rechtswissenschaft in den Niederlanden 1500-1800*, Frankfurt am Main: Klostermann 2002.

Van den Bergh 2007

G.C.J.J. van den Bergh, *Geleerd recht. Een geschiedenis van de Europese rechtswetenschap in vogelvlucht*, bewerkt door C.J.H. Jansen, Deventer: Kluwer 2007.

Berkhout 2002

D.F. Berkhout, 'Discriminatie, directe werking van rechtsbeginselen en doorwerking van richtlijnen', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2010-2, p. 70-87.

Bertrams & Kruisinga 2010

R.I.V.F. Bertrams & S.A. Kruisinga, *Overeenkomsten in het internationaal privaatrecht en het Weens Koopverdrag*, Deventer: Kluwer 2010.

Boele-Woelki 2010

K. Boele-Woelki, *Unifying and harmonizing substantive law and the role of conflict of laws*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2010.

Boele-Woelki & Grosheide 2007

K. Boele-Woelki & W. Grosheide, *The Future of European Contract law: Essays in honour of Ewoud Hondius to commemorate his retirement as Professor of Civil Law at the University of Utrecht*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International 2007.

Bollen & de Groot 1995

C. Bollen & G.R. de Groot, 'Verknoeit het Europese recht ons Burgerlijk Wetboek?', *NTBR* 1995-1, p. 1-10.

Bonell 1997

M.J. Bonell, *An international restatement of Contract Law: the Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, New York: Transnational Publishers Inc. 1997.

Van Boom 2003

W.H. Van Boom, 'Algemene en bijzondere regelingen in het vermogensrecht', *RMThemis* 2003, p. 297-306.

Van Boom 2008

W.H. van Boom, 'European Tort Law: An Integrated or Compartmentalized Approach?', In: A. Vaquer (ed.), *European Private Law Beyond the Common Frame of Reference – Essays in Honour of Reinhard Zimmermann*, Europa Law Publishing 2008 (European Studies in Private Law no 3), p. 133-149.

Van Boom 2009a

W.H. van Boom, 'De ontwerprichtlijn Consumentenrechten: gemaakte keuzes en gekozen onderbouwing', in: Hesselink & Loos 2009, p. 15-30.

Van Boom 2009b

W.H. van Boom, 'Harmonizing Tort Law: A Comparative Tort Law and Economics Analysis', in: Michael Faure (red.), *Tort Law and Economics*, Cheltenham: Edward Elgar 2009, p. 435-449.

BIBLIOGRAFIE

De Booy, de Volder & Raic 2009

T.Q. de Booy, E.J.A. de Volder & D. Raic, *Bestaat er behoefte aan een gemeenschappelijk referentiekader voor Europees contractenrecht? Een quick scan van het Nederlandse bedrijfsleven*, Hiil 2009.

Van den Bossche 2007

A.M.A.P. van den Bossche, 'De privaatrechtelijke handhaving van Europese mededingsregels', in: Hartkamp, Sieburgh & Keus 2007 II, p. 211-241.

Bovens & Yesilkagit 2005

M.A.P. Bovens & K. Yesilkagit, 'De invloed van Europese richtlijnen op de Nederlandse wetgever', *NJB* 2005-10, p. 520-529.

Bovens & Yesilkagit 2010

M.A.P. Bovens & K. Yesilkagit, 'The EU as Lawmaker: The Impact of EU Directives on National Regulation in the Netherlands', *Public Administration* 2010-1, p. 57-74.

Breton 1996

A. Breton, *Competitive Governments*, Cambridge: University Press 1996.

Brinkhof 2010

J. Brinkhof, *De Europese uitdaging voor rechtspraak, rechtswetenschap en onderwijs* (afscheidsrede uitgesproken op 27 januari 2010 te Utrecht).

Brownsword 2009

R. Brownsword, 'Regulating Transactions: Good Faith and Fair Dealing', in: Howells & Schulze 2009, p. 87-114.

Brügge, Ciacchi & O'Callaghan 2010

G. Brügge, A.C. Ciacchi & P. O'Callaghan (red.), *Personality Rights in European Tort Law*, Cambridge: University Press 2010.

Buckland 1921

W.W. Buckland, *A text-book of Roman law from Augustus to Justinian*, Cambridge: University Press 1921.

Buckland & McNair 1965

W.W. Buckland & A.D. McNair, *Roman law and common law; A comparison in outline*, revised by F.H. Lawson, Cambridge: University Press 1965.

Bussani & Palmer 2003

M. Bussani & V.V. Palmer, *Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge: University Press 2003.

Bussani & Mattei 2003

M. Bussani & U. Mattei (red.), *The Common Core of European Private Law*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International 2003.

Busch e.a. 2002

D. Busch e.a., *The Principles of European Contract Law and Dutch Law, A Commentary, Parts I and II*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International 2002.

Cafaggi 2006

F. Cafaggi (red.), *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, the Hague/London/New York: Kluwer Law International 2006.

Cartwright & Hesselink 2009

J. Cartwright & M. Hesselink, *Precontractual Liability in European Private Law*, Cambridge: University Press 2009.

Caufmann 2010

C. Cauffman, 'Op naar een succesvolle redding van het richtlijnvoorstel consumentenrechten?', *NTBR* 2010-8, p. 44-51.

Caufmann, Faure & Hartlief 2009

C. Cauffman, M.G. Faure & T. Hartlief, *Harmonisatie van het consumentencontractenrecht in Europa: consequenties voor Nederland*, Den Haag: BJu 2009.

Cherednychenko 2010

O.O. Cherednychenko, 'Het EU-richtlijnvoorstel Gelijke behandeling buiten arbeid: contractsvrijheid en gelijkheidsbeginsel in balans?', *Contracteren* 2010, p. 43-46.

Coing 1985

H. Coing, *Europäisches Privatrecht I, Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München: Beck 1985.

Coing e.a. 1974

H. Coing e.a., *Methoden der Rechtsvereinheitlichung*, Frankfurt: Alfred Metzner Verlag GmbH 1974.

BIBLIOGRAFIE

Corsten, Davids & Veldt-Foglia 2004

G.J.M. Corstens, W.J.M. Davids & M.I. Veldt-Foglia (red.), *Europeanisering van het Nederlands Recht. Opstellen aangeboden aan Mr. W.E. Haak*, Deventer: Kluwer 2004.

Craig & de Búrca 2003

P. Craig & G. de Búrca, *EU Law, text cases and materials*, Oxford: University Press 2003.

Curtin e.a. 2006

D.M. Curtin e.a., *European Integration: Four Contributions on the Interplay between European Integration and European and National Law to celebrate the 25th Anniversary of Maastricht University's Faculty of Law*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2006.

Van Dam 2009

C.C. van Dam, 'Who is Afraid of Diversity? Cultural diversity, European Cooperation, and European Tort Law', *KLJ* 2009, p. 281-308.

Van Dam 2010a

C.C. van Dam, 'Luchtvaartmaatschappijen zijn niet gek op passagiersrechten', *NJB* 2010-II, p. 672-676.

Van Dam 2010b

C.C. van Dam, 'Naschrift', *NJB* 2010-19, p. 962.

Dehullu 2009

C. Dehullu, *Inleiding tot het recht van de Europese Unie; Wegwijs in de verdragen*, Leuven/Den Haag: Accu 2009.

Dempsy & Johansson

P.S. Dempsy & S.O. Johansson, 'Montreal v. Brussels: The Conflict of Laws on the Issue of Delay in International Air Carriage', *Air and Space Law* 35 2010-3, p. 207-224.

Devroe 2007

W. Devroe, 'Impact van door het Europees Hof van Justitie ontwikkelde algemene beginselen op privaatrechtelijke verhoudingen', in: Hartkamp, Sieburgh & Keus 2007 I, p. 134-189.

Duina & Raunio 2007

F. Duina & T. Raunio, 'The open method of co-ordination and national parliaments: further marginalization or new opportunities', *Journal of European Public Policy* 2007, p. 489-506.

Van Erp 1998

J.H.M. van Erp, *Moderne dilemma's en keuzen: Naar een methode van adequate rechtsvergelijking*, Deventer: Kluwer 1998.

Van den Eeckhout 2005

V. van den Eeckhout, 'Tien jaar Europees internationaal privaatrecht: Een verrassende metamorfose van exotisch muurbloempje tot goed geïntegreerde deelnemer in diverse gezelschappen', *NTBR* 2005, p. 289-303.

Emaus & Giesen 2007

J. Emaus & I. Giesen, 'Limitering van aansprakelijkheid in het personenvervoer in het licht van artikel 1 Eerste Protocol EVRM', *VR* 2007, II.

Van Erp 2002

J.H.M. van Erp, 'Europees privaatrecht en rechtsvergelijking', *WPNR* (6473) 2002, p. 98-105.

Van Esch 2007

R.E. van Esch, 'Grensoverschrijdende betalingen', in: Hartkamp, Sieburgh & Keus 2007 II, p. 217-233.

Fesefur 2005

J.F. Fesefur, 'De waarde van een systeem en de noodzaak van handboeken', *NTBR* 2005-7, p. 287.

Frenk & Storme 1997

N. Frenk & M.E. Storme, *Beginselen van internationale handelsovereenkomsten*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1997.

Freudenthal & Van Ooik 2007

M. Freudenthal en R.H. van Ooik, 'Optimale handhaving van het Europese recht in het Nederlandse privaatrecht: invloed op regels van procesrecht en ambtshalve toepassing', in: Hartkamp, Sieburgh & Keus 2007 I, p. 45-77.

Furrer 2006

A. Furrer (red.), *Europäisches Privatrecht im wissenschaftlichen Diskurs*, Bern: Stämpfli Verlag AG 2006.

BIBLIOGRAFIE

Gandolfi 2001

G. Gandolfi (red.), *Code Européen des Contracts: Avant-project, Livre premier*, Milano: Giuffrè Editore 2001.

Van Gerven e.a. 1999

W. van Gerven e.a., *Tort Law; Scope of Protection*, Oxford: Hart Publishing 1999.

Van Gerven 2001

W. van Gerven, 'A Common Law for Europe: The Future Meeting the Past?', *ERPL* 2001-4, p. 485-503.

Van Gerven 2008

W. van Gerven, 'Over codificatie, convergentie en algemene beginselen in een meergelaagd privaatrecht', *SEW* 2008-II, p. 414-424.

Van Gerven, Lever & Larouche 2000

W. van Gerven, J. Lever & P. Larouche, *Tort Law; Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law*, Oxford/Portland: Hart Publishing 2000.

Giard 2005

Vergelijk R. Giard, 'De pretenties en de prestaties van het aansprakelijkheidsrecht', *NJB* 2005-27, p. 1401.

Goetz & Meyer-Sahling 2008

K.H. Goetz & J.H. Meyer-Sahling, 'The Europeanisation of national political systems: Parliaments and executives', *Living Rev. Euro. Gov.* 2008-2, p. 1-30.

Goode 2003

R. Goode, *Contract and Commercial Law: the Logic and Limits of Harmonisation*, Maastricht: Metro 2003.

Gordley 2001

J. Gordley, *The Enforceability of Promises in European Contract Law*, Cambridge: University Press 2001.

Graziadei, Mattei & Smith 2005 & 2009

M. Graziadei, U. Mattei & L. Smith, *Commercial Trusts in European Private Law*, Cambridge: University Press 2005 & 2009.

Graziano 2009

T.K. Graziano, 'Europäische Vertragsrecht: Übungen zur Rechtsvergleichung und Harmonisierung des Rechts', *European Review of Private Law* 2009-2, p. 273-276.

McGregor 1993

H. McGregor, *Contract code drawn up on behalf of the English Law Commission*, Milano: Giuffrè 1993.

Gutman 2010

K. Gutman, *The Constitutionality of European Contract Law* (diss. Leuven), 2010.

Hallstein 1964

W. Hallstein, 'Angleichung des privat- und prozessrechts in der Europäischen wirtschaftsgemeinschaft', *Rabelzeitschrift* 1964, p. 221-229.

Hammerstein & Vranken 2003

A. Hammerstein & J.B.M. Vranken, *Beëindiging en wijzigen van overeenkomsten; een horizontale vergelijking*, Monografieën Nieuw BW A-10, Deventer: Kluwer 2003.

Hardy & Heslen 2009

R.R.R. Hardy & G.G. Heslen, 'Het voorstel voor een richtlijn betreffende consumentenrechten', *WPNR* (6783) 2009, p. 69-71.

Harris & Tallon 1989

D. Harris & D. Tallon (red.), *Contract Law Today: Anglo-French Comparisons*, Oxford: Clarendon Press 1989.

Hartkamp 2003

A.S. Hartkamp, 'Eenmaking en harmonisering van het contractenrecht: doeleinden en methoden', in: Hesselink, Du Perron & Salomons 2003, p. 97-107.

Hartkamp 2007a

A.S. Hartkamp, 'Een Europees BW? Niets om bang voor te zijn! Of toch?', *NJB* 2007-39, p. 2482-2483.

Hartkamp 2007b

A.S. Hartkamp, *Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden naar Europees recht en naar Nederlands recht* (oratie 2007), Deventer: Kluwer 2007.

Hartkamp 2009

A.S. Hartkamp, *De werking van het EG-Verdrag in privaatrechtelijke verhoudingen; Opmerkingen over directe en indirecte horizontale werking van het primaire gemeenschapsrecht*, Amsterdam: KNAW Press 2009.

Hartkamp 2010

A.S. Hartkamp, 'De verplichting tot ambtshalve toepassing van Europees recht door de Nederlandse rechter', *RMThemis* 2010 (nog te verschijnen).

Hartkamp e.a. 1994

A.S. Hartkamp, M. Hesselink, E.H. Hondius, C.E. du Perron & J.B.M. Vranken, *Towards a European Civil Code*, Nijmegen 1994.

Hartkamp e.a. 1998

A.S. Hartkamp, M. Hesselink, E.H. Hondius & C.A. Joustra, *Towards a European Civil Code*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International 1998.

Hartkamp, Hesselink & Hondius 2004

A.S. Hartkamp, M. Hesselink & E.H. Hondius, *Towards a European Civil Code*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International 2004.

Hartkamp, Sieburgh & Keus 2007 I, II

A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlands privaatrecht, Deel I Algemeen Deel, Deel II Bijzonder Deel*, Deventer: Kluwer 2007.

Heiderhoff 2007

B. Heiderhoff, *Gemeinschaftsprivatrecht. 2. überarbeitete Auflage*, München: Sellier 2007.

Heirbaut 2005

D. Heirbaut, *Privaatrechtsgeschiedenis van de Romeinen tot heden*, Gent: Academia Press 2005.

Heirbaut 2002

D. Heirbaut, 'De europeanisering van het recht: verkoopsargument of misbruik van de rechtsgeschiedenis', in: B. Billiet, P. Cassiman & M. Vanspeybrouck (red.), *Het verleden in het heden*, Gent: Academia Press 2002, p. 133-141.

Hesselink 2001

M.W. Hesselink, *The new European legal culture*, Deventer: Kluwer 2001.

Hesselink 2002a

M.W. Hesselink, *The New European Private Law: Essays on the Future of Private Law in Europe*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International 2002.

Hesselink 2002b

M.W. Hesselink, 'The Politics of European Contract Law: Who has an interest in what Kind of Contract Law for Europe?', *Global Jurist Frontiers* 2002-1, p. 1-11.

Hesselink 2003

M.W. Hesselink, 'Naar een coherenter Europees contractenrecht? Het actieplan van de Europese commissie', *NJB* 2003, p. 2086-2094.

Hesselink 2006

M.W. Hesselink (red.), *The Politics of a European Civil Code*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International 2006.

Hesselink 2007

M.W. Hesselink, 'Een Europees Burgerlijk Wetboek door de voordeur', *NJB* 2007, p. 2484-2485.

Hesselink 2008a

M.W. Hesselink, *CFR & Social Justice*, München: Sellier 2008.

Hesselink 2008b

M.W. Hesselink, *CFR & Social Justice; A short study for the European Parliament on the values underlying the draft Common Frame of Reference for European private law: what roles for fairness and social justice?*, München: Sellier 2008.

Hesselink 2009a

M.W. Hesselink, 'Naar een scherper onderscheid tussen b2b en b2c? Over consumenten-, handels- en algemeen overeenkomstenrecht na invoering van de voorgestelde EG-richtlijn consumentenrechten', in: Hesselink & Loos 2009, p. 55-102.

Hesselink 2009b

M.W. Hesselink, 'A European Legal Method? On European Private Law and Scientific Method', *European Law Journal* 2009-15, p. 20-45.

Hesselink & De Vries 2001

M.W. Hesselink & G. de Vries, *Principles of European Contract Law*, Deventer: Kluwer 2001.

BIBLIOGRAFIE

Hesselink, du Perron & Salomons 2003

M.W. Hesselink, C.E. du Perron & A.F. Salomons, *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: BJu 2003.

Hesselink & Loos 2009

M.W. Hesselink & M.B.M. Loos (red.), *Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten: Een Nederlands Perspectief*, Den Haag: BJu 2009.

Hesselink, Rutgers & de Booy 2007

M.W. Hesselink, J.W. Rutgers & T.Q. de Booy, *The Legal Basis for an Optional Instrument on European Contract Law*, 2007.

Hijma 2009

J. Hijma, 'De koopregeling in het richtlijnvoorstel consumentenrechten', in: Hesselink & Loos 2009, p. 167-182.

Hinteregger 2008

M. Hinteregger, *Environmental Liability and Ecological Damage in European Law*, Cambridge: University Press 2008.

Hogg 2009

M. Hogg, 'Perspectives on Contract Theory from a Mixed Legal System', *Oxford Journal of Legal Studies* 2009, p. 643-673.

Hofhuis 2007

Y. Hofhuis, 'De Europese wetgever slaat om van minimumharmonisatie naar volledige harmonisatie: kunstgreep of noodzaak?', *TvC* 2007-1, p. 6-12.

Hondius 1993

E.H. Hondius, 'Naar een Europees Burgerlijk Wetboek', in: *Preadviezen, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht en de Nederlandse Vereniging voor Europees Recht*, Lelystad: Vermande 1993, p. 1-24.

Hondius 2001

E.H. Hondius, *Nieuwe methoden van privaatrechtelijke rechtsvinding en rechtsvorming in een Verenigd Europa*, Amsterdam: KNAW 2001.

Hondius 2007

E.H. Hondius, 'Het spook van een Europese codificatie', *NJB* 2007, p. 2009-2010.

Hondius 2008a

E.H. Hondius, 'Kroniek van het consumentenrecht: Europa in Nederland', *NJB* 2008, p. 2199-2208.

Hondius 2008b

E.H. Hondius, 'De bijzondere overeenkomsten: stoorzender Europa en de eenheid van het privaatrecht', in: *Bijzondere overeenkomsten. XXXIVe Postuniversitaire Cyclus Willy Delva*, Deventer: Kluwer 2008, p. 630-678.

Hondius 2009a

E.H. Hondius, 'Europese richtlijn consumentenrechten: geen stap terug!', in: Hesselink & Loos 2009, p. 203-228.

Hondius 2009b

E.H. Hondius, 'Fifteen Years of European Private law: At the occasion of the 15th birthday of the trento/torino common core of European private law project', *Opinio Juris in Comparatione* 2009-2, p. 1-20.

Hondius 2009c

E.H. Hondius, 'Rechtsvergelijking door de rechter', in: I. Boone, I. Claeys & L. Lavrysen, *Liber Amicorum Hubert Bocken*, Brugge: Die Keure 2009, p. 489-498.

Howells & Schulze 2009

G. Howells & R. Schulze (red.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, München: Sellier 2009.

Huguenin, Hermann & Meise 2008

C. Huguenin, M. Hermann & B. Meise, 'Europäisches Vertragsrecht und schweizerisches Obligationenrecht', *Jusletter* 2008, p. 1-10.

ICER 2008

Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER), *Common Frame of Reference European Contract Law: rechtsgrondslagen voor en eventuele consequenties van communautair optreden*, 2008.

Janco 2009

M. Janco, 'On the Long Way Towards a European Civil Code', *Pravny obzor* 2009-1, p. 14-28.

Jansen 1991

C.J.H. Jansen, 'De verhouding tussen wetenschap en praktijk in de juridische opleiding van de 18e en 19e eeuw', *NJB* 1991-13, p. 564-570.

Jansen 2004

N. Jansen, *Binnenmarkt, Privatrecht und europäische Identität*, Tübingen: Mohr Siebeck 2004.

BIBLIOGRAFIE

Jansen 2010

N. Jansen, 'The Concept of Non-Contractual Obligation: Rethinking the Divisions of Tort, Unjustified Enrichment, and Contract Law', *JETL* 2010, p. 16-47.

Jansen & Zimmermann 2010

N. Jansen & R. Zimmermann, 'A European Civil Code in All but Name: discussing the nature and purposes of the Draft Common Frame of Reference'. *The Cambridge Law Journal* 2010, p. 98-112.

Jaspers 2008

A.P.C.M. Jaspers, 'Het hof van justitie EG en het arbeidsrecht: Europeanisering van het nationale arbeidsrecht?', in: *SMA* 2008, p. 7-19.

Jettinghoff & Schepel 2004

A. Jettinghoff & H. Schepel (red.), *In lawyers' circles. Lawyers and European legal Integration*, Den Haag: Reed Business Information 2004.

Von Jhering 1852

R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Erster Teil*, Leipzig: Breitkopf und Härtel 1852.

Joerges 2003

C. Joerges, *On the Legitimacy of Europeanising Private Law*, Maastricht: Metro 2003.

Joerges 2004

C. Joerges, 'The challenges of europeanization in the realm of private law: a plea for a new legal discipline', *Duke journal of comparative & international law* 2004, p. 149-196.

Kapteyn e.a. 2008

P.J.G. Kapteyn e.a., *The law of the European Union and the European Communities*, Deventer: Kluwer 2008.

Keirse 2000

A.L.M. Keirse, 'Rokers hebben er tabak van! Over schadeclaims tegen de tabaksindustrie in de Verenigde Staten, Frankrijk en Nederland', *AA* 2000-4, p. 252-259 en *AA* 2000-6, p. 424-434.

Keirse 2005

A.L.M. Keirse 'Het 'alles of niets'-denken naar de geschiedenis verbannen; Over de sanctie van niet-naleving van de schadebeperkingsplicht en de verdelende rechtvaardigheid', *AV&S* 2005-1, p. 3-16.

Keirse e.a. 2006

A.L.M. Keirse, R. Meijer, C.M.D.S. Pavillon, C.A. de Visser (red.), *Recht in regio*, Den Haag: Boom 2006.

Keirse 2007a

A.L.M. Keirse, 'Richtlijn 1985/374/EG inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken', in: Hartkamp, Sieburgh & Keus 2007 II, p. 21-49.

Keirse e.a. 2007b

A.L.M. Keirse, R.D. Lubach, E.M. van Orsouw, B.T.M. van der Wiel, *Nieuwe risico's, nieuwe claimgebieden*, Den Haag: Sdu 2007.

Keirse 2007c

A.L.M. Keirse, 'Wanneer zal de lucht zijn geklaard? Hoe de rechter aanspraken op een rookvrije werkvloer toetst', *L&S* 2007-3, p. 5-9.

Keirse 2010

A.L.M. Keirse, 'Golfbewegingen in het verbintenissenrecht', in: J.H.A. Lokin, J.M. Milo & C.H. van Rhee (red.), *Tweehonderd jaren codificatie van het privaatrecht in Nederland*, Groningen: Chimaira 2010, p. 121-128.

Keus 1993

L.A.D. Keus, 'Europees privaatrecht: Een bonte lappendeken', in: *Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht en de Nederlandse Vereniging voor Europees Recht*, Lelystad: Vermande 1993, p. 33-75.

Keus 2010

L.A.D. Keus, *Europees privaatrecht. Monografieën BW A-30*, Deventer: Kluwer 2010.

Klauwer 1998

I. Klauwer, *Die Europäisierung des Privatrechts*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1998.

Kieninger 2004 & 2009

E.-M. Kieninger, *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, Cambridge: University Press 2004 & 2009.

Koch & Koziol 2002

B.A. Koch & H. Koziol (red.), *Unification of Tort Law: Strict Liability*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International 2002.

König & Mäder 2008

T. König & L. Mäder, 'Das Regieren jenseits des Nationalstaates und der Mythos einer 80-Prozent-Europäisierung in Deutschland', *Politische Vierteljahresschrift* 2008-3, p. 438-463.

Koschaker 1995

P. Koschaker, *Europa en het Romeinse recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Kötz 1996

H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Tübingen: Mohr Siebeck 1996.

Koziol 1998

H. Koziol (red.), *Unification of Tort Law: Wrongfulness*, The Hague/London/Boston: Kluwer Law International 1998.

Koziol & Schulze 2008

H. Koziol & R. Schulze (red.), *Tort Law of the European community*, Wien/New York: Springer 2008.

Lando 1995

O. Lando, *Principles of European Contract Law; Part I*, Dordrecht/Boston: Martinus Nijhoff Publishers 1995.

Lando & Beale 2000

O. Lando & H. Beale, *Principles of European Contract Law; Parts I and II*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International 2000.

Lando e.a. 2003

O. Lando e.a., *Principles of European Contract Law; Part III*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International 2003.

Lando 2009

O. Lando, 'Have the PECL Been a Success or a Failure?', *ERPL* 2009-3, p. 367-375.

De Langen 1990

M. de Langen, *De betekenis van art. 8 EVRM voor het familierecht. Preadvies Handelingen NJV*, Zwolle: Tjeenk Willink 1990.

Lokin 1993

J.H.A. Lokin, *Prota; Vermogensrechtelijke leerstukken aan de hand van Romeinsrechtelijke teksten*, Groningen: Chimaira 1993.

Loos 2002

M.B.M. Loos, 'Naar een gemeenschapsautonome interpretatie van het begrip "schade": schadevergoeding voor immateriële schade bij pakketreizen', *Intertax* 2002-6, p. 157-161.

Loos 2006

M.B.M. Loos, *Spontane harmonisatie in het contracten- en consumentenrecht* (oratie UVA), Amsterdam: Vossiuspers UVA 2006.

Loos 2008a

M.B.M. Loos, *Review of the European Consumer Acquis*, München: Sellier 2008.

Loos 2008b

M.B.M. Loos, 'Herziening van het Europese consumentenrecht, deel 1', *NTER* 2008, p. 29-39.

Loos 2008c

M.B.M. Loos, 'Herziening van het Europese consumentenrecht, een teleurstellend richtlijnvoorstel', *TvC* 2008-5, p. 173-178.

Loos 2009a

M.B.M. Loos, 'Algemene voorwaarden onder de voorgestelde richtlijn consumentenrechten', in: Hesselink & Loos 2009, p. 183-202.

Loos 2009b

M.B.M. Loos, *De koopregeling in het voorstel voor een richtlijn consumentenrechten*, Deventer: Kluwer 2009.

Loos & Van Boom 2010

M.B.M. Loos & W.H. van Boom, *Handhaving van het consumentenrecht, Pre-adviezen 2009 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2010.

De Ly 1993

F. de Ly, *Europese gemeenschap en privaatrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1993.

Luzak 2009

J.A. Luzak, 'Information duties in the new proposal for the Directive on consumer rights', in: Hesselink & Loos 2009, p. 113-128.

Magnus 2001

U. Magnus (red.), *Unification of Tort Law: Damages*, The Hague/London/New York: Kluwer 2001.

BIBLIOGRAFIE

Magnus & Martín-Casals 2001

U. Magnus & M. Martín-Casals, *Unification of Tort Law: Contributory Negligence*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International 2001.

Mak 2009

V. Mak, 'The degree of Harmonisation in the Proposed Consumer rights Directive: A review in Light of Liability for Products', in: Howells & Schulze 2009, p. 305-322.

Martín-Casals 2010

M. Martín-Casals 2010, 'The Impact of the Principles of European Tort Law (PETL) in Spanish Case Law', *JETL* 2010-1, p. 306-327.

Mattei 2003

U. Mattei, *The European Codification Process: Cut and Paste*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International 2003.

Meeusen, Straetmans & van den Bossche 2009

J. Meeusen, G. Straetmans & A. van den Bossche, *Het EG-consumentenacquis: nu en straks*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2009.

Meij 2009

A.W.H. Meij, 'Kringen van coherentie: over eenheid van rechtspraak in de context van globalisering' (oratie Utrecht), 2009.

Mendes de Leon 2010

P.M.J. Mendes de Leon, 'De vulkaan in IJsland en de Sturgeon-zaak uit Luxemburg leiden tot uitbarstingen', *NJB* 2010, p. 1218-1226.

Michaels & Jansen 2007

R. Michaels & N. Jansen, *Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization*, Nellco Legal Scholarship Repository 2007.

Micklitz 2009

H.W. Micklitz, 'The targeted Full Harmonisation Approach: Looking Behind the Curtain', in: Howells & Schulze 2009, p. 47-86.

Micklitz & Cafaggi 2010

H.W. Micklitz & F. Cafaggi (red.), *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2010.

Micklitz, Stuyck & Terry 2010

H.W. Micklitz, J. Stuyck & E. Terry (red.), *Case, Materials and Text on Consumer Law*, Oxford: Hart Publishing 2010.

Mok 2010

M.R. Mok, 'Het Arrest Sturgeon', *NJB* 2010-19, p. 1234.

Möllers & Heineman

T. Möllers & A. Heineman, *The Enforcement of Competition Law in Europe*, Cambridge: University Press 2005.

Monti 2010

M. Monti, *Een nieuwe strategie voor de eengemaakte markt*, 2010.

Müller e.a. 2010

W.C. Müller e.a. 'Legal Europeanization: Comparative Perspectives', *Public Administration* Vol. 88, 2010-1, p. 75-87.

Nève 1995

P.L. Nève, 'Ius commune oftewel 'gemeen recht': traduttore traditore?', in: O.E. Tellegen-Couperus, P.L. Nève & J.W. Tellegen, *Tertium Datur; Drie opstellen aangeboden aan Prof. mr. J.A. Ankum*, Tilburg: University Press 1995, p. 3-58.

Nieuwenhuis 1988

J.H. Nieuwenhuis, 'De verwoestende kracht van de rechtswetenschap', *Juridische Verkenningen* 1988-6, p. 23-25.

Nieuwenhuis 2003

J.H. Nieuwenhuis, *Onrechtmatige daden; Délits, Unerlaubte Handlungen, Torts; Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht in Europees perspectief*, Deventer: Kluwer 2003.

Nieuwenhuis 2007

J.H. Nieuwenhuis, 'Lost in Translation', *NJB* 2007, p. 1901-1903.

Niglia 2001

L. Niglia, 'The Non-Europeanisation of Private Law', *ERPL* 2001, p. 575-600.

Nordhausen Scholes 2009

A. Nordhausen Scholes, 'Information Requirements', in: Howells & Schulze 2009, p. 213-236.

BIBLIOGRAFIE

Oliphant 2008

K. Oliphant, 'Comparative Remarks', in: H. Koziol and B.C. Steininger (red.), *European Tort law 2006*, New York: Springer 2008, p. 499-513.

Page 1998

E.C. Page, 'The impact of European legislation on British public policy making; a research note', *Public Administration* Vol. 76, 1998, p. 803-908.

Pisuisse & Teubner 2009

C.S. Pisuisse & A.M.M. Teubner, *Elementair Europees Gemeenschapsrecht*, Groningen/Houten: Noordhoff Uitgevers 2009.

Pozzo 2007

B. Pozzo, *Property and Environment: Old and New Remedies to Protect Natural Resources in the European Context*, North Carolina: Carolina Academic Press 2007.

Prechal 2005

S. Prechal, *Directives in EC law*, Oxford: University Press 2005.

Raunio 2009

T. Raunio, 'National Parliaments and European Integration: What We Know and Agenda for Future Research', *The Journal of Legislative Studies* 2009-4, p. 317-334.

Raunio & Wiberg 2010

T. Raunio & M. Wiberg, 'How to Measure the Europeanisation of a National Legislature?', *Scandinavian Political Studies* 2010-1, p. 74-92.

Reich 2008

N. Reich, 'Christian Twigg-Flesner: The Europeanisation of Contract Law; Current Controversies in Law', *Journal of Consumer Policy* Vol. 31, 2008, p. 501-503.

Van Rhee 2004

C.H. van Rhee, 'Geen rechtsgeleerdheid, maar rechtswetenschap!', *RMThemis* 2004, p. 196-201.

Riedl 2004

K. Riedl, *Vereinheitlichung des Privatrechts in Europa; Wissenschaftliche Initiatieven im Prozess der Privatrechtseuropäisierung*, Baden-Baden: Nomos 2004.

Riefa 2009

C. Riefa, 'A Dangerous Erosion of Consumer Rights: The Absence of a Right to Withdraw from Online Auctions', in: Howells & Schulze 2009, p. 177-188.

Riesenhuber 2005

K. Riesenhuber, 'System and Principles of EC Contract Law', *ERCL* 2005-3, p. 297-322.

Rinkes 2009

J.G.J. Rinkes, 'Ontwikkelingen in het consumentenrecht', *Contracteren* 2009-3, p. 56-60.

Rogers 2004

W.V.H. Rogers (red.), *Unification of Tort Law: Multiple Tortfeasors*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International 2004.

Roth 2001

W.H. Roth, 'Europäischer Verbraucherschutz und das BGB', *JZ* 2001, p. 475-490.

Rott & Terry 2009

P. Rott & E. Terry, 'The proposal for a Directive on Consumer Rights: No Single Set of Rules', *ZEUP* 2009, p. 456-488.

Salmon & Nicoll 1997

T.C. Salmon & W. Nicoll (red.), *Building European Union: a documentary history and analysis*, New York: Manchester University Press 1997.

Salmon & Stevenson 1999

T.C. Salmon & L. Stevenson, 'Scottish Meps' Perceptions of their Role and Function and The Potential Impact of Electoral Reform', *Scottish Affairs* 1999, p. 1-27.

Schelhaas 2005

H.N. Schelhaas, 'Beginselen voor internationale handelscontracten; een overzicht van de Unidroit Principles 2004', *WPNR* (6627) 2005, p. 532-542.

Schelhaas 2009

H.N. Schelhaas, 'Volledige harmonisatie: goed voor de Europese consument?', *NTBR* 2009-2, p. 35.

BIBLIOGRAFIE

Schiek, Waddington & Bell 2007

D. Schiek, L. Waddington & M. Bell (red.), *Non-Discrimination Law*, Oxford: Hart Publishing 2007.

Schlesinger 1968.

R.B. Schlesinger, *Formation of contracts. A Study of the Common Core of Legal Systems*, New York: Oceana 1968.

Schreiner 2004

A.T.M. Schreiner, 'The Common Core of Trento; A Socio-Legal Analysis of a Research Project on European Private Law, in: A. Jettinghoff & H. Schepel, *In Lawyers's Circles*, 's-Gravenhage: Reed Business Information 2004, p. 125-140.

Schreiner 2009

A.T.M. Schreiner, *Jurovisie: Twee traktaten over de europeanisering van het recht*, Amsterdam: Duizend & Een 2009.

Schulte-Nölke 2009

H. Schulte-Nölke, 'Scope and Role of the Horizontal Directive and its Relationship to the CFR', in: Howells & Schulze 2009, p. 29-46.

Schulte-Nölke, Twigg-Flesner & Ebers 2008

H. Schulte-Nölke, Ch. Twigg-Flesner & M. Ebers (red.), *EC Consumer Law Compendium: The Consumer Acquis and its Transposition in the Member States*, München: Sellier 2008.

Sefton-Green 2005 & 2009

R. Sefton-Green, *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Cambridge: University Press 2005 & 2009.

Sieburgh 2007

C.H. Sieburgh, 'Het Europese gemeenschapsrecht en het Nederlandse buiten-contractuele aansprakelijkheidsrecht', in: Hartkamp, Sieburgh & Keus 2007 I, p. 465-539.

Smits 1994

J.M. Smits, 'De noodzaak en de mogelijkheid van rechtsvergelijking in het civiele recht', in: *WPNR* (6154) 1994, p. 728-730.

Smits 1999

J.M. Smits, *Europees Privaatrecht in wording; Naar een Ius Commune Europaeum als gemengd rechtsstelsel*, Antwerpen/Groningen: Intersentia 1999.

Smits 2000

J.M. Smits, 'Waarom Europees privaatrecht?', in: *Kwartaalblad JFV Ouranos* 2000, p. 5-6.

Smits 2001a

J.M. Smits, 'De Principles of European Contract Law en Common Law en Civil Law', *WPNR* (6436) 2001, p. 235-243.

Smits 2001b

J. Smits (red.), *The Contribution of Mixed Legal Systems to European Private Law*, Antwerpen/Groningen: Intersentia 2001.

Smits 2003a

J.M. Smits, 'Het actieplan voor een coherenter Europees contractenrecht: een bespreking', *WPNR* (6532) 2003, p. 385-389.

Smits 2003b

J.M. Smits 'De Missing Link in het debat over unificatie van het privaatrecht: een evolutionair perspectief', *NTBR* 2003-20, p. 241-246.

Smits 2004

J.M. Smits, 'Europa en het Nederlands privaatrecht', *NTBR* 2004-21, p. 490-500.

Smits 2006

J.M. Smits, 'Europese integratie in het vermogensrecht: een pleidooi voor keuzevrijheid', in: *Europese integratie, Preadviezen NJV 2006*, Deventer: Kluwer, p. 57-104.

Smits 2007

J.M. Smits, 'Europees burgerlijk wetboek mag enkel een optionele code zijn', *NJB* 2007, p. 2010.

Smits 2008a

J.M. Smits, 'The Draft-Common Frame of Reference for a European Private Law: Fit for Purpose?', *MJ* 2008-2, p. 145-148.

Smits 2008b

J.M. Smits, 'Een Europees recht inzake ongerechtvaardigde verrijking? Over de dogmatiek van het Ontwerp-Gemeenschappelijk Referentiekader', *Groninger opmerkingen en mededelingen* 2008, p. 93-104.

BIBLIOGRAFIE

Smits 2008c

J. Smits, 'Het ontwerp-Gemeenschappelijk Referentiekader (GRK) voor een Europees Privaatrecht', *WPNR* (6741) 2008, p. 109-111.

Smits 2009a

J.M. Smits, *Omstreden rechtswetenschap: Over aard, methode en organisatie van de juridische discipline*, Den Haag: BJu 2009.

Smits 2009b

J.M. Smits, 'Consumentenrecht: een zaal voor de Europese Unie? Een kritische beschouwing over het ontwerp voor een Europese richtlijn consumentenrechten', *AA* 2009, p. 367-373.

Smits 2009c

J.M. Smits, 'Consumentenrecht: steeds meer een Europese zaak?', in: Hesselink & Loos 2009, p. 103-128.

Smits 2009d

J.M. Smits, 'Europees recht als alternatief: de charme van het 28^{ste} rechtsstelsel', *TPR* 2009-4, p. 1731-1735.

Smits 2009e

J.M. Smits, 'Contractenrecht als meergelaagde rechtsorde: uitdagingen voor de komende tien jaar', *Contracteren* 2009-4, p. 110-115.

Smits 2009f

J.M. Smits, 'Redefining normative legal science: towards an argumentative discipline', in: F. Coomans, M. Kamminga & F. Grünfeld (red.), *Methods of Human Rights Research*, Antwerp/Oxford: Intersentia 2009, p. 45-58.

Smits 2009g

J.M. Smits, 'Democracy and (European) Private Law: A Functional Approach', *European Journal of Legal Studies* 2009, p. 26-40.

Smits 2010

J.M. Smits, *Rechtstoerisme: Burgerlijk Wetboek en Grondwet voorbij de Staat*, Tilburg: University 2010.

Smits & Hardy 2002

J.M. Smits & R.R.R. Hardy, 'De toekomst van het Europees contractenrecht', in: *WPNR* (6513) 2002, p. 827-833.

Smits & Hardy 2003

J.M. Smits & R.R.R. Hardy, 'Het actieplan voor een coherenter Europees contractenrecht: een bespreking', *WPNR* (6532) 2003, p. 385-389.

Smits, Hardy & Kornet 2004

J.M. Smits, R.R.R. Hardy & N. Kornet, 'Naar een Gemeenschappelijk Referentiekader voor het Europees Contractenrecht', *WPNR* (6603) 2004, p. 1001-1006.

Snijders 2003

W. Snijders, *Building a European Contract Law; five Fallacies and two Castles in Spain*, Maastricht: Metro 2003.

Snijders 2007

W. Snijders, 'Een blik op het BW', *NJB* 2007, p. 10-16.

Snyder 2000

F. Snyder, *The Europeanisation of Law: The Legal Effects of European Integration*, Oxford/Portland: Hart Publishing 2000.

Spier 1996

J. Spier (red.), *The Limits of Liability; Keeping the Floodgates Shut*, Den Haag: Kluwer Law International 1996.

Spier 1998

J. Spier (red.), *The Limits of Expanding Liability; Eight Fundamental Cases in a Comparative Perspective*, Den Haag: Kluwer Law International 1998.

Spier 2000

J. Spier (red.), *Unification of Tort Law: Causation*, Den Haag: Kluwer Law International 2000.

Spier 2003

J. Spier (red.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage caused by Others*, Den Haag: Kluwer Law International 2003.

Spier 2005

J. Spier, 'General introduction', in: European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law, Text and Commentary*, Wenen/New York: Springer 2005.

Spier & Haazen 1999

J. Spier & O.A. Haazen, 'The European Group on Tort Law ("Tilburg Group") and the European Principles of Tort Law', *ZEUP* 1999, p. 468-493.

BIBLIOGRAFIE

Spruit, Feenstra & Wubbe 2001

J.E. Spruit, R. Feenstra & F.B.J. Wubbe (red.), *Corpus Iuris Civilis; Tekst en Vertaling; Deel VI, Digesten 43-50*, Zutphen/'s-Gravenhage: Walburg Pers/Sdu 2001.

Straetmans 2009

G. Straetmans, 'Het Europese consumentenacquis: genese en toekomstblik', in: Meeusen, Straetmans & Van den Bossche 2009, p. 1-37.

Taupitz 1993

J. Taupitz, *Europäische Privatrechtsvereinheitlichung heute und morgen*, Tübingen: Mohr 1993.

Tellegen-Couperus, Nève & Tellegen 1995

O.E. Tellegen-Couperus, P.L. Nève & J.W. Tellegen, *Tertium Datur: Drie opstellen aangeboden aan Prof. mr. J.A. Ankum*, Tilburg: University Press 1995.

Terryn 2009

E. Terryn, 'Bedenktijden in het voorstel voor een Richtlijn consumentenrechten', in: Hesselink & Loos 2009, p. 129-166.

Terryn 2010

E. Terryn, *The Common Frame of Reference: an optional instrument?, a Note requested by the European Parliament's Committee on Legal Affairs*, te raadplegen via www.europarl.europa.eu.

Twigg-Flesner 2008

C. Twigg-Flesner, *The Europeanisation of Contract Law; Current controversies in law*, London/New York: Routledge Cavendish 2008.

Twigg-Flesner 2009

C. Twigg-Flesner, 'Fit for Purpose? The Proposals on Sales', in: Howells & Schulze 2009, p. 147-176.

Twigg-Flesner 2010

C. Twigg-Flesner, 'Time to do the job properly – The case for a new approach to EU consumer legislation', *Journal of Consumer Policy* 2010.

Töller 2008

A.E. Töller, 'Mythen und Methoden, Zur Messung der Europäisierung der Gesetzgebung des Deutschen Bundestages jenseits des 80%-Mythos', *Zeitschrift für Parlamentsfragen* 2008-39, p. 3-17.

Ulmer 1992

P. Ulmer, 'Vom deutschen zum europäischen Privatrecht', *JZ* 1992, p. 1-8.

Valk 2007

W.L. Valk, 'Europa en de erfenis van Meijers', *NTBR* 2007-2, p. 45.

Van der Velden 1988

F.J.A. van der Velden, *Het Weense Koopverdrag 1980 en zijn rechtsmiddelen; Enige opmerkingen over interpretatie en toepassing van de Convention on the International Sale of Goods 1980 en over zijn systeem van rechtsmiddelen, in het licht van het eenvormige kooprecht van ULIS, UCC en GCDG* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1988.

Van der Velden 1990

F.J.A. van der Velden, 'Europa 1992 en het eenvormig privaatrecht', in: D. Kokkini-Iatridou & F.W. Grosheide (red.), *Eenvormig en vergelijkend privaatrecht*, Lelystad: Vermande 1990, p. 3-28.

Verhoeven 2009

A. Verhoeven, 'Consument en interne markt – beschouwingen bij het voorstel van richtlijn betreffende consumentenrechten', *SEW* 2009, p. 367-373.

Vlas 2009

P. Vlas, 'Alle contracten leiden naar Rome I', *WPNR* (6824) 2009, p. 1008-1014.

Vogenauer & Kleinheisterkamp 2009

S. Vogenauer & J. Kleinheisterkamp (red.), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford: University Press.

Voermans 2004

W.J.M. Voermans, 'De Nederlandse wetgever in de communautaire toekomst', in: P. Koorn & L.H.M. Loeber (red.), *De betekenis van de Europese Conventie voor de wetgevingspraktijk, Preadviezen voor de Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid*, SDU 2004, p. 53-106.

Vranken 2000

J.B.M. Vranken, 'Europees privaatrecht. "Bridging the gap" tussen wetenschap en praktijk', *TvPr* 2000-1, p. 1-10.

Weale & Kieft 2010

H. de Weale & I. Kieft, 'De Doorwerking van Richtlijnen en Algemene Beginselen van EU-recht; De stand van zaken na het arrest Küçükdeveci', *NtEr* 2010-5, p. 170-178.

BIBLIOGRAFIE

Werro & Palmer 2004

F. Werro & V.V. Palmer, *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law*, North Carolina: Carolina Academic Press 2004.

Wessels, Maurer & Mittag 2003

W. Wessels, A. Maurer & J. Mittag, *Fifteen into One? The European Union and its Member States*, Manchester: University Press 2003.

Wessels & Bosch 2005

L.H.M. Wessels en A. Bosch (red.), *Veranderende grenzen. Nationalisme in Europa*, 1815-1919, Nijmegen 2005.

Widmer 2005

P. Widmer (red.), *Unification of Tort Law: Fault*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International 2000.

Wilhelmsson 2008

Th. Wilhelmsson, 'Full Harmonisation of Consumer Contract Law', *ZEUP* 2008, p. 225-229.

Williams 2009

A.T. Williams, 'Taking Values Seriously: Towards a Philosophy of EU Law', *Oxford Journal of Legal Studies* 2009, p. 549-577.

Wissink 2001

M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht*, (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2001.

Wissink 2009

M.H. Wissink, 'Over volledige harmonisatie en herinrichting van het BW: knelpunten bij de omzetting van de (voorgestelde) Richtlijn consumentenrechten', in: Hesselink & Loos 2009, p. 31-54.

Whittaker 2006

S. Whittaker, 'On the development of European standard contract terms', *European Review of Contract Law* 2006-2, p. 51-76.

De Witte & Forder 1992

B. de Witte & C. Forder, *The common law of Europe and the future of Legal education*, Deventer: Kluwer 1992.

Zimmermann 1990

R. Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford: University Press 1990.

Zimmermann 1992

R. Zimmermann, 'Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit', in: *JuristenZeitung* 1992, p. 8-10.

Zimmermann 1994

R. Zimmermann, 'Rechtsvergelijking, rechtsgeschiedenis en ius commune; Enkele opmerkingen naar aanleiding van een recente polemiek', *AA* 1995-5, p. 12-19.

Zimmermann 1995

R. Zimmermann, *The Law of Obligations; Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford: University Press 1995.

Zimmermann 2005

R. Zimmermann, *Die Europäisierung des Privatrechts und die Rechtsvergleichung*, Berlin: De Gruyter 2005.

Zimmermann 2006

R. Zimmermann, 'Contract Law Reform: The German experience', in: S. Vogenauer & S. Weatherill (red.), *The Harmonisation of European Contract Law, Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice*, Oxford: Hart Publishing 2006, p. 71-87.

Zimmermann & Whittaker 2000

R. Zimmermann & S. Whittaker, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge: University Press 2000.

Zoll 2009

F. Zoll, 'The Remedies for Non-Performance in the Proposed Consumer Rights Directive and the Europeanisation of Private law', in: Howells & Schulze 2009, p. 279-286.

Zwalve 2009

W.J. Zwalve, 'Een 'Common Frame of Reference' als Europees Burgerlijk Wetboek?', in: *WPNR* (6789) 2009, p. 191.

DEEL 2 EUROPEANISERING VAN ZEKERHEID OP
ROERENDE ZAKEN – TUSSEN
ZEKERHEID EN BESCHEIDENHEID

Prof. mr. P.M. Veder

I Inleiding

Het behoeft geen betoog dat de verschillen in goederenrechtelijke systemen, in het bijzonder op het terrein van de zekerheidsrechten, groot zijn tussen de – inmiddels 27 – lidstaten van de Europese Unie.¹ In de wetenschappelijke literatuur wordt al geruime tijd aandacht besteed aan wat de lidstaten scheidt en bindt op dat terrein. Dat zijn vanuit academisch opzicht zeer interessante en nuttige exercities die niet alleen kunnen bijdragen aan een geleidelijke integratie van de rechtsstelsels binnen de Europese Unie maar bovendien ook de praktijk een dienst kunnen bewijzen daar waar het gaat om het inzichtelijk maken van de bestaande overeenkomsten en verschillen. Tot optreden van de Europese wetgever op terreinen waar is gesignaleerd dat zich problemen voordoen en de bestaande verschillen een belemmering vormen voor de interne markt, heeft deze wetenschappelijke arbeid voorsnog echter slechts in beperkte mate geleid. Het goederenrecht mag zich niet verheugen in een al te warme belangstelling van de Europese wetgever.²

Ook de verschijning van de Draft Common Frame of Reference ('DCFR'),³ waarin uitgebreide en op onderdelen van het huidige Nederlandse recht afwijkende bepalingen op het terrein van het goederenrecht zijn opgenomen,⁴ zal niet binnen afzienbare tijd leiden tot wijziging van dat beeld. De aandacht van de Europese Commissie richt zich voornamelijk op het contractenrecht. In aansluiting op het Stockholm programma voor 2010-2014⁵ heeft de Europese Commissie bij besluit van 26 april 2010 een deskundigengroep opgericht die de Commissie bijstaat bij de voorbereiding van een op de DCFR gebaseerd Common Frame of Reference.⁶ De taak van deze deskundigengroep is beperkt

¹ Zie bijvoorbeeld Kieninger 2004a; Sigman & Kieninger 2007a en Sigman & Kieninger 2009.

² Voor een overzicht van Europese maatregelen op het terrein van het goederen- en zekerhedenrecht, zie bijvoorbeeld Asser/Hartkamp 3-1* 2008, nr. 151 e.v. en 246 e.v.; Sagaert 2007, p. 301 e.v., Van Erp 2009, p. 231 e.v.

³ De DCFR, inclusief toelichting, is onder redactie van von Bar & Clive in 6 delen gepubliceerd bij Sellier en bij Oxford University Press.

⁴ De DCFR bevat bepalingen over cessie van vorderingen (boek III hoofdstuk 5 'Change of parties'), verkrijging en verlies van eigendom van roerende zaken (boek VIII 'Acquisition and loss of ownership of goods'), goederenrechtelijke zekerheidsrechten (boek IX 'Proprietary security in movable assets') en trusts (boek X 'Trusts').

⁵ Het programma van Stockholm — Een open en veilig Europa ten dienste en ter bescherming van de burger, *Pb EU* 2010, C 115 van 4 mei 2010, p. 16.

⁶ Besluit van de Commissie van 26 april 2010 tot oprichting van de deskundigengroep voor het gemeenschappelijke referentiekader op het gebied van het Europees contractenrecht, *PbEU* 2010, L 105 van 27 april 2010, p. 109.

tot het gebied van het ‘Europees contractenrecht, waaronder het consumenten- en ondernemerscontractenrecht’. Ook het in juli van dit jaar door de Europese Commissie gepresenteerde Groenboek⁷ beperkt zich tot de mogelijkheden voor de ontwikkeling van een Europees contractenrecht⁸ en rept niet over goederenrechtelijke kwesties.

Er is weinig tot geen empirisch onderzoek voorhanden waaruit blijkt dat de bestaande verschillen in goederenrechtelijke stelsels in het algemeen door marktpartijen worden gezien als een ernstige belemmering voor grensoverschrijdende transacties. Dat is echter anders op het terrein van de zekerheidsrechten, in het bijzonder waar het betreft zekerheidsrechten op roerende zaken die zich in de macht van de zekerheidsgever bevinden, ook wel aangeduid als ‘non-possessory security rights’. Uit een onderzoek dat is uitgevoerd door de Duitse hoogleraren Drobnig en Von Bar komt naar voren dat marktpartijen in het grensoverschrijdende handels- en financieringsverkeer hinder ondervinden van de verschillende benaderingen ten aanzien van zekerheidsrechten in de lidstaten van de Europese Unie:

‘All the answers, irrespective of trade or country, complained about the difficulties in relation to credit securities in the cross-border circulation of business transactions. (...) To compound matters there is a lack of uniform legislation in this area and even of mutual recognition of national and international securities. (...) It is stressed, however, that the awarding of credit is almost exclusively nationally concentrated and that cross-border financing is only very reservedly pursued due to the legal difficulties tied in with it and the additional, considerable costs involved in identifying them and in taking necessary steps to deal with them.’⁹

Dit komt overeen met de in de literatuur breed gedragen opvatting dat de verschillen tussen de nationale regimes ten aanzien van de vestiging, erkenning en uitwinning van dergelijke ‘non-possessory security rights’, een belemmering vormen voor de goede werking van de interne markt en dat ingrijpen van de Europese Unie op zijn plaats zou zijn.¹⁰

Dit is een reeds lang bekend probleem en in het verleden zijn ook pogingen ondernomen door de Europese Commissie om daaraan het hoofd te bieden, maar

7 Groenboek van de Commissie over beleidsopties voor de ontwikkeling van een Europees contractenrecht voor consumenten en ondernemingen, COM (2010) 348 def.

8 Al wordt in één van de beleidsopties (optie 7: een verordening tot vaststelling van een Europees Burgerlijk Wetboek) wel gerefereerd aan de mogelijkheid van maatregelen op andere terreinen dan het contractenrecht, maar daarbij wordt voornamelijk (zo niet uitsluitend) gedacht aan andere terreinen van het verbintissenrecht, zoals onrechtmatige daad en zaakwaarneming.

9 Von Bar & Drobnig 2004, p. 439-440. Opgemerkt moet wel worden dat het door Von Bar en Drobnig uitgevoerde onderzoek, mede gelet op de beperkte respons (zie de lijst van respondenten op p. 453-455), niet representatief kan worden genoemd, maar het geeft wel een indicatie.

10 Zie bijvoorbeeld Kreuzer 1990; Kieninger 2004b, p. 20 e.v.; Von Bar & Drobnig, p. 468, par. 733; de verschillende bijdragen in Drobnig 2006a; Sigman & Kieninger 2007b, p. 32 e.v.; Flessner 2008, p. 336 e.v.

deze hebben slechts in beperkte mate geleid tot werkelijke verbeteringen. De initiatieven van de Europese Commissie naar aanleiding van de verschijning van de Draft Common Frame of Reference geven vooralsnog geen aanleiding om te veronderstellen dat er binnen de Europese Unie op korte termijn werk zal worden gemaakt van het oppakken van de problemen die kunnen worden veroorzaakt door de (fundamenteel) afwijkende zekerheidsstelsels van de lidstaten.¹¹

Ingrijpen van de Europese wetgever is naar mijn mening echter wel gewenst. Voor een ingrijpende en ambitieuze harmoniseringsoperatie op het terrein van het zekerhedenrecht, waarbij een belangrijke rol zou zijn weggelegd voor de in boek IX van de DCFR opgenomen voorstellen, lijkt de tijd voorlopig niet rijp. In dit preadvies zal ik ingaan op twee oplossingen die politiek meer kans van slagen zouden kunnen hebben en een eerste stap zouden kunnen zijn bij het oplossen van de problemen waarmee de praktijk wordt geconfronteerd. Na een korte schets van het probleem (paragraaf 2 Zekerheidsrechten op roerende zaken in het grensoverschrijdende handels- en financieringsverkeer) volgt een overzicht van de (voor een belangrijk deel mislukte) wetgevingsinitiatieven die tot op heden op dat vlak door de Europese Unie zijn genomen (paragraaf 3 Europese initiatieven). Vervolgens zal worden bezien in hoeverre optreden van de Europese Unie op het terrein van het internationaal privaatrecht een (begin van een) oplossing kan bieden (paragraaf 4 Uniforme verwijzings- en erkenningsregels met betrekking tot zekerheidsrechten op roerende zaken). Daarna zal de aandacht worden gericht op het creëren van een Europees Zekerheidsrecht dat een plaats zou kunnen krijgen in het nationale recht van de lidstaten naast de reeds bestaande zekerheidsrechten (paragraaf 5 Een Europees Zekerheidsrecht).

¹¹ In zijn preadvies voor de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie lijkt Van Erp in ieder geval tamelijk optimistisch als hij schrijft dat er op termijn wellicht zelfs een Europees algemeen deel van het goederenrecht zal komen, in aansluiting op de aanzet daarvoor in de Draft Common Frame of Reference (Van Erp 2009, p. 251).

2 Zekerheidsrechten op roerende zaken in het grensoverschrijdende handels- en financieringsverkeer

Partijen die betrokken zijn bij grensoverschrijdende handels- en financieringstransacties waarbij roerende zaken tot zekerheid strekken van verleend (leveranciers)krediet, kunnen worden geconfronteerd met een aantal juridische obstakels. Deze obstakels houden verband met de verschillen in het goederenrecht (2.1), het internationaal privaatrecht (2.2) en het executie- en insolventierecht (2.3) van de lidstaten van de Europese Unie.

2.1 Verschillen in het goederenrecht

De lidstaten van de Europese Unie kennen uiteenlopende regelingen waar het gaat om het gebruik van roerende zaken als zekerheid voor verstrekt (leveranciers)krediet.¹ Deze verschillen doen zich niet zozeer voor daar waar de betreffende zaken *uit* de macht van de zekerheidsgever moeten worden gebracht, nog daargelaten dat het gebruik van vuistpandrechten en soortgelijke instrumenten in het (grensoverschrijdende) handels- en financieringsverkeer bepaald niet gebruikelijk is. Het recht in de lidstaten van de Europese Unie verschilt juist ten aanzien van de mate waarin en de wijze waarop roerende zaken die in de macht van de zekerheidsgever blijven, tot zekerheid kunnen strekken. Dergelijke vormen van ‘non-possessory security rights’ zijn onmisbaar in de huidige financieringspraktijk maar worden op zeer uiteenlopende wijzen vormgegeven. Het meest in het oog springende verschil betreft de mate waarin eigendom een zekerheidsfunctie kan vervullen. Zo wordt er in de lidstaten heel verschillend aangekeken tegen de toelaatbaarheid van een fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid. De alternatieven die in plaats daarvan kunnen worden gebruikt verschillen bijvoorbeeld ten aanzien van de typen zaken waarover het zekerheidsrecht zich kan uitstrekken, de partijen die er gebruik van kunnen maken, de mate waarin toekomstige roerende zaken tot zekerheid kunnen strekken, de gedetailleerdheid waarmee de met zekerheidsrechten belaste goederen in de

¹ Zie voor uitgebreide rechtsvergelijkende gegevens bijvoorbeeld de ‘comparative observations’ bij de case studies in Kieninger 2004a en de nationale rapporten van Duitsland, Frankrijk, Engeland, Italië, Nederland, België en Spanje in Sigman & Kieninger 2007a.

documentatie moeten worden omschreven en registratievereisten. Deze diversiteit aan zekerheidsrechten en bijbehorende vestigingsformaliteiten is op zichzelf niet bezwaarlijk – daarover kunnen partijen zich laten informeren – maar het leidt wel tot hogere transactiekosten omdat steeds lokaal (juridisch) advies moet worden ingewonnen in alle jurisdicties waar zekerheidsrechten moeten worden gevestigd. Dergelijke kosten zouden niet of in ieder geval in mindere mate worden gemaakt als het mogelijk zou zijn op één uniforme wijze een zekerheidsrecht te vestigen dat in alle lidstaten wordt erkend, ongeacht waar de zaken zich bevinden.

2.2 Verschillen in het internationaal privaatrecht

In het internationaal privaatrecht van de lidstaten wordt niet steeds dezelfde lijn gevolgd als het gaat om het aanwijzen van het recht dat van toepassing is op de vestiging en de inhoud van zekerheidsrechten op roerende zaken. Ten aanzien van roerende zaken geldt in beginsel de hoofdregel dat het goederenrechtelijke regime met betrekking tot zaken wordt beheerst door het recht van het land waar de zaken zich op het relevante moment bevinden, de *lex rei sitae*.² Welke zekerheidsrechten op een zaak kunnen worden gevestigd, welke formaliteiten daarvoor moeten worden vervuld en wat de inhoud van die zekerheidsrechten is, wordt derhalve in beginsel bepaald door het recht van het land van ligging van de betreffende zaken ten tijde van de vestiging van het zekerheidsrecht.

De toepassing van het recht van het land van ligging biedt een duidelijke en aanvaardbare aanknoping voor het goederenrechtelijke regime met betrekking tot zaken die niet bestemd zijn om te worden gebruikt in het grensoverschrijdende handelsverkeer. Maar de plaats van ligging biedt niet in alle gevallen een overtuigende oplossing voor de aanwijzing van het toepasselijke goederenrechtelijke regime. Met betrekking tot roerende zaken hoeft niet of nauwelijks sprake te zijn van enige relevante verbondenheid met het recht van het land van ligging. Dit is bijvoorbeeld het geval met betrekking tot zaken die voor export zijn bestemd, zaken met een naar hun aard continu variërende situs, zoals transportmiddelen (voertuigen, containers, e.d.) en goederen op transport. Sommige landen voorzien in dat verband in bijzondere verwijzingsregels, die het bijvoorbeeld mogelijk maken te kiezen voor een ander, nauwer verbonden recht, zoals het recht van het land van bestemming.³ Maar op dat punt wordt in de lidstaten geen uniforme koers gevaren.

² Zie voor het Nederlandse internationaal privaatrecht, artikel 2 Wet conflictenrecht goederenrecht.

³ Zie bijvoorbeeld voor het Nederlandse internationaal privaatrecht, artikel 3 en 8 Wet conflictenrecht goederenrecht.

Een probleem dat met de toepasselijkheid van de *lex rei sitae* en de in een bepaalde lidstaat bestaande catalogus van goederenrechtelijke (zekerheids) rechten verband houdt,⁴ is de manier waarop in de lidstaten wordt omgegaan met de situatie dat een zaak waarop naar buitenlands recht een zekerheidsrecht is gevestigd, naar een ander land wordt gebracht: het *conflict mobile*. Er kan dan een wijziging optreden in het goederenrechtelijke regime omdat buitenlandse zekerheidsrechten worden geconverteerd in een lokaal equivalent. Een dergelijke conversie leidt tot een wijziging van de inhoud van het betreffende zekerheidsrecht en de daaraan verbonden bevoegdheden van de zekerheidsnemer. In een aantal landen kan dat er zelfs toe leiden dat naar vreemd recht geldig gevestigde zekerheidsrechten helemaal niet worden erkend en de zekerheidsgerechtigde zijn positie geheel verliest. Dit houdt verband met de manier waarop naar het interne recht van het nieuwe land van ligging wordt omgegaan met ‘vuistloze’ zekerheidsrechten die op roerende zaken rusten. Daarbij kan worden gedacht aan registratievereisten die in acht moeten worden genomen en de manier waarop wordt omgegaan met fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid.⁵

Spaans recht lijkt bijvoorbeeld erg restrictief ten aanzien van de erkenning van naar buitenlands recht gevestigde ‘bezitloze’ zekerheidsrechten op roerende zaken. Met uitzondering van financial lease vereist Spaans intern recht dat alle ‘bezitloze’ zekerheden op roerende zaken moeten zijn geregistreerd in een Spaans openbaar register willen zij kunnen worden tegengeworpen aan derden (inclusief de curator in faillissement). Dit heeft belangrijke consequenties voor bijvoorbeeld de erkenning van een buitenlands eigendomsvoorbehoud in Spanje. De belangrijkste uitspraak op dit punt betreft een arrest van de Audiencia Provincial de Barcelona van 13 september 1989,⁶ waarin een Duits eenvoudig eigendomsvoorbehoud ten aanzien van een bus niet werd erkend. Het ging in die zaak om een conflict tussen een Spaanse crediteur van een Duitse busmaatschappij die in Spanje beslag had gelegd op een bus, en de Duitse leverancier van de bus die zich beriep op een eigendomsvoorbehoud (naar Duits recht). De rechter in Barcelona erkende het eigendomsvoorbehoud van de Duitse leverancier niet omdat niet was voldaan aan

4 Zie over de numerus clausus in het goederenrecht (in rechtsvergelijkend perspectief) Struycken 2007 en Akkermans 2008.

5 Zie hierover de nationale rapporten die zijn verschenen naar aanleiding van een workshop die in maart 2007 in Trier werd gehouden bij de Academy of European Law over zekerheidsrechten op roerende zaken in het grensoverschrijdende handels- en financieringsverkeer, gepubliceerd in Sigman & Kieninger 2007a. Zie voor verdere voorbeelden ook Drobnič 2006b, p. 105 e.v.

6 Revista Española de Derecho Internacional (REDI) 1990 I, 644.

de registratievereisten van Spaans recht.⁷ Maar ook voor de erkenning van andere vormen van ‘vuistloze’ zekerheden, zoals de fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid, is het beeld niet bepaald rooskleurig volgens Carrasco:

‘The registration system that prevails in Spanish law burdens even more heavily the classical problem of “adapting” or “transposing” foreign movable security rights (in)to the new *lex situs*. The question whether a corresponding Spanish security right may be found for e.g. a German *einfache Eigentumsvorbehalt* or a French *nantissement de fonds de commerce* or an English *floating charge* could possibly be solved by a somewhat flexible attitude towards foreign systems. But the problem is that these security rights will in most cases not be registered in the Spanish registry and, therefore, will lack third party effect. Even if these rights were registered in the country of origin or corresponding to the *lex contractus*, the problem of the “conflict mobile” cannot be solved by mere “requalification” or “transposition” of the foreign security right. (...) Beyond the reservation of ownership, transfer by way of security construed according to foreign law will probably not be upheld by Spanish courts, given the little tolerance they show in interpreting contracts intended to use ownership as a method of obtaining security. (...) In fact, personal guarantees (commercial letters of credit, export insurance, etc.) are more highly valued than real security rights in movables. There is no great confidence in the efficacy of security rights in order to protect the monetary claim if the debtor falls into insolvency (...).’⁸

Hetzelfde geldt voor Italiaans recht. Zo schrijft Veneziano:

‘The main problem arises in giving effect to non-possessory security interests created abroad that do not correspond to the ones expressly admitted in the Italian legal system. Courts have recognized some types of foreign non-possessory (legal) liens – such as the maritime liens – by assimilating them to the corresponding right under Italian law, thereby, however, applying Italian law to the content and effects of the foreign security. Non-possessory pledges on other goods or transfers of property by way of security, including when stipulated in the context of retention of title clauses, were not accepted because they were deemed to be contrary to public policy provisions. (...)’⁹

Veneziano wijst overigens op het gebrek aan (recente) rechtspraak op dit punt in Italië en geeft daarvoor als mogelijke verklaring dat buitenlandse schuldeisers zich bewust zijn van de moeilijkheden die opdoemen als buitenlandse zekerheidsrechten in Italië moeten worden uitgewonnen en daardoor hun toevlucht nemen tot vormen van persoonlijke zekerheid, zoals bankgaranties e.d. Zij voegt daaraan toe:

7 Carrasco (Carrasco 2007, p. 265-266) merkt ten aanzien van deze beslissing op: ‘This decision is especially questionable because at that time, the LVPBM (Ley 50/1965) excluded foreign transactions from its applicability (see Art. 4 para. 5) so that the contract would not have been registrable in Spain even if the parties had foreseen that the bus, which was the subject-matter of the contract, could be brought to Spain.’ Ook in cassatie kreeg de Duitse leverancier nul op het rekest (arrest van 22 juni 1992, Aranzadi, *Jur.* 1992-5459, gerapporteerd door Carrasco, p. 266).

8 Carrasco 2007, p. 266-267.

9 Veneziano 2007, p. 191-192.

‘Such is the advice that I would give to the initial secured party in most cases.’¹⁰

Ook het Belgische recht kan op dit vlak problemen opleveren. Zo schrijft Dirix:

‘The validity between the parties of the security right (e.g. pledge agreement, fiduciary transfer) will be governed by the *lex contractus*. The question of the binding effect of the security right on third parties before a Belgian court will be addressed according to the law of the state where the goods are located (*lex rei sitae*). This means that a security right created in country A will be recognized in country B only if it is similar to a security right that is recognized under the law of country B or can be translated to an equivalent institution. Accordingly, a retention of title that was validly created under the law of country A will be recognized in Belgium (country B) since Belgian law recognizes such a security device. Its effects will be determined by Belgian law. A “prolonged” retention of title (on claims of sub-sales) created in country A will be recognized to the extent the result would be similar to the outcome under the principles of real subrogation. On the other hand, a fiduciary transfer, a retention of title that extends to the newly produced goods or to other claims, or a non-possessory pledge on assets located on Belgian territory will be ineffective against competing rights of creditors in a Belgian insolvency proceedings since such types of security rights have no third party effects under Belgian law.’¹¹

De situatie onder het huidige Nederlandse recht is een andere dan naar voren komt uit de hiervoor gegeven voorbeelden van Spaans, Italiaans en Belgisch recht. De Nederlandse Wet conflictenrecht goederenrecht (WCG) kiest in artikel 2 lid 1 WCG ook voor het uitgangspunt dat het goederenrechtelijke regime met betrekking tot een zaak wordt beheerst door het recht van het land van ligging ten tijde van het goederenrechtelijk relevante rechtsfeit. Maar de Nederlandse wetgever heeft eveneens gekozen voor een open benadering ten aanzien van naar buitenlands recht gevestigde zekerheidsrechten en in artikel 5 WCG gekozen voor wat wel wordt aangeduid als de assimilatieleer.¹² Artikel 5 WCG luidt:

‘Rechten op een zaak, die overeenkomstig het ingevolge deze wet toepasselijke recht zijn verkregen of gevestigd, blijven daarop rusten, ook wanneer die zaak wordt overgebracht naar een andere staat. Deze rechten kunnen niet worden uitgeoefend op een wijze die onverenigbaar is met het recht van de staat op welks grondgebied de zaak zich ten tijde van die uitoefening bevindt.’

Artikel 5 WCG leidt aldus tot een systeem waarbij het ontstaan van een zakelijk recht wordt beheerst door het recht van de plaats van ligging ten tijde van het relevante goederenrechtelijke rechtsfeit. Dat recht beheerst ook de inhoud van het aldus ontstane recht, ook na verplaatsing van de zaak naar een ander land. Het recht van het oorspronkelijke land van ligging bepaalt daarmee primair de

¹⁰ Veneziano 2007, p. 192.

¹¹ Dirix 2007, p. 240-241.

¹² Zie over de assimilatieleer (met verdere verwijzingen) Verhagen 2007a; Verhagen 2007b, p. 468-477; Verhagen 2007c, p. 495-501; Veder 2009, p. 282 e.v.

bevoegdheden die toekomen aan de zekerheidsgerechtigde, ook in het nieuwe land van ligging. De zekerheidsgerechtigde kan deze rechten echter niet uitoefenen op een wijze die onverenigbaar is met het recht van het nieuwe land van ligging.

Door ook met betrekking tot roerende zaken, waarvan het goederenrechtelijke regime op grond van artikel 2 lid 1 WCG wordt beheerst door het recht van het land van ligging, te kiezen voor de assimilatieleer, heeft de wetgever een systeem gecreëerd dat goed aansluit bij de behandeling van overige goederenrechtelijke rechten die op basis van buitenlands recht zijn gevestigd. Ook in die gevallen waarin krachtens een verwijzingsregel een vaste aanknopingsfactor geldt voor de bepaling van het toepasselijke goederenrechtelijke regime, bijvoorbeeld het recht van de plaats van registratie, kan zich de vraag voordoen wat de gevolgen zijn als uitwinning van een overeenkomstig vreemd recht geldig gevestigd zekerheidsrecht plaatsvindt in een ander land van ligging, bijvoorbeeld Nederland.¹³ Ook in die gevallen voorziet de WCG niet in conversie van het buitenlandse recht in een (vergelijkbaar) Nederlands zekerheidsrecht, maar gaat het uit van het voortbestaan van het recht dat op grond van het toepasselijke recht geldig is gevestigd. Dat recht zal echter niet kunnen worden uitgeoefend op een manier die onverenigbaar is met het recht van het land van ligging ten tijde van de executie. Het buitenlandse recht zal een plaats moeten worden gegeven in het goederenrechtelijke systeem van het land van ligging.¹⁴

2.3 Verschillen in het executie- en insolventierecht

Een derde front waarop zich in het grensoverschrijdende handelsverkeer obstakels kunnen voordoen, is de verschillende benadering die in de lidstaten wordt gekozen ten aanzien van de uitwinning van zekerheidsrechten en in het bijzonder de invloed die de insolventie van de zekerheidsgever heeft op de positie van de zekerheidsnemer.

De wijze waarop in het beslag- en executierecht van de lidstaten wordt omgegaan met de uitwinning van goederen in het algemeen en de uitwinning van met zekerheidsrechten belaste goederen in het bijzonder, vertoont aanmerkelijke verschillen. Veel landen gaan (nog steeds) uit van uitwinning door middel van een openbare veiling. De mate waarin het partijen is toegestaan in voorkomende gevallen te kiezen voor een meer flexibele wijze van uitwinning (onderhandse

¹³ Soortgelijke inpassingsvragen spelen bij de cessie of verpanding van vorderingen op grond van door partijen gekozen buitenlands recht, zie daarover Veder 2009, p. 297-299.

¹⁴ Zie verder ook Veder 2009, p. 282-285 en 297-299.

verkoop) teneinde een betere opbrengst te genereren, verschilt. Ook de mate van toezicht of sturing van de rechterlijke macht verschilt per lidstaat.

Juist in de situatie dat het er echt op aan komt, de insolventie van de schuldenaar/zekerheidsgever, worden de rechten van zekerheidsgerechtigden heel verschillend gewogen in de verschillende lidstaten. De afwegingen tussen de belangen van de diverse bij een insolventie betrokken schuldeisers en de inbreuken die zekerheidsgerechtigden hebben te dulden, bijvoorbeeld in het licht van pogingen tot reorganisatie van de onderneming van de schuldenaar, vallen behoorlijk verschillend uit. Zo is de positie die zekerheidsgerechtigden naar huidig Nederlands recht innemen in een faillissement – pand- en hypotheekhouders zijn separatist en kunnen hun rechten uitoefenen als ware er geen faillissement; zekerheidseigendom (bijvoorbeeld in de vorm van een eigendomsvoorbehoud) kan in beginsel gewoon worden opgeëist – in andere lidstaten bepaald geen vanzelfsprekendheid. In veel landen geldt ook voor zekerheidsgerechtigden een ‘automatic stay’ die ertoe leidt dat zij hun rechten (tijdelijk) niet kunnen uitoefenen en is de uitwinning van met zekerheidsrechten belaste goederen opgedragen aan de curator. De vraag of zekerheidsgerechtigden kunnen worden gebonden aan een in een insolventieprocedure tot stand gekomen akkoord, wordt eveneens verschillend beantwoord. Daarnaast is van groot belang dat de opbrengst van met zekerheidsrechten belaste goederen verschillend wordt verdeeld. Het is bepaald geen vanzelfsprekendheid dat de opbrengst met de hoogste voorrang ten goede komt aan de zekerheidsgerechtigde. Iedere lidstaat kent zijn eigen rangorde van schuldeisers. Om tal van uiteenlopende motieven wordt aan bepaalde schuldeisers een hogere rang dan zekerheidsgerechtigden toegekend bij de verdeling van de executieopbrengst.

3 Europese initiatieven

In de literatuur wordt al geruime tijd gepleit voor Europese regelgeving die een oplossing zou moeten bieden voor de hiervoor geschetste onzekerheden, zeker waar het de erkenning van naar buitenlands recht geldig gevestigde zekerheidsrechten betreft. Dat aan de Europese Unie de bevoegdheid toekomt om op dit terrein maatregelen te nemen, ligt, gelet op de implicaties voor de interne markt, voor de hand.¹ Artikel 345 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (voorheen artikel 295 EG verdrag)² werpt naar heersende opvatting geen belemmering op voor de Europese Unie om ook op het terrein van het goederenrecht maatregelen te nemen die erop zijn gericht om obstakels weg te nemen voor het goed functioneren van de interne markt.³ Maar wat is er tot op heden met die bevoegdheid gedaan?

Hierna bespreek ik een aantal Europese initiatieven dat in het verleden is ontplooid om, ofwel langs de weg van het internationaal privaatrecht ofwel langs de weg van harmonisering van het materiële recht te komen tot een beter functionerend grensoverschrijdend systeem van vestiging en erkenning van zekerheidsrechten op roerende zaken.⁴

3.1 Ontwerprichtlijn 1973

In 1973 verscheen een ontwerprichtlijn van de Europese Commissie die voorzag in een regeling van de erkenning van in andere lidstaten gevestigde zekerheidsrechten op roerende zaken, alsmede het eigendomsvoorbehoud.⁵

¹ Zie de in voetnoot 10 van hoofdstuk 1 genoemde literatuur.

² Artikel 345 VWEU luidt: 'De Verdragen laten de regeling van het eigendomsrecht in de lidstaten onverlet.'

³ Zie Bartels 1995, p. 244 e.v.; Bartels 1996, p. 359-360; Rutgers 1999, p. 175; Kieninger 2004b, p. 22; Van Erp 2009, p. 240 e.v.; Akkermans & Ramaekers 2010, p. 292 e.v.

⁴ Initiatieven die in breder internationaal verband op dit terrein, zoals in het kader van de Raad van Europa (Draft European Convention on Simple Reservation of Title CDJC (82) 15, afgedrukt in Voskuil/Wade 1985, p. 117 e.v.), UNCITRAL of UNIDROIT zijn ontplooid, blijven hier verder onbesproken (met uitzondering van het UNIDROIT Verdrag van Kaapstad inzake internationale zekerheden op mobiel materieel, par. 3.5).

⁵ Draft Directive on the recognition of securities over movables without dispossession and of clauses providing for retention of ownership upon sale of movables, document XI/466/73 (als appendix →

De werkingssfeer van deze richtlijn was op een aantal punten beperkt. Zij had alleen betrekking op zekerheidsrechten op roerende zaken (met uitzondering van vliegtuigen en schepen) waarbij de zekerheidsgever de macht over de zaak behield, zoals de fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid en (thans) het vuistloze pandrecht.⁶ Die beperking ligt voor de hand omdat juist op dat terrein de grootste verschillen bestonden (en bestaan) tussen de lidstaten en het risico op niet erkenning van in een andere lidstaat geldig gevestigde zekerheidsrechten zich voordeed. De werkingssfeer was voorts beperkt in die zin dat de richtlijn alleen van toepassing zou zijn op zekerheidsrechten op roerende zaken die hoofdzakelijk werden gebruikt in het bedrijf van de zekerheidsgever.⁷

Het uitgangspunt van de richtlijn was de automatische erkenning van in een bepaalde lidstaat gevestigde zekerheidsrechten. Artikel 1 van de ontwerprichtlijn bepaalde in dat verband:

‘The Member States agree to accord recognition to securities over movables without dispossession, as defined in Article 2, immediately after they have been brought into existence and have been publicly disclosed in the manner prescribed by the law of the Member State in whose territory the property was situated at the time the security was created.’

De positie van de zekerheidsgerechtigde in geval van vervreemding van de met het zekerheidsrecht bezwaarde zaak door de zekerheidsgever zou worden beheerst door het recht van de lidstaat waar de zaak zich bevond op het moment dat de zekerheidsgerechtigde aanspraak maakte op de zaak.⁸ In het geval dat het recht van de lidstaat van ligging niet zou voorzien in de ‘doorzetting’ van het zekerheidsrecht tegen de verkrijger van de zaak, bepaalde de ontwerprichtlijn dat de zekerheid zich uitstreekte tot de vordering op de verkrijger terzake van het niet betaalde deel van de koopprijs.⁹

opgenomen bij Drobnič & Goode 1978, p. 378 e.v.). Deze ontwerprichtlijn was gebaseerd op het ‘Projet de Convention relative aux effets extraterritoriaux des sûretés mobilières sans désaisissement’ van de Fédération Bancaire de la Communauté Economique Européenne, opgenomen in Voskuil & Wade 1985, p. 109 e.v. Zie over deze ontwerprichtlijn ook Kieninger 1996, p. 221 e.v.; Kreuzer 1990, p. 631.

6 Artikelen 1 en 2 van de ontwerprichtlijn. In zekere zin was in deze ontwerprichtlijn al een functionele benadering te vinden ten aanzien van de zekerheidsrechten, in die zin dat zowel zekerheid in de vorm van een beperkt zekerheidsrecht (pandrecht) als in de vorm van eigendom (fiduciare eigendomsoverdracht tot zekerheid) onder de noemer van ‘securities over movables without dispossession’ werd gebracht.

7 Zie artikel 2 lid 2 van de ontwerprichtlijn. Annex I bij de ontwerprichtlijn bepaalde echter: ‘1. Article 2 shall be taken to include a reference to charges created over businesses, and this Directive shall accordingly apply to such charges. 2. In derogation from Article 2(2) this Directive shall apply to all securities without dispossession created in respect of motor vehicles.’

8 Artikel 3 lid 3 van de ontwerprichtlijn.

9 Artikel 3 lid 3 van de ontwerprichtlijn.

In deze ontwerprichtlijn is al een eerste aanzet voor een centraal Europees zekerhedenregister te vinden. De ontwerprichtlijn voorzag in een systeem waarbij de erkenning van zekerheidsrechten afhankelijk was van enige vorm van inschrijving in een openbaar register en bevatte daarvoor een aantal varianten.¹⁰ Een eerste alternatief ging uit van inschrijving van zekerheidsrechten in een centraal Europees register, dat in een verordening verder zou worden vormgegeven. Een tweede alternatief voorzag in de inschrijving van zekerheidsrechten in een centraal register in de lidstaat waarin het zekerheidsrecht was gevestigd, waarbij informatie werd uitgewisseld tussen de registers in de afzonderlijke lidstaten. De derde variant maakte erkenning van zekerheidsrechten afhankelijk van de inschrijving in een register, aangehouden in de lidstaat waar het zekerheidsrecht was gevestigd, zonder dat werd voorzien in de uitwisseling van informatie tussen de registers in de lidstaten.

De ontwerprichtlijn wees voorts aan welke regels in de verschillende lidstaten van toepassing zouden zijn op de uitwinning van een in een andere lidstaat gevestigd zekerheidsrecht dat voor erkenning in aanmerking kwam onder de richtlijn. Daartoe bevatte de ontwerprichtlijn een lijst waarin per lidstaat werd aangegeven overeenkomstig welke regels de uitwinning zou moeten plaatsvinden.¹¹

De rangorde van zekerheidsrechten die op basis van deze richtlijn voor erkenning in aanmerking kwamen, zou worden bepaald door het recht van de lidstaat waar de betreffende zaak zich bevindt op het moment van uitwinning van het zekerheidsrecht.¹² Dat veronderstelt echter dat een met het buitenlandse zekerheidsrecht vergelijkbare rechtsfiguur bestaat in de lidstaat van uitwinning. In die gevallen dat een vergelijkbare rechtsfiguur niet zou kunnen worden aangewezen, voorzag de richtlijn in de gelijkschakeling van het betreffende zekerheidsrecht met een voor iedere lidstaat in een lijst aangewezen zekerheidsrecht.¹³ Artikel 3 lid 2 van de ontwerprichtlijn bepaalde in dit verband voor het Nederlandse recht bijvoorbeeld:

¹⁰ Zie Part II (artikelen 6-8) van de ontwerprichtlijn.

¹¹ Artikel 4 van de ontwerprichtlijn.

¹² Artikel 3 lid 1 van de ontwerprichtlijn.

¹³ Drobniġ & Goode vinden dit – terecht – een bruikbare gedachte maar verbinden daar wel een waarschuwing aan: 'However, this suffers the defect of looking to the form rather than the substance, with the result that, for example, a French charge over plant and equipment is equated with an English pledge, whereas in substance it is more akin to a charge.' (Drobniġ & Goode 1978, p. 370, voetnoot 124).

‘Securities without dispossession which are created in a Member State but which have no equivalent in other Member States shall be treated:

(...)

in the Netherlands, as if they constitute a pledge of tangible movable property (Article 1196 of the Netherlands Civil Code); (...)

Voor het eigendomsvoorbehoud gold een ander regime, waarbij inschrijving in een openbaar register niet als voorwaarde voor erkenning werd gesteld. De ontwerprichtlijn bevatte een verplichting tot erkenning van het ‘eenvoudige’ eigendomsvoorbehoud, onder de voorwaarde dat het beding van eigendomsvoorbehoud geldig was op grond van het recht dat op de koopovereenkomst van toepassing was en onder de voorwaarde dat het beding op schrift was gesteld voorafgaand aan de aflevering van de verkochte zaak aan de koper.

De ontwerprichtlijn werd in het algemeen kritisch ontvangen. De belangrijkste punten van kritiek betroffen de invoering van een (praktisch onwerkbaar geacht) Europees registratiesysteem, de verschillende behandeling van eigendomsvoorbehoud ten opzichte van andere vormen van zekerheidsrechten op roerende zaken, de beperking van de regeling tot het ‘eenvoudige’ eigendomsvoorbehoud (en het ontbreken van regels op het terrein van uitgebreidere vormen van eigendomsvoorbehoud) en het ontbreken van regels op het gebied van zekerheidsrechten op vorderingen.¹⁴

De beraadslagingen over deze richtlijn werden stopgezet ten tijde van de toetreding van het Verenigd Koninkrijk, Ierland en Denemarken tot de Europese Gemeenschap.¹⁵

3.2 Ontwerprichtlijn 1979/1980

In 1979 verscheen een nieuwe ontwerprichtlijn van de Europese Commissie, ditmaal beperkt tot het eigendomsvoorbehoud.¹⁶ Deze ontwerprichtlijn bevatte geen regels van internationaal privaatrecht maar was gericht op harmonisering van het materiële recht van de lidstaten. Anders dan de ontwerprichtlijn van 1973 was de ontwerprichtlijn van 1979 ook niet beperkt tot grensoverschrijdende gevallen.¹⁷

¹⁴ Zie Kieninger 1996, p. 222 (met verdere verwijzingen).

¹⁵ Zie Kieninger 1996, p. 222.

¹⁶ Draft proposal for a Council Directive on the legal consequences of agreements creating simple reservation of title to goods (III/872/79-EN), afgedrukt in Voskuil & Wade 1985, p. 114 e.v.

¹⁷ Zie Kieninger 1996, p. 226 (met verdere verwijzingen).

De ontwerprichtlijn voorzag in een verplichting voor de lidstaten om te bewerkstelligen dat contractuele clausules op grond waarvan de koper pas eigenaar wordt van een verkochte en geleverde zaak nadat de volledige koopprijs is betaald, zouden worden erkend.¹⁸ Dergelijke clausules zouden geldig en afdwingbaar moeten zijn zonder enige vorm van registratie, zoals die in sommige lidstaten wel is voorgeschreven.¹⁹ Voldoende was dat een eigendomsvoorbehoud schriftelijk zou worden aangegaan (of bevestigd) voordat de zaken werden afgeleverd aan de koper.²⁰ Bij niet-betaling van de volledige koopprijs zou de verkoper de zaak moeten kunnen revindiceren, waarbij hij verplicht zou zijn de koper de reeds ontvangen bedragen te restitueren, onder aftrek van bepaalde door de verkoper geleden of te lijden schade.²¹ Het eigendomsvoorbehoud zou ook bij insolventie van de koper tegen de curator moeten kunnen worden ingeroepen,²² zij het dat de insolventie van de koper niet automatisch zou leiden tot beëindiging van de overeenkomst en er niet aan in de weg zou staan dat de koper de eigendom van de betreffende zaken zou verwerven door betaling van (het restant van) de koopprijs.²³ De ontwerprichtlijn bepaalde voorts dat de verkoper de verkochte zaak ook zou kunnen revindiceren van een derde-verkrijger aan wie de koper de verkochte zaak had doorverkocht, tenzij deze te goeder trouw was.²⁴ Goede trouw van de derde-verkrijger werd vermoed aanwezig te zijn als de koper de zaak in het kader van de normale uitoefening van zijn bedrijf had doorverkocht aan de derde.²⁵

Alleen de werking van het 'eenvoudige' eigendomsvoorbehoud werd dwingend voorgeschreven. De vraag of clausules die de rechten van de verkoper uitbreiden en bijvoorbeeld het eigendomsvoorbehoud mede laten strekken tot zekerheid van andere vorderingen dan de vordering tot betaling van de koopprijs van de betreffende zaak of de rechten van de onbetaalde verkoper zich mede laten uitstrekken tot met de geleverde zaak gevormde nieuwe producten, daadwerkelijk tot de gewenste uitbreiding van rechten van de verkoper zouden kunnen leiden, werd overgelaten aan 'the relevant national law'.²⁶ Wel werd dwingend voorgeschreven dat ook bij dergelijke uitgebreidere vormen van eigendomsvoorbehoud de verkoper in ieder geval binnen de grenzen van een 'eenvoudig' eigendomsvoorbehoud verkochte maar niet betaalde zaken zou moeten kunnen revindiceren.²⁷

18 Artikel 1 van de ontwerprichtlijn.

19 Artikel 9 van de ontwerprichtlijn.

20 Artikel 2 van de ontwerprichtlijn.

21 Artikelen 3 en 5 van de ontwerprichtlijn.

22 Artikel 4 van de ontwerprichtlijn.

23 Artikel 10 van de ontwerprichtlijn.

24 Artikel 5 lid 1 van de ontwerprichtlijn.

25 Artikel 5 lid 2 van de ontwerprichtlijn.

26 Artikel 3 lid 2 van de ontwerprichtlijn.

27 Door Kieninger getypeerd als 'geltungserhaltenden Reduktion', zie Kieninger 1996, p. 225.

De ontwerprichtlijn voorzag overigens wel in een zekere vorm van uitbreiding van de rechten van de verkoper in die zin dat uitdrukkelijk de mogelijkheid werd geopend dat, ingeval de verkoper en de koper zouden overeenkomen dat de koper bevoegd is de onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken door te verkopen, de vorderingen van de koper op de derde-verkrijger zouden worden gecedeerd aan de verkoper.²⁸ Een dergelijke cessie (tot zekerheid) zou geldig zijn zonder dat mededeling zou hoeven te worden gedaan aan de derde-verkrijger.²⁹

De ontwerprichtlijn van 1979 werd in 1980 gevolgd door een nieuw voorstel dat op een aantal onderdelen afweek van het ontwerp van 1979.³⁰ Het ontwerp van 1980 bepaalde uitdrukkelijk dat de werking van een eigendomsvoorbehoud niet afhankelijk mocht worden gemaakt van andere vorm- of publiciteitsvereisten dan het schriftelijkheidsvereiste zoals dat ook in het ontwerp van 1973 was neergelegd. Ten opzichte van het ontwerp van 1973 werd verduidelijkt dat revindicatie slechts mogelijk zou zijn indien de verkochte zaak zich nog individualiseerbaar en als zelfstandige zaak in het vermogen van de koper bevond. De bepaling dat uitgebreide varianten van het eigendomsvoorbehoud de verkoper in ieder geval dezelfde rechten zouden moeten verschaffen als in het geval van een eenvoudig eigendomsvoorbehoud, werd geschrapt.³¹

De beraadslagingen over deze ontwerprichtlijn werden in het begin van de tachtiger jaren van de vorige eeuw opgeschort in afwachting van de uitkomsten van onderhandelingen die in het kader van de Raad van Europa werden gevoerd over een Verdrag inzake de erkenning van het eigendomsvoorbehoud.³² Dat verdrag is er nooit gekomen – de onderhandelingen werden in 1983 opgeschort in verband met de op handen zijnde herziening van het insolventierecht in een aantal lidstaten³³ – en de beraadslagingen over deze ontwerprichtlijn zijn niet verder opgepakt.

3.3 Richtlijn 2000/35/EG van 29 juni 2000 betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties

In 1998 ondernam de Europese Commissie opnieuw een poging om ten aanzien van het voor de praktijk van in het bijzonder het midden- en kleinbedrijf belangrijke eigendomsvoorbehoud te komen tot uniforme regels binnen Europa.

²⁸ Artikel 8 lid 1 van de ontwerprichtlijn.

²⁹ Artikel 8 lid 2 van de ontwerprichtlijn.

³⁰ Document III/872/80. Voor zover ik heb kunnen nagaan is dit ontwerp niet gepubliceerd. De hoofdlijnen van het ontwerp van 1980 worden beschreven in Kieninger 1996, p. 223 e.v.

³¹ Volgens Kieninger ten onrechte, zie Kieninger 1996, p. 225.

³² Draft European Convention on Simple Reservation of Title CDJC (82) 15, afgedrukt in Voskuil & Wade 1985, p. 117 e.v.

³³ Zie Kreuzer 1990, p. 631, voetnoot 50.

Wat begon als een poging om op het terrein van het ‘eenvoudige’ eigendomsvoorbehoud te komen tot eenvormige regels, heeft echter uiteindelijk geresulteerd in een bepaling die de praktijk niet veel verder brengt.

Het eigendomsvoorbehoud is ‘meegelift’ in de richtlijn betreffende de bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties. Deze richtlijn bevat maatregelen die de negatieve gevolgen van betalingsachterstanden bij handelstransacties beogen tegen te gaan. Het oorspronkelijke voorstel van de Europese Commissie³⁴ bevatte tevens bepalingen die ertoe strekten het recht van de lidstaten met betrekking tot het eigendomsvoorbehoud te harmoniseren omdat dat aan vermindering van betalingsachterstanden zou kunnen bijdragen:

‘In haar mededeling van 9 juli 1997 bestempelt de Commissie het voorbehoud van eigendomsrecht als een gebied waarop een communautaire actie nuttig zou zijn voor de exporteurs en aan vermindering van betalingsachterstanden zou kunnen bijdragen. Omdat de lidstaten verschillende wettelijke eisen stellen, kunnen de exporteurs zich niet beroepen op een enkele bepaling dienaangaande, die geldt voor alle lidstaten van de Gemeenschap. Bij de raadpleging als gevolg van de mededeling van 9 juli 1997 was iedereen die op dit punt commentaar gaf, voorstander van communautaire wetgeving inzake het voorbehoud van eigendomsrecht.

Het doel van dit artikel is om te voorzien in een uniforme bepaling betreffende dit voorbehoud die in alle lidstaten kan worden toegepast, en niet om de nationale wetgeving op dit gebied volledig te harmoniseren. Het artikel is eerder bedoeld om de lidstaten te verplichten een bepaling betreffende het voorbehoud van eigendomsrecht te erkennen indien aan een aantal minimumeisen is voldaan. Het tast de regels ter bescherming van een derde bonafide koper niet aan. Het artikel is niet bedoeld om partijen te verplichten tot een bepaling betreffende dit voorbehoud, maar eerbiedigt hun contractvrijheid.’³⁵

Het voorstel had enkel betrekking op het ‘eenvoudige’ eigendomsvoorbehoud,³⁶ dat in artikel 2 van het voorstel als volgt werd gedefinieerd:

‘totdat de koper de prijs volledig heeft betaald blijft de verkoper eigenaar van de betrokken waren.’

³⁴ Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bestrijding van betalingsachterstanden bij handelstransacties, *PbEG* 1998, C 168 van 3 juni 1998.

³⁵ *PbEG* 1998, C 168 van 3 juni 1998, p. 8-9. Zie ook paragraaf 13 van de considerans van het voorstel.

³⁶ Dat het voorstel van de Commissie enkel zag op het eenvoudige eigendomsvoorbehoud blijkt bijvoorbeeld uit de definitie van het eigendomsvoorbehoud in artikel 2 en uit artikel 4 lid 3 waarin was bepaald dat het aan de lidstaten was om de gevolgen van het eigendomsvoorbehoud te bepalen ten aanzien van de aspecten die niet onder de richtlijn waren begrepen. Daarbij kan worden gedacht aan de gevolgen ten aanzien van derden die te goeder trouw rechten verkrijgen met betrekking tot de onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken of de gevolgen van natrekking of zaaksvorming. Het gewijzigde voorstel van de Commissie van december 1998 (*PbEG* 1998, C 374 van 3 december 1998) refereerde in dit verband nog expliciet aan de bevoegdheid van de lidstaten om maatregelen te nemen voor goederen die in een andere roerende of onroerende zaak werden verwerkt, zonder op dat vlak iets voor te schrijven.

Artikel 4 van het voorstel van de Commissie bevatte de volgende bepaling met betrekking tot het eigendomsvoorbehoud:

1. De lidstaten dragen ervoor zorg dat de verkoper eigenaar blijft mits hij de koper daarvan uiterlijk op de datum van levering van de goederen schriftelijk in kennis stelt.

Zodra de betalingstermijn is verstreken zonder dat de koper heeft betaald, kan de verkoper eisen dat hem de betrokken waren worden terugbezorgd. Zodra de koper de waren in bezit neemt, is deze voor elke schade aan of voor elk verlies van die waren aansprakelijk. Een geldige kennisgeving kan in het standaardverkoopcontract, op de factuur of in een afzonderlijk contract worden opgenomen.

De lidstaten erkennen de geldigheid van de bedingen in de bijlage of van die welke een gelijkaardige werking hebben.

2. Lid 1 is slechts van toepassing op schulden die ineens moeten worden betaald.
3. De lidstaten bepalen nader welke de gevolgen zijn van het beding inzake eigendomsvoorbehoud voor de niet onder deze richtlijn begrepen aspecten, met name wat de gevolgen voor derden te goeder trouw betreft.

Het oorspronkelijke voorstel ging dus uit van een eenzijdig eigendomsvoorbehoud. De verkoper zou de koper slechts in kennis hoeven te stellen van het eigendomsvoorbehoud. In aansluiting op het advies van het Economisch en Sociaal Comité³⁷ en de door het Europees Parlement voorgestelde wijzigingen³⁸ werd de reikwijdte van de richtlijn in het gewijzigde voorstel van de Commissie van december 1998³⁹ beperkt tot een tussen partijen overeengekomen eigendomsvoorbehoud. Het gewijzigde voorstel van de Commissie gaf aan op welke manieren een eigendomsvoorbehoud geldig kon worden overeengekomen (bijvoorbeeld door opname van een expliciete bepaling in de koopovereenkomst of een beding in algemene voorwaarden). Het Economisch en Sociaal Comité had in haar advies nog opgemerkt dat de in sommige lidstaten bestaande registratieplicht als een hindernis kon worden beschouwd, vooral bij grensoverschrijdende transacties. De Commissie nam de wijzigingsvoorstellen van het Europees Parlement op dat punt over en nam in het gewijzigde voorstel op dat geen verdere formaliteiten zouden zijn vereist voor de geldigheid van een eigendomsvoorbehoud.

Met betrekking tot de gevolgen van een overeengekomen eigendomsvoorbehoud bepaalde het oorspronkelijke voorstel van de Commissie dat 'zodra de betalingstermijn is verstreken zonder dat de koper heeft betaald, kan de verkoper eisen dat hem de betrokken waren worden terugbezorgd.' In aansluiting op het advies van het Economisch en Sociaal Comité en de door het Europees Parlement voorgestelde wijzigingen, bracht het gewijzigde voorstel expliciet tot uitdrukking dat de

³⁷ *PbEG* 1998, C 407 van 28 december 1998, p. 54.

³⁸ *PbEG* 1998, C 313 van 12 oktober 1998, p. 146.

³⁹ *PbEG* 1998, C 374 van 3 december 1998, p. 4 e.v.

lidstaten ervoor dienden te zorgen dat het eigendomsvoorbehoud tegenstelbaar was aan derden en in het bijzonder ook in het faillissement van de koper.

Het gewijzigde voorstel van de Commissie van december 1998 zag er uiteindelijk als volgt uit.

Artikel 2 lid 3 bevatte de volgende definitie van het eigendomsvoorbehoud:

‘de niet aan vormvereisten gebonden overeenkomst dat de verkoper eigenaar blijft van de betrokken goederen totdat de prijs volledig is betaald.’

Artikel 4 bepaalde met betrekking tot het eigendomsvoorbehoud:

1. De lidstaten zorgen ervoor dat de verkoper eigenaar blijft mits een beding inzake voorbehoud van eigendomsrecht werd overeengekomen. Behalve een afzonderlijk contract, wordt een dergelijke overeenkomst als geldig beschouwd indien het beding inzake voorbehoud van eigendomsrecht is opgenomen in het standaardverkoopcontract, op de factuur of op de bij de goederen gevoegde leveringsdocumenten die de koper uiterlijk op het tijdstip van levering heeft ontvangen en waartegen hij geen bezwaar heeft gemaakt. Er is geen andere formaliteit vereist.
2. De lidstaten erkennen de geldigheid van de bedingen in de bijlage of van die welke een gelijkaardige werking hebben.
3. Zodra de betalingstermijn is verstreken zonder dat de koper heeft betaald, kan de verkoper eisen dat hem de betrokken goederen worden terugbezorgd. De lidstaten zorgen ervoor dat het voorbehoud van eigendomsrecht bindend is tegenover derden, zelfs bij faillissement van de debiteur of in geval van gelijk welke andere procedure die daarmee overeenkomstig de wetgeving van de lidstaten kan worden gelijkgesteld. Pas wanneer de koper de goederen in bezit neemt, is deze voor elke schade aan of voor elk verlies van die goederen aansprakelijk.
4. De lidstaten kunnen maatregelen nemen ter bescherming van de bonafide derde met betrekking tot reeds door de debiteur gedane aanbetalingen. Zij kunnen ook maatregelen nemen voor goederen die in een ander roerend of onroerend goed zijn verwerkt.’

De Raad gooid echter roet in het eten. Ondanks de pogingen van de Commissie en het Europees Parlement – mede op grond van de door de Commissie vastgestelde breed gedragen wens uit de praktijk – om te komen tot harmonisering van het recht van de lidstaten op het terrein van het eenvoudige eigendomsvoorbehoud, merkte de Raad in haar gemeenschappelijk standpunt van 29 juli 1999⁴⁰ op:

⁴⁰ Gemeenschappelijk standpunt (EG) nr. 36/1999 van 29 juli 1999, vastgesteld door de Raad, volgens de procedure van artikel 251 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, met het oog op de aanneming van een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties, *PbEG* 1999, C 284 van 6 oktober 1999, p. 1 e.v.

‘De Raad heeft getracht de positie van de schuldeiser te verbeteren op de drie gebieden waar de behoefte aan geharmoniseerde regels het grootst is. Het betreft de termijn na het verstrijken waarvan interest verschuldigd is, het niveau van de op betalingsachterstanden verschuldigde interest en de noodzaak invorderingsprocedures voor onbetwiste schulden binnen 90 dagen af te ronden. Voor de andere onder het Commissievoorstel vallende gebieden was de Raad niet overtuigd van de noodzaak of zelfs de mogelijkheid van harmonisatie. Het betreft het voorbehoud van eigendomsrecht (artikel 4 van het gewijzigde Commissievoorstel) (...)’.

Met betrekking tot de regeling in artikel 4 met betrekking tot het eigendomsvoorbehoud werd opgemerkt:

‘De Raad kon artikel 4 van het gewijzigde Commissievoorstel betreffende het voorbehoud van eigendomsrecht niet accepteren. De lidstaten betwijfelden sterk of deze bepaling de betalingen werkelijk zou bespoedigen. Naar hun oordeel is het voorbehoud van eigendomsrecht veeleer een instrument om de schuldeiser te beschermen tegen de aan insolventie van de schuldenaar verbonden risico’s. Zij waren er ook beducht voor dat het opnemen van bepalingen betreffende het voorbehoud van eigendomsrecht, in het bijzonder een uitgebreide bepaling, gevolgen zou hebben voor hun nationale eigendoms- en insolventiewetgeving, die door de richtlijn onverlet moet worden gelaten. De Commissie legde zich er uiteindelijk bij neer dat er helemaal geen meerderheid is om dit artikel in de richtlijn te handhaven. Het artikel werd dan ook geschrapt uit de tekst van het gemeenschappelijk standpunt. De amendementen nrs. 18, 19 en 21 van het Europees Parlement zijn derhalve niet van toepassing.’

Uiteindelijk deed het Europees Parlement nog een poging alsnog een bepaling over het eigendomsvoorbehoud in de richtlijn te krijgen langs de lijnen van het gewijzigde voorstel van de Commissie.⁴¹ Omdat de Raad zich niet kon vinden in elke door het Europees Parlement voorgestelde wijziging, waaronder die inzake het eigendomsvoorbehoud, werd op de voet van – toen – artikel 251 van het EG-Verdrag een bemiddelingscomité bijeengeroepen. Dat heeft uiteindelijk geleid tot de publicatie van een gezamenlijke tekst waarover het Europees Parlement en de Raad het eens zijn geworden.⁴² Het verslag van het overleg van het bemiddelingscomité vermeldt:

41 *PbEG* 2000, C 296 van 18 oktober 2000, p. 178, amendement 20. Om onduidelijke redenen werd de reikwijdte van de bepaling daarbij beperkt tot ‘durable and/or capital goods’. Voorts werd de volgende bepaling toegevoegd: ‘Member States may adopt provisions dealing with down-payments already made by the debtor. They may limit or exclude recourse to retention of title in the following cases: (a) where a third party has acquired the goods in question in good faith; (b) where the goods in question have been incorporated into or mixed with other goods, unless the process can be reversed without causing significant damage to the other goods.’ Deze laatste toevoeging had, gelet op de huiver van de Raad om te treden in het goederenrecht van de lidstaten, beter achterwege kunnen blijven of op dezelfde wijze als het oorspronkelijke voorstel van de Commissie kunnen worden vormgegeven, zodat duidelijker tot uitdrukking zou worden gebracht dat de richtlijn enkel ziet op het eenvoudige eigendomsvoorbehoud en de werking van allerlei uitgebreidere varianten van het eigendomsvoorbehoud zou overlaten aan de lidstaten. De Commissie kon zich met het voorstel van het Europees Parlement verenigen, met uitzondering van de beperking tot ‘durable and/or capital goods’, zie advies van Commissie van 8 maart 2000, COM (2000) 133 def.

42 1998/0099 (COD) C5-0205/00, te raadplegen via www.europarl.europa.eu/oeil.

'Parliament's delegation to the Conciliation Committee felt that the outcome of conciliation was very satisfactory, as the joint text had incorporated most of Parliament's main amendments, either in full or in a reworked form.'⁴³

Voor wat betreft het eigendomsvoorbehoud is de oogst van het Europees Parlement echter heel beperkt. Weliswaar is het begrip eigendomsvoorbehoud teruggekeerd in de richtlijn, maar de tekst van de richtlijn verraadt het gebrek aan politieke wil om met betrekking tot het eenvoudige eigendomsvoorbehoud eenvormige regels vast te stellen. De bepaling omtrent het eigendomsvoorbehoud is gereduceerd tot een tamelijk weinig zeggende erkenningsregeling. De richtlijn beoogt ervoor te zorgen dat:

'schuldeisers een eigendomsvoorbehoud op niet-discriminerende basis in de gehele Gemeenschap kunnen doen gelden, telkens wanneer het gaat om een beding van eigendomsvoorbehoud dat geldig is volgens de nationale bepalingen welke ingevolge het internationaal privaatrecht van toepassing zijn.'⁴⁴

Deze doelstelling is 'uitgewerkt' in artikel 4 van de richtlijn, dat bepaalt:

'De lidstaten zorgen ervoor, in overeenstemming met de nationale bepalingen die ingevolge het internationaal privaatrecht van toepassing zijn, dat de verkoper eigenaar blijft van de goederen totdat de prijs volledig is betaald, wanneer tussen koper en verkoper vóór de levering van de goederen uitdrukkelijk een beding van eigendomsvoorbehoud is overeengekomen.'

De richtlijn verplicht de lidstaten dus om ervoor te zorgen dat, in overeenstemming met de nationale bepalingen die op grond van het internationaal privaatrecht van toepassing zijn, de verkoper eigenaar blijft van de verkochte zaken tot de koopprijs volledig is betaald. Welk recht van toepassing is wordt evenwel niet nader gepreciseerd. De richtlijn bevat geen verwijzingsregel op dat vlak. Er wordt ook niet langer expliciet gerefereerd aan de werking van het eigendomsvoorbehoud tegenover derden, in het bijzonder schuldeisers van de koper en de curator in het faillissement van de koper. Daarmee lijkt de richtlijn te zijn gereduceerd tot iets wat alle lidstaten kennen, namelijk een contractueel beding inzake eigendomsvoorbehoud dat slechts werking heeft tussen partijen.⁴⁵ In mijn dissertatie heb ik betoogd dat, ondanks het ontbreken van de eerder voorgestelde expliciete verwijzing naar de derdenwerking van het eigendomsvoorbehoud, die

43 COD/1998/0099: 09/03/2000 - Conciliation committee: debates, te raadplegen via: www.europarl.europa.eu/oeil.

44 Considerans, par. 21.

45 Zie hierover o.a. Freudenthal, Milo & Schelhaas 2000, p. 298; Freudenthal, Milo & Schelhaas 2003, p. 92 en Milo 2003, p. 379 e.v.

derdenwerking toch besloten ligt in artikel 4 van de richtlijn.⁴⁶ Die gedachte blijkt niet juist te zijn geweest, gezien het arrest van het Hof van Justitie EG van 26 oktober 2006.⁴⁷

Uit dat arrest blijkt de zeer beperkte strekking van artikel 4 van de richtlijn. Het arrest heeft betrekking op een door de Europese Commissie ingesteld beroep tegen Italië in verband met de implementatie van artikel 4 van de richtlijn in het Italiaanse recht. Naar Italiaans recht kan een eigendomsvoorbehoud slechts aan schuldeisers van de koper worden tegengeworpen indien het schriftelijk is aangebracht op een document waarop een aan het beslag voorafgaande datum is vermeld.⁴⁸ Dit vereiste is uitgewerkt in een *decreto legislativo* dat voorschrijft dat een eigendomsvoorbehoud kan worden tegengeworpen aan schuldeisers van de koper 'indien het is aangebracht op elke voor de achtereenvolgende leveringen afgegeven factuur waarop een aan het beslag voorafgaande datum is vermeld en die regelmatig in de boeken is ingeschreven.'⁴⁹ De Commissie was van oordeel dat de verplichting om het eigendomsvoorbehoud op elke factuur aan te brengen teneinde het aan de schuldeisers van de koper te kunnen tegenwerpen, in strijd was met artikel 4 van de richtlijn. De Commissie stelde zich op het standpunt dat op grond van artikel 4 van de richtlijn de lidstaten ervoor moeten zorgen dat de verkoper eigenaar blijft van de verkochte zaken (en dat eigendomsrecht dus ook aan schuldeisers van de koper kan tegenwerpen) indien de verkoper het beding van eigendomsvoorbehoud uitdrukkelijk met de koper is overeengekomen vóór de levering van de zaken. Het stellen van additionele voorwaarden, zoals naar Italiaans recht het geval is, zou onverenigbaar zijn met de richtlijn. Het hof volgt de Commissie niet in die gedachte. Volgens het hof is de verwijzing in artikel 4 van de richtlijn naar de nationale bepalingen die ingevolge het internationaal privaatrecht van toepassing zijn, een verwijzing naar de voorwaarden voor de geldigheid van het beding van eigendomsvoorbehoud.⁵⁰ Een puur contractuele aangelegenheid dus. Volgens het hof heeft artikel 4 van de richtlijn geen betrekking op de tegenwerpbaarheid van het eigendomsvoorbehoud aan de schuldeisers van de koper:

'29. Gelet op de bewoordingen van artikel 4, lid 1, van richtlijn 2000/35 en het doel van deze richtlijn, kan uit deze bepaling evenwel niet worden afgeleid dat zij andere regels raakt dan die op grond waarvan met zoveel woorden de verkoper en de koper vóór de levering van goederen uitdrukkelijk een beding van eigendomsvoorbehoud kunnen opnemen en de verkoper eigenaar van de goederen kan blijven totdat de koopprijs volledig is betaald.

⁴⁶ Veder 2004, p. 59.

⁴⁷ HvJ EG 26 oktober 2006, C-302/05 (*Commissie/Italië*).

⁴⁸ Artikel 1524 van de Italiaanse Codice Civile.

⁴⁹ Artikel 11 lid 3 van decreto legislativo nr. 231 van 9 oktober 2002 (aangehaald in het arrest van het hof).

⁵⁰ R.o. 27 en 28.

30. Derhalve worden de in casu aan de orde zijnde regels, die betrekking hebben op de tegenwerpbaarheid van bedingen van eigendomsvoorbehoud aan derden, wier rechten door richtlijn 2000/35 niet worden geraakt, nog steeds bij uitsluiting door de interne rechtsorden van de lidstaten beheerst.⁵¹

Lidstaten zijn derhalve niet beperkt in het verbinden van additionele voorschriften aan de tegenwerpbaarheid van een eigendomsvoorbehoud aan de schuldeisers van de koper, in het bijzonder ook in het faillissement van de koper. De conclusie moet dan ook zijn dat deze richtlijn de praktijk niet verder heeft gebracht.⁵¹

De recente voorstellen voor aanpassing van de richtlijn,⁵² gericht op de tenuitvoerlegging van de Small Business Act⁵³ waarin de EU het belang van ondernemers in het midden- en kleinbedrijf centraal stelt in de Europese economische ontwikkelingen, brengt hierin geen verandering. Artikel 4 van de richtlijn blijft in die voorstellen ongewijzigd, ook al is één van de doelstellingen van de Small Business Act om de toegang van het MKB tot financiering te vergemakkelijken. De financiering door middel van leverancierskrediet dat gecureerd wordt door middel van een eigendomsvoorbehoud, wordt door deze voorstellen echter niet verder gebracht.

3.4 UNIDROIT Verdrag inzake internationale zekerheden op mobiel materieel

Hoewel het geen 'Europees' initiatief is, kan het in het kader van UNIDROIT – het in Rome gevestigde Internationaal Instituut voor de Unificatie van Privaatrecht – tot stand gekomen Verdrag inzake internationale zekerheden op mobiel materieel hier niet onvermeld blijven.

UNIDROIT heeft op 16 november 2001 in Kaapstad een verdrag tot stand gebracht dat voorziet in het raamwerk voor eenvormig recht voor goederenrechtelijke zekerheidsrechten op vliegtuigcasco's, vliegtuigmotoren en helikopters, rijdend spoorwagematerieel en ruimteobjecten (zoals satellieten).⁵⁴ Het verdrag

⁵¹ Zie ook Sigman & Kieninger 2007b, p. 33: 'The content of the final text of Art. 4 para. 1 of Directive 2000/35/EC is reduced to meaninglessness (...)'.
⁵² Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties, COM (2009) 126 def.

⁵³ Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité voor de Regio's, 'Denk eerst klein', Een 'Small Business Act' voor Europa, COM (2008) 394 def.

⁵⁴ Convention on international interests in mobile equipment, Cape Town, 16 november 2001. Het verdrag is in werking getreden op 1 maart 2006.

wordt per type zaak uitgewerkt in protocollen. Op dit moment zijn er protocollen tot stand gekomen met betrekking tot vliegtuigen⁵⁵ en spoorvoertuigen⁵⁶.

Het verdrag, dat van toepassing is wanneer de schuldenaar zich in een verdragsluitende staat bevindt,⁵⁷ regelt de vestiging en rechtsgevolgen van een internationaal zakelijk recht op de hiervoor genoemde zaken. Voor de toepassing van het verdrag is een internationaal zakelijk recht, een zakelijk recht dat is gevestigd op de in het verdrag aangewezen wijze op een voor individualisering vatbare zaak:

- (a) granted by the chargor under a security agreement;
- (b) vested in a person who is the conditional seller under a title reservation agreement; or
- (c) vested in a person who is the lessor under a leasing agreement.⁵⁸

Het internationale zakelijk recht omvat derhalve zowel beperkte zekerheidsrechten als vormen van zekerheidseigendom. De aard van het recht speelt een rol bij de beoordeling van de bevoegdheden van de zekerheidsgerechtigde bij verzuim van de schuldenaar.⁵⁹

Op grond van artikel 7 van het verdrag moet een internationaal zakelijk recht aan de volgende voorwaarden voldoen:

- ‘An interest is constituted as an international interest under this Convention where the agreement creating or providing for the interest:
- (a) is in writing;
 - (b) relates to an object of which the chargor, conditional seller or lessor has power to dispose;
 - (c) enables the object to be identified in conformity with the Protocol; and
 - (d) in the case of a security agreement, enables the secured obligations to be determined, but without the need to state a sum or maximum sum secured.’

Het verdrag voorziet in de inrichting van een internationaal register waarin, onder meer, de in het verdrag geregelde internationale zakelijke rechten kunnen worden ingeschreven.⁶⁰ Anders dan het register dat is voorzien in boek IX van de DCFR⁶¹ is dit een ‘asset-based’ en niet een ‘debtor-based’ register. Gelet op

55 Protocol to the Convention on international interests in mobile equipment on matters specific to aircraft equipment, Cape Town, 16 november 2001. Dit protocol is in werking getreden op 1 maart 2006.

56 Luxembourg Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters specific to Railway Rolling Stock, Luxemburg, 23 februari 2007. Dit protocol is nog niet in werking getreden.

57 Artikel 3 van het verdrag.

58 Artikel 2 lid 2 van het verdrag.

59 Artikelen 8-15 van het verdrag.

60 Artikel 16 van het verdrag.

61 Zie artikel IX.-3:301 e.v. DCFR.

de aard van de zaken waarop het verdrag en de inschrijving in het register betrekking hebben, is dat niet bezwaarlijk. Het staat niet in de weg aan de praktische bruikbaarheid van het register.

Inschrijving in het internationale register is van belang voor de bepaling van de rangorde van de rechten die op een zaak rusten. Als uitgangspunt geldt dat een in het internationale register ingeschreven zakelijk recht voorrang heeft boven elk ander later ingeschreven zakelijk recht en niet ingeschreven zakelijke rechten.⁶² Voorts is inschrijving een vereiste voor de tegenwerpbaarheid van het internationale zakelijke recht in de insolventie van de schuldenaar, zij het dat deze bepaling geen afbreuk doet aan het toepasselijke nationale recht indien dat bepaalt dat het zakelijke recht (ook zonder inschrijving) kan worden ingeroepen in de insolventie van de schuldenaar.

Op 28 april 2009 is ook de Europese Unie toegetreden tot het verdrag en het protocol dat betrekking heeft op vliegtuigen. Het verdrag en dit protocol zijn op 1 augustus 2009 voor de Europese Unie in werking getreden. Op 10 december 2009 is het Protocol inzake spoorvoertuigen ondertekend door de Europese Unie.⁶³ Dit protocol is nog niet in werking getreden.

3.5 Verordening (EG) 2000/1346 betreffende insolventieprocedures

Het recht in de lidstaten van de Europese Unie vertoont belangrijke verschillen met betrekking tot de mate waarin en de wijze waarop zekerheidsgerechtigden, waaronder begrepen schuldeisers die zich op enigerlei vorm van zekerheidseigendom kunnen beroepen, worden betrokken in een insolventieprocedure. De belangen van de betrokkenen bij een insolventieprocedure, zoals de schuldenaar, de schuldeisers, aandeelhouders en werknemers, worden in de lidstaten verschillend gewogen. Dit heeft tot gevolg dat zekerheidsgerechtigden, afhankelijk van de lidstaat waar een insolventieprocedure wordt geopend, in meer of mindere mate (tijdelijk) kunnen worden belet om tot uitwinning van de met

⁶² Artikel 29 van het verdrag. Verdragsluitende staten hebben de bevoegdheid om door middel van een verklaring aan te geven welke categorieën van rechten (zonder inschrijving) voorrang hebben boven een ingeschreven zakelijk recht (bijvoorbeeld voorrechten of wettelijke pandrechten, e.d.). Zie bijvoorbeeld de verklaring die door Nederland is afgegeven met betrekking tot het recht van de Nederlandse Antillen en Aruba bij de toetreding van Nederland (met betrekking tot de Nederlandse Antillen en Aruba) tot het verdrag op 17 mei 2010. Deze verklaring is te raadplegen via www.unidroit.org.

⁶³ Ter uitvoering van het besluit van de Raad van 30 november 2009, *PbEU* 2009, L 331 van 16 december 2009.

zekerheidsrechten belaste goederen over te gaan,⁶⁴ al dan niet kunnen worden gebonden aan een gerechtelijk dwangakkoord en in een aantal gevallen andere schuldeisers voor zich moeten dulden bij de verdeling van de opbrengst van de met zekerheidsrechten belaste goederen, in het bijzonder werknemers of publiekrechtelijke instanties zoals de Belastingdienst of sociale zekerheidsinstellingen.

De hiervoor beschreven – grotendeels mislukte – pogingen om in Europees verband te komen tot enige vorm van harmonisatie van het materiële recht van de lidstaten op het terrein van het eigendomsvoorbehoud, verraden dat het nog wel enige tijd zal duren voordat een begin zal kunnen worden gemaakt met de harmonisering van het insolventierecht, in het bijzonder waar het betreft de positie van zekerheidsgerechtigden.⁶⁵

De eerste initiatieven om te komen tot een Europees verdrag op het terrein van het insolventierecht – de noodzaak van maatregelen op dat punt werd eigenlijk vanaf het prille begin van de EEG onderkend en daarover werd sinds 1960 ook onderhandeld –, trachtten nog enige vorm van harmonisatie op het vlak van het insolventierecht te bewerkstelligen.⁶⁶ Deze pogingen zijn gestrand. De Insolventieverordening (IVO) waarover uiteindelijk, in navolging van het Verdrag betreffende insolventieprocedures van 1995 dat de directe basis heeft gevormd voor de Insolventieverordening, overeenstemming is bereikt, is beperkt tot een regeling van (vrijwel alleen) de internationaal privaatrechtelijke aspecten van insolventieprocedures (rechtsmacht, toepasselijk recht en erkenning).

Het uitgangspunt van de Insolventieverordening is dat een hoofdinsolventieprocedure die is geopend in de lidstaat waar de schuldenaar het centrum van zijn voornaamste belangen heeft, zonder verdere formaliteiten in andere lidstaten dezelfde gevolgen heeft als in de lidstaat waar de procedure is geopend. Het recht van het land waar de insolventieprocedure is geopend, de *lex concursus*, wordt als het ware geëxporteerd door de gehele EU en beheerst in beginsel de gevolgen van de insolventieprocedure voor alle bij de insolventie betrokken partijen. Op dat uitgangspunt wordt echter een aantal uitzonderingen gemaakt. Een belangrijke uitzondering is te vinden in de artikelen 5 en 7 IVO, waarin de positie van zekerheidsgerechtigden is geregeld, voor zover hun rechten betrekking hebben

64 Mede als gevolg van de groeiende aandacht voor het versterken van de mogelijkheden van reorganisatie van ondernemingen die zijn onderworpen aan een insolventieprocedure, zijn dergelijke inbreuken in de vorm van een ‘automatic stay’ of afkoelingsperiode e.d., al dan niet gekoppeld aan een (exclusieve) bevoegdheid van de curator om de met zekerheidsrechten belaste goederen te executeren, steeds gebruikelijker.

65 In het recente rapport *Harmonisation of Insolvency Law at EU level* dat door INSOL Europe is opgesteld op verzoek van het Europees Parlement, blijven zekerheidsrechten geheel buiten beschouwing. Het rapport is te raadplegen via: www.insol-europe.org.

66 Zie bijvoorbeeld de Draft Convention on bankruptcy, winding-up, arrangements, compositions and similar proceedings van juni 1980, gepubliceerd in *Bulletin of the European Communities*, Supplement 2/82. In 1970 was een eerder concept verdrag verschenen (gepubliceerd in *RabelsZ* 1972-36, 734).

op goederen die zich ten tijde van de opening van de insolventieprocedure bevinden in een andere lidstaat.⁶⁷

In artikel 5 lid 1 IVO wordt de volgende regel gegeven met betrekking tot de gevolgen van een insolventieprocedure voor goederenrechtelijke (zekerheids) rechten op goederen in andere lidstaten:

‘De opening van de insolventieprocedure laat onverlet het zakelijk recht van een schuldeiser of van een derde op lichamelijke of onlichamelijke roerende of onroerende goederen – zowel bepaalde goederen als gehelen, met een wisselende samenstelling van onbepaalde goederen –, die toebehoren aan de schuldenaar en die zich op het tijdstip waarop de procedure wordt geopend op het grondgebied van een andere lidstaat bevinden.’

Ten aanzien van het eigendomsvoorbehoud kent artikel 7 lid 1 IVO een soortgelijke regel:

‘De opening van een insolventieprocedure tegen de koper van een goed laat de op een eigendomsvoorbehoud berustende rechten van de verkoper onverlet wanneer dat goed zich op het tijdstip waarop de procedure wordt geopend, bevindt op het grondgebied van een andere lidstaat dan de lidstaat waar de procedure is geopend.’

De regeling die aldus is opgenomen in de Insolventieverordening met betrekking tot de gevolgen van de opening van een insolventieprocedure op goederenrechtelijke (zekerheids)rechten, inclusief het eigendomsvoorbehoud, is niet zozeer een verwijzingsregel als wel een uniforme bepaling van materieel recht (voor internationale gevallen) die leidt tot een beperking van de universele werking van een hood procedure in de zin van artikel 3 lid 1 IVO.⁶⁸ Deze uitzondering vindt haar grondslag in de bescherming van het economisch verkeer van het land waar zich de betreffende goederen bevinden en de bevordering van de rechtszekerheid ten aanzien van de rechten die op deze goederen rusten. De uitzonderingspositie die in de Insolventieverordening is gecreëerd voor goederenrechtelijke rechten, wordt in de considerans van de verordening gemotiveerd met een verwijzing naar de belangrijke rol die goederenrechtelijke rechten vervullen bij de kredietverlening.⁶⁹

Met betrekking tot de insolventie van de verkoper bevat artikel 7 lid 2 IVO eveneens een bepaling van uniform materieel recht (voor internationale gevallen) met betrekking tot het eigendomsvoorbehoud:

⁶⁷ Voor rechten op goederen die zijn gelegen in de lidstaat waar de insolventieprocedure is geopend, geldt de *lex concursus* onverkort (artikel 4 IVO).

⁶⁸ Met betrekking tot de werking van de artikelen 5 en 7 IVO, zie Veder 2009, p. 299 e.v. (met verdere verwijzingen).

⁶⁹ Considerans, nr. 25.

‘De opening van een insolventieprocedure tegen de verkoper van een goed nadat de levering van dat goed heeft plaatsgevonden, is geen grond voor ontbinding of opzegging van de verkoop en belet de koper niet de eigendom van het gekochte goed te verkrijgen wanneer dit goed zich op het tijdstip waarop de insolventieprocedure is geopend, bevindt op het grondgebied van een andere lidstaat dan de lidstaat waar de procedure is geopend.’

De Insolventieverordening regelt daarmee welke invloed een zekerheidsgerechtigde ondervindt van de insolventie van de schuldenaar/zekerheidsgever. De Insolventieverordening gaat daarbij uit van het bestaan van een geldig zekerheidsrecht maar geeft niet aan aan de hand van welk recht moet worden beoordeeld of een bepaald recht geldig is gevestigd, welke bevoegdheden toekomen aan de zekerheidsgerechtigde en of een naar buitenlands recht gevestigd recht blijft voortbestaan (en op welke wijze en met welke inhoud) indien het tot uitwinning komt in een andere lidstaat. Dergelijke vragen zijn overgelaten aan het toepasselijke nationale recht.

3.6 Tussenbalans

Het beeld dat naar voren komt uit de hiervoor beschreven initiatieven van de Europese Unie om in het belang van de goede werking van de interne markt maatregelen te nemen op het terrein van de harmonisering of erkenning van zekerheidsrechten op roerende zaken die zich in de macht van de zekerheidsgever bevinden, is niet bepaald rooskleurig. Pogingen om te komen tot algemene regels omtrent de erkenning van dergelijke rechten zijn op niets uitgelopen en zelfs op het terrein van het eenvoudige eigendomsvoorbehoud konden geen eenvormige regels tot stand worden gebracht. De in paragraaf 2 beschreven obstakels waarmee marktpartijen in het grensoverschrijdende handels- en financieringsverkeer kunnen worden geconfronteerd, blijven dus voorsnog voortbestaan. Alleen op het terrein van het insolventierecht is de positie van zekerheidsgerechtigden iets duidelijker geworden, dat wil zeggen voor zover het schuldeisers betreft die zich kunnen beroepen op een zekerheidsrecht (waaronder begrepen vormen van zekerheidseigendom als het eigendomsvoorbehoud) op zaken die in een andere lidstaat zijn gelegen dan de lidstaat waar een insolventieprocedure is geopend ten aanzien van de zekerheidsgever. Hun rechten worden door de opening van de insolventieprocedure onverlet gelaten.

Door de toetreding van de Europese Unie tot het UNIDROIT Verdrag inzake internationale zekerheden op mobiel materieel, is echter wel een belangrijke stap gezet in de goede richting, die mogelijk enige inspiratie kan bieden voor de totstandkoming van een regeling op communautair niveau met een ruimere

reikwijdte en die een regeling biedt voor zaken waarop het UNIDROIT Verdrag en de bijbehorende Protocollen niet van toepassing zijn.

Hierna zal een tweetal mogelijke oplossingen voor de in paragraaf 2 beschreven problemen worden besproken: uniforme regels inzake het toepasselijk recht op en de erkenning van zekerheidsrechten op roerende zaken en de invoering van een Europees Zekerheidsrecht. Dit zijn vanzelfsprekend niet de enige richtingen waarin een oplossing zou kunnen worden gevonden. Harmonisering van het goederenrecht, in het bijzonder op het terrein van de zekerheidsrechten, van de lidstaten van de Europese Unie, waarbij een belangrijke rol is weggelegd voor boek IX van de DCFR, is in theorie ook een optie. Het lot van de hiervoor beschreven initiatieven en het (vooralsnog) ontbreken van het goederenrecht op de 'post-DCFR' agenda van de Commissie laten echter zien dat dat vooralsnog geen reële mogelijkheid is. Minder vergaande initiatieven maken wellicht een betere kans. Naar mijn mening verdient het de voorkeur de aandacht en energie zo veel mogelijk te richten op de oplossing van de in de praktijk bestaande problemen. Daarbij is iedere kleine stap in de goede richting er één. Inzetten op de harmonisering van het goederenrecht, in het bijzonder op het terrein van de zekerheidsrechten, zou er wel eens toe kunnen leiden dat het doel dat met dergelijke initiatieven wordt nagestreefd – het elimineren van belemmeringen voor de goede werking van de interne markt – ook in de komende decennia niet wordt bereikt. Daarmee is niet gezegd dat het eenvoudig zal zijn om overeenstemming te bereiken over uniforme verwijzings- en erkenningsregels met betrekking tot zekerheidsrechten op roerende zaken of de introductie van een uniform Europees Zekerheidsrecht. Dat het moeilijk is om zelfs kleine stappen in de goede richting te zetten, blijkt ook genoegzaam uit de hiervoor beschreven initiatieven. Ook minder vergaande projecten zullen een lange adem vergen maar zij lijken op voorhand politiek eerder haalbaar gelet op de minder vergaande inbreuk op het nationale recht van de lidstaten die ermee gepaard gaat.⁷⁰

70 Zie ook A. Flessner 2008, p. 340.

4 Uniforme verwijzings- en erkenningsregels met betrekking tot zekerheidsrechten op roerende zaken

Zoals in de inleiding is aangegeven, staat ingrijpen in het materiële goederenrecht van de lidstaten op dit moment niet op de Europese politieke agenda. In het Stockholm programma wordt daarentegen wel rekening gehouden met het opstellen van uniforme verwijzingsregels op het terrein van het zekerhedenrecht.¹ Dat is een optie die verder onderzoek verdient.

Het uitgangspunt in de meeste, zo niet alle, lidstaten van de Europese Unie is dat het goederenrechtelijke regime met betrekking tot zaken is onderworpen aan het recht van het land van ligging, de *lex rei sitae*. Dit algemeen aanvaarde uitgangspunt kan ook ten grondslag worden gelegd aan een Europese regeling op dit terrein.² Het land van ligging biedt een duidelijke en aanvaardbare aanknopingspunt voor de aanwijzing van het goederenrechtelijke regime met betrekking tot zaken die niet bestemd zijn om te worden gebruikt in het grensoverschrijdende handelsverkeer. Mochten zaken toch in een andere lidstaat terecht komen en daar worden uitgewonnen of het onderwerp zijn van nieuwe goederenrechtelijke handelingen, zoals de vestiging van nieuwe zekerheidsrechten, dan kan voor de vraag naar de invloed van de grensoverschrijding voor de op die zaak gevestigde zekerheidsrechten een aanvaardbare oplossing worden gevonden in een erkenningsregeling zoals die thans is neergelegd in artikel 5 WCG.

De plaats van ligging van zaken biedt echter niet in alle gevallen een overtuigende basis voor de aanwijzing van het toepasselijke goederenrechtelijke regime. Met betrekking tot roerende zaken hoeft niet of nauwelijks sprake te zijn van enige relevante verbondenheid met het recht van het land van ligging ten tijde van de goederenrechtelijke rechtshandeling. Dit is bijvoorbeeld het geval met betrekking tot voor export bestemde zaken, zaken met een naar hun aard continu

¹ *PbEU* 2010, C 115 van 4 mei 2010, p. 13: 'De Europese Raad is van oordeel dat de harmonisering van de verwijzingsregels op Unieniveau moet worden voortgezet waar dat nodig is, zoals bij scheiding van tafel en bed en echtscheiding. Die zou ook betrekking kunnen hebben op vennootschapsrecht, verzekeringscontracten en zekerheidsrechten.'

² Ondanks de pleidooien in de literatuur voor het aanvaarden van rechtskeuze in het internationale goederenrecht, zie recent Flessner 2010, p. 125 e.v.

variërende situs, zoals transportmiddelen (voertuigen, spoorvoertuigen, containers, e.d.), en goederen op transport. Voor dergelijke gevallen dienen bijzondere verwijzingsregels te worden geformuleerd die het mogelijk maken zekerheidsrechten te vestigen (of met werking tegenover derden een eigendomsvoorbehoud te bedingen) overeenkomstig één rechtsstelsel (bij transportmaterieel kan bijvoorbeeld worden gedacht aan aanknoping aan het ‘land van herkomst’³) of overeenkomstig het land van bestemming.⁴

Een belangrijk aandachtspunt voor een dergelijke Europese regeling is de wijze waarop moet worden omgegaan met naar vreemd recht gevestigde zekerheidsrechten. Indien overeenkomstig het recht van een bepaalde lidstaat een zekerheidsrecht is gevestigd op een roerende zaak, moet worden geregeld hoe in andere lidstaten met dat recht moet worden omgegaan als het tot uitwinning komt in die lidstaat of er nieuwe goederenrechtelijke handelingen met betrekking tot die zaak worden verricht. In paragraaf 2 is geschetst tot welke problemen dat op dit moment aanleiding kan geven. In de lidstaten die uitgaan van de zogeheten transformatieleer wordt een buitenlands zekerheidsrecht geconverteerd in een lokaal equivalent als gevolg waarvan de inhoud van het zekerheidsrecht en de bevoegdheden van de zekerheidsgerechtigde kunnen wijzigen. Zoals in paragraaf 2 bleek, is het niet ongebruikelijk dat het gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten in de lidstaten wordt gebruikt als argument om, bij gebreke van een vergelijkbare rechtsfiguur in het nationale recht, een vreemd zekerheidsrecht zelfs in het geheel niet te erkennen.

Ingrijpen van de Europese regelgever is hier op zijn plaats. Verscheidenheid van recht mag niet leiden tot het verval van rechten. Het past geheel in het aan de interne markt ten grondslag liggende ideaal van een vrij verkeer van goederen, diensten en kapitaal dat zekerheidsrechten op roerende zaken in het geval van grensoverschrijding hun gelding behouden en niet door de enkele grensoverschrijding van ‘kleur’ verschieten of, bij gebreke van een vergelijkbaar zekerheidsrecht of het niet voldoen aan bepaalde formaliteiten die zijn voorgeschreven voor nationale zekerheidsrechten in het nieuwe land van ligging, zelfs geheel verloren gaan.⁵ Een Europese regeling zou dan ook tot uitgangspunt dienen te nemen dat een zekerheidsrecht dat naar vreemd recht geldig werd gevestigd,

³ Zie Verhagen 2007, p. 475.

⁴ Een dergelijke (beperkte) rechtskeuzemogelijkheid dient wel gepaard te gaan met een opdracht aan de lidstaten die vereisen dat zekerheidsrechten worden ingeschreven in een openbaar register, een dergelijke inschrijving mogelijk te maken ook indien de betreffende zaken zich nog in een andere lidstaat bevinden.

⁵ Vgl. Verhagen 2007a, p. 27 e.v. (‘De communautaire dimensie’) en Flessner 2008, p. 341/342: ‘radical full faith and credit to security rights validly created under a member state’s domestic law would be a way to avoid the blatant obstacles to cross-border security that make the present situation so intolerable.’

blijft voortbestaan zonder dat daaraan nadere vereisten worden gesteld, zoals inschrijving in een openbaar register (als dat naar het interne recht van het nieuwe land van ligging vereist is).⁶

Een toekomstige Europese regeling zou zich op dit punt moeten oriënteren op de in artikel 5 WCG neergelegde assimilatieleer.⁷ In de assimilatieleer vindt geen conversie plaats van een naar buitenlands recht geldig gevestigd zekerheidsrecht in een daarmee vergelijkbaar recht van de nieuwe plaats van ligging. Het buitenlandse recht blijft als zodanig voortbestaan met de inhoud zoals die naar het toepasselijke buitenlandse recht geldt, zij het dat dat recht niet kan worden uitgeoefend voor zover dat in strijd zou komen met het recht van het nieuwe land van ligging. In de assimilatieleer wordt het ontstaan van een zakelijk recht dus beheerst door het recht van de plaats van ligging ten tijde van het relevante goederenrechtelijke rechtsfeit. Dat recht beheerst ook de inhoud van het aldus ontstane recht, ook na verplaatsing van de zaak naar een ander land. Het recht van het oorspronkelijke land van ligging bepaalt daarmee primair de bevoegdheden die toekomen aan de zekerheidsgerechtigde, ook in het nieuwe land van ligging. Hij kan deze uitoefenen behalve voor zover zij onverenigbaar zijn met het recht van het nieuwe land van ligging.

De ingreep in het materiële recht van het nieuwe land van ligging die het gevolg is van het voortbestaan van zekerheidsrechten met een door buitenlands recht beheerste inhoud, is in zekere zin beperkt. Indien de betreffende zaak in het nieuwe land van ligging het voorwerp is van een nieuwe goederenrechtelijke handeling (bijvoorbeeld de vestiging van een zekerheidsrecht), zal het recht van het nieuwe land van ligging bepalen wat de verhouding is tussen het nieuw gevestigde en het reeds op de zaak rustende recht en in hoeverre de verkrijger van dat nieuwe recht wordt beschermd tegen het eerder gevestigde buitenlandse recht. Indien het tot uitwinning komt in het nieuwe land van ligging, al dan niet in het kader van een in dat land geopende insolventieprocedure, bepaalt het recht van dat land eveneens de rangorde van de zekerheidsgerechtigde bij de verdeling van de executieopbrengst.⁸ De erkenning van naar buitenlands recht geldig gevestigde rechten doet daarmee geen afbreuk aan de afweging die in een

6 Dit veronderstelt uiteraard dat lidstaten bereid zijn om dergelijke registratievereisten die zij kennen voor het interne recht, buiten toepassing te laten voor naar buitenlands recht gevestigde zekerheidsrechten. Omdat dit potentieel diep ingrijpt in het lokale goederenrecht, zou dit een belangrijke barrière kunnen vormen voor de totstandkoming van een dergelijke regeling op Europees niveau. Als alternatief zou kunnen worden overwogen dat de zekerheidsgerechtigde een bepaalde termijn wordt gegund om aan lokale inschrijvingsvereisten te voldoen (zoals bijvoorbeeld wordt voorgesteld in Recommendation 45 van de UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions en zoals is voorzien in artikel IX.-3:108 DCFR). Het nadeel daarvan is dat de zekerheidsgerechtigde steeds alert moet zijn op mogelijke grensoverschrijding van de bezwaarde zaken en zich moet informeren over lokale vereisten die moeten worden vervuld om zijn zekerheidsrecht te laten voortbestaan (met alle kosten van dien). Zie hierover ook Kreuzer 2008, p. 311.

7 Anders: Polak, die aan een Europese ipr-regeling ten grondslag wil leggen dat een buitenlands zekerheidsrecht wordt geconverteerd in een lokaal equivalent van het nieuwe land van ligging, zie Polak 2006, p. 128.

8 Vgl. artikel 4 van de EG Insolventieverordening.

bepaalde lidstaat wordt gemaakt met betrekking tot de positie van betrokkenen bij een executie (bijvoorbeeld door middel van de toekenning van voorrechten aan bepaalde typen vorderingen).

Het incorporeren van de assimilatieleer in een Europese regeling is echter geen panacee. Ook bij de erkenning van naar vreemd recht gevestigde zekerheidsrechten en de inpassing van dergelijke zekerheidsrechten in het beslag- en executierecht van andere lidstaten, kunnen problemen ontstaan. Een zekerheidsgerechtigde met een naar vreemd recht gevestigd zekerheidsrecht kan zijn bevoegdheden immers niet uitoefenen voor zover dat onverenigbaar is met het recht van het nieuwe land van ligging. Hier kan het gesloten stelsel van goederenrechtelijke (zekerheids)rechten in het nieuwe land van ligging de schuldeiser mogelijk toch parten gaan spelen. Indien het nieuwe land van ligging geen met het buitenlandse recht vergelijkbaar zekerheidsrecht kent, zou uitoefening van het buitenlandse zekerheidsrecht wellicht al snel tegen de grenzen kunnen aanlopen van wat nog verenigbaar wordt geacht met het recht van het nieuwe land van ligging. Indien zou worden volstaan met een op artikel 5 WCG gebaseerde regeling op grond waarvan naar buitenlands recht gevestigde zekerheden ook na grensoverschrijding op de bezwaarde zaak blijven rusten met de door buitenlands recht beheerste inhoud, is weliswaar een belangrijke principiële stap gezet maar blijft een mate van onzekerheid over de positie van de zekerheidsgerechtigde bestaan.

Uiteindelijk lijkt harmonisering of uniformering van het zekerhedenrecht binnen de Europese Unie de meest aangewezen oplossing om (ook) aan dit probleem het hoofd te bieden,⁹ maar het is duidelijk dat op dat vlak op korte termijn geen resultaten zijn te verwachten. Een aanzet voor een oplossing die in ieder geval enige duidelijkheid en zekerheid brengt, is wellicht te vinden in de ontwerprichtlijn van 1973.¹⁰ Deze ontwerprichtlijn was gebaseerd op het beginsel van de erkenning van naar buitenlands recht gevestigde zekerheidsrechten en wees voor iedere lidstaat aan aan de hand van welke regels uitwinning van vreemde rechten zou moeten plaatsvinden en hoe de rangorde van dergelijke rechten zou moeten worden bepaald ook als geen lokaal equivalent voor het buitenlandse zekerheidsrecht bestond. Aan die benadering kan inspiratie worden ontleend voor een nieuwe Europese regeling op dit vlak. De introductie van een regeling die bijvoorbeeld voorschrijft dat de houder van een naar buitenlands recht geldig gevestigd zekerheidsrecht *in ieder geval* de rechten zal kunnen

9 Vgl. Kreuzer 1990, p. 633: 'Diese materielle Situation würde sich durch eine multilaterale Anerkennungskonvention nicht ändern, weil die Reziprozität der Anerkennung die bestehenden Inkompatibilitäten von fremden Sicherungsrechten und nationalen Gläubigerordnungen nicht beseitigt. Eine Anerkennungskonvention setzt vielmehr die Vereinheitlichung oder wenigstens Angleichung der substantiell unterschiedlichen nationalen Sachvorschriften über Mobiliarsicherheiten voraus.'

10 Zie par. 3.1.

uitoefenen van een nader aangeduid lokaal zekerheidsrecht zou op zijn minst enige zekerheid creëren. Deze oplossing is natuurlijk verre van ideaal, maar moet het belang van zekerheid niet prevaleren? Het zou in ieder geval een tijdelijke oplossing kunnen bieden voor zolang als de systemen van zekerheidsrechten zo uiteen lopen als thans het geval is. Het is een klein stapje in de goede richting die marktpartijen de zekerheid geeft dat bestaande rechten in ieder geval niet geheel kunnen vervallen als gevolg van de diversiteit aan rechtssystemen en ze tevens enige houvast geeft bij het inschatten van hun positie als het tot uitwinning komt in een andere lidstaat.

Langs de weg van het internationaal privaatrecht kan in ieder geval worden bereikt dat de vestiging en de erkenning van zekerheidsrechten op dezelfde voet worden beoordeeld in alle lidstaten van de Europese Unie. Voorkomen kan worden dat geldig gevestigde zekerheidsrechten verloren gaan door enkele grensoverschrijding van de zaken waarop zij rusten. Maar de verschillen tussen de nationale zekerhedenstelsels blijven bestaan. Indien zekerheidsrechten moeten worden gevestigd op roerende zaken in meer dan één lidstaat, blijft het noodzakelijk verschillende typen zekerheidsrechten te vestigen, waarbij moet worden voldaan aan uiteenlopende vestigingsformaliteiten, en dient rekening te worden gehouden met verschillen in het executie- en faillissementsrecht. Aan de met de verscheidenheid aan rechtssystemen verbonden onzekerheden en kosten wordt met een ipr-regeling geen einde gebracht.

5 Een Europees Zekerheidsrecht

De harmonisering of uniformering van het zekerhedenrecht van de lidstaten van de Europese Unie is een moeilijke en lange weg met vele obstakels. Maatregelen die te diep ingrijpen in het nationale zekerhedenrecht van de lidstaten roepen veel wantrouwen op en lijken vooralsnog in de Europese politieke arena niet bespreekbaar. Tegelijkertijd moet er wel naar worden gestreefd de problemen waarmee het grensoverschrijdende handels- en financieringsverkeer geconfronteerd wordt, van (een begin van) passende oplossingen te voorzien.

In 1990 lanceerde de Duitse jurist Karl Kreuzer de belangwekkende gedachte van de introductie van een uniform Europees Zekerheidsrecht dat niet in de plaats van maar in aanvulling op de reeds bestaande (en per lidstaat sterk verschillende) zekerheidsrechten zou moeten gaan opereren.¹ De introductie van een dergelijk Europees Zekerheidsrecht zou aan een deel van de gesignaleerde problemen tegemoet kunnen komen, zonder dat daarbij (al te) rigoureuus wordt ingegrepen in het nationale recht van de lidstaten. Indien partijen in staat zouden zijn op roerende zaken,² ongeacht waar deze zich in de Europese Unie bevinden, een zekerheidsrecht te vestigen met inachtneming van één set regels, leidt dat niet alleen tot een vermindering van transactiekosten, maar vooral tot de zekerheid dat een op die basis gevestigd recht overal in de Europese Unie zal worden erkend en de (uniforme) bevoegdheden geeft die daaraan zijn verbonden.

De introductie van een dergelijk Europees Zekerheidsrecht past (inmiddels) ook in de ontwikkelingen op het terrein van de zekerheidsrechten binnen de Europese Unie. Door de toetreding van de Europese Unie tot het UNIDROIT Verdrag van Kaapstad is een uniform internationaal zekerheidsrecht binnen de Europese Unie geen onbekende figuur meer, zij het dat de reikwijdte daarvan is beperkt tot de in het verdrag genoemde (en in protocollen nader uitgewerkte of uit te werken) zaken. Maar de grondgedachte achter het verdrag – eenvoudige vestiging van een zekerheidsrecht dat in de verdragsluitende staten wordt erkend op basis van registratie in een centraal register met de in het verdrag en de

¹ Kreuzer 1990. Hij heeft deze gedachte herhaald in Kreuzer 1996, p. 292-294, en Kreuzer 2008, p. 314 e.v. Deze gedachte is onderschreven door, onder meer, Vegter 1994, p. 466-467 en Sniijders 2006, p. 159 e.v.

² Het vestigen van een Europees Zekerheidsrecht zou ook mogelijk kunnen worden gemaakt met betrekking tot andere typen goederen dan roerende zaken.

protocollen nader uitgewerkte bevoegdheden – is goed toepasbaar bij de vestiging van zekerheidsrechten op andere zaken.

Het UNIDROIT Verdrag van Kaapstad en Boek IX van de DCFR bieden – naast de Model Law on Secured Transactions van de European Bank for Reconstruction and Development³ en de UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions⁴ – belangrijke aanknopingspunten om een dergelijk Europees Zekerheidsrecht nader gestalte te geven.⁵ Het gaat dan in het bijzonder om de functionele benadering die wordt gekozen met betrekking tot de kwalificatie van een recht als ‘zekerheidsrecht’, de wijze van vestiging van een zekerheidsrecht en het bewerkstelligen van de tegenwerpelijheid ervan aan derden, en de regels omtrent de rechten en de verplichtingen van de zekerheidsgever en de zekerheidsnemer vóór en na het intreden van verzuim.

De wijze waarop een Europees Zekerheidsrecht het beste kan worden vormgegeven, mede in aanmerking genomen dat het een plaats zal moeten krijgen naast de in de lidstaten bestaande zekerheidsrechten, vergt nog veel nadere studie. Het zal geen eenvoudig proces zijn en ook dit proces, als het door de Europese Commissie ter hand zou worden genomen, zal nog vele jaren vergen. Ik volsta op deze plaats met een schets van enkele uitgangspunten van een mogelijk Europees Zekerheidsrecht.

5.1 Functionele benadering

In de DCFR is, evenals in het UNIDROIT Verdrag van Kaapstad, gekozen voor een functionele benadering van het begrip ‘zekerheidsrecht’. Het begrip ‘zekerheidsrecht’ is ruim omschreven. Het omvat niet slechts beperkte zekerheidsrechten, zoals een pandrecht, maar strekt zich ook uit tot vormen van zekerheidseigendom, in het bijzonder ook eigendomsvoorbehoud.⁶ Deze benadering ligt ook ten grondslag aan de UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions en de Model Law on Secured Transactions van de European Bank

³ De Model Law on Secured Transactions van de EBRD is te raadplegen via www.ebrd.com.

⁴ De UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions is te raadplegen via www.uncitral.org.

⁵ Al deze regelingen zijn sterk geïnspireerd door het Amerikaanse model van artikel 9 UCC, zie Struycken 2009.

⁶ Zie artikel IX.-1:101-1:104. In de DCFR wordt ook het retentierecht aangemerkt als zekerheidsrecht (IX.-1:102 (2) (c) in verband met IX.- 2:114), worden allerlei varianten van wettelijke pandrechten onder het bereik van de regeling gebracht (IX.-1:101 (2) (c)) en wordt ook de beslaglegger voor de bepaling van zijn rangorde de positie van zekerheidsgerechtigde toegedicht (IX.-4:107). In het commentaar op de DCFR ontbreken echter beschouwingen omtrent de rechtvaardiging van de voorrangpositie die aldus wordt gecreëerd. Zo is het bepaald niet evident dat beslag leidt tot voorrang boven latere beslagleggers en zou kritisch moeten worden gekeken naar de situaties waarin wettelijke voorrangposities in de vorm van wettelijke pandrechten gerechtvaardigd zijn. Een regeling omtrent een Europees Zekerheidsrecht zou zich mijns inziens moeten beperken tot zekerheid die wordt verschaft op grond van een overeenkomst tussen zekerheidsgever en zekerheidsnemer.

for Reconstruction and Development. Die benadering zou ook moeten worden gekozen bij het vormgeven van een Europees Zekerheidsrecht.⁷ Een Europees Zekerheidsrecht moet bestaan naast de in de lidstaten reeds – op uiteenlopende dogmatische gronden – vormgegeven wijzen van zekerheidsverschaffing en moet niet gebaseerd zijn op een keuze voor de ene of de andere dogmatische benadering maar uitgaan van de bedoeling van partijen om zekerheid te verschaffen voor de nakoming van een verplichting tot betaling van een geldsom. Met de specifieke vorm van zekerheidsverschaffing – gaat het bijvoorbeeld om zekerheid in het kader van acquisitiefinanciering in de vorm van een eigendomsvoorbehoud of wordt zekerheid verstrekt voor ‘algemeen’ krediet door middel van een pandrecht of een zekerheidsoverdracht? – zou rekening kunnen worden gehouden bij de uitwerking van de bevoegdheden die worden toegekend aan de zekerheidsnemer.⁸ Maar het is ook niet ondenkbaar dat alle vormen van zekerheidsverschaffing worden geherkwalificeerd tot één Europees Zekerheidsrecht, zonder dat daaraan een gedifferentieerde uitwerking wordt gegeven.⁹

5.2 Vestiging

Een Europees Zekerheidsrecht moet op een eenvoudige en efficiënte manier kunnen worden gevestigd op huidige en toekomstige roerende zaken die in de macht van de zekerheidsgever komen of blijven en moet huidige en toekomstige vorderingen kunnen secureren.¹⁰

Zowel de DCFR als het UNIDROIT Verdrag van Kaapstad voorzien daarin. Van belang is in dat verband dat de DCFR, net als het UNIDROIT Verdrag van Kaapstad,¹¹ een onderscheid maakt tussen de vestiging van een zekerheidsrecht (hoofdstuk 2 ‘Creation and coverage’) en de tegenwerpelijke ervan aan derden (hoofdstuk 3 ‘Effectiveness as against third persons’). Dat onderscheid wordt ook gemaakt in de UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions en de

⁷ Zie ook Kreuzer 1990, p. 638 en Kreuzer 2008, p. 315.

⁸ Zie bijv. artikelen 8 en 10 van het UNIDROIT Verdrag van Kaapstad en de bepalingen in hoofdstuk 7 (‘Default and Enforcement’) van boek IX DCFR. De DCFR volgt ten aanzien van ‘acquisition finance devices’ als gedefinieerd in artikel IX.-1:201 (3) DCFR waarbij gebruik wordt gemaakt van een ‘retention of ownership device’ als gedefinieerd in artikel IX.-1:103 (eigendomsvoorbehoud, financial lease e.d.) een benadering die tracht de ‘traditionele’ benadering – de zekerheidsgerechtigde kan revindiceren – te combineren met de ‘more modern concept of the security right for acquisition finance’ (zie het commentaar bij IX.-1:103 onder B) – het toekennen van ‘superpriority’ aan de zekerheidsgerechtigde (zie artikel IX.-4:102).

⁹ Zo was het Europees Zekerheidsrecht door Kreuzer bepleit (Kreuzer 1990, p. 638). De EBRD Model Law on Secured Transactions voorziet bijvoorbeeld in herkwalificatie van een eigendomsvoorbehoud in een ‘unpaid vendor’s charge’, zie artikel 9 van de Model Law.

¹⁰ Vgl. par. 2 en 7 van de door de European Bank of Reconstruction and Development opgestelde ‘Core principles for a secured transactions law’, te raadplegen via www.ebrd.com. Zie ook Recommendation 1 (c) en (e) van de UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions.

¹¹ Zie artikelen 7, 29 en 30 van het verdrag.

EBRD Model Law on Secured Transactions en wijkt af van de ‘alles of niets’-benadering van het Nederlandse recht met betrekking tot zekerheidsrechten op roerende zaken – er is een zekerheidsrecht met derdenwerking (waaronder begrepen het eigendomsvoorbehoud) of er is geen zekerheidsrecht.

Aan de vestiging – tussen partijen – van een zekerheidsrecht worden geen al te strenge eisen gesteld. In essentie komen beide regelingen erop neer dat door en met het sluiten van een zekerheidsovereenkomst (‘security agreement’) een zekerheidsrecht tot stand komt op de door partijen aangeduide zaken dat door de zekerheidsnemer kan worden ingeroepen jegens de zekerheidsgever indien deze een door het zekerheidsrecht gedekte vordering heeft.

Het UNIDROIT Verdrag van Kaapstad kent op dit punt de meest eenvoudige regeling. Artikel 7 van het verdrag bepaalt:

‘An interest is constituted as an international interest under this Convention where the agreement creating or providing for the interest:

- (a) is in writing;
- (b) relates to an object of which the chargor, conditional seller or lessor has the power to dispose;
- (c) enables the object to be identified in conformity with the Protocol; and
- (d) in the case of a security agreement, enables the secured obligations to be determined, but without the need to state a sum or maximum sum secured.’

De regeling in de DCFR is ietwat complexer en roept een aantal vragen op. Voor de vestiging van een zekerheidsrecht vereist artikel IX.-2:102 dat het goed bestaat en overdraagbaar is, dat de gecureerde verplichting bestaat en dat de in de DCFR neergelegde overige voorwaarden voor het ontstaan van het zekerheidsrecht zijn vervuld.¹² Tot die voorwaarden behoren dat er een geldige titel voor de vestiging van het zekerheidsrecht bestaat, dat de betreffende zaak of zaken individualiseerbaar zijn en dat er wilsovereenstemming voor de vestiging is.¹³ Zodra aan al deze vereisten is voldaan, komt het zekerheidsrecht tot stand.¹⁴

Op het eerste gezicht lijkt de DCFR daarmee de vestiging van een zekerheidsrecht op toekomstige zaken of voor toekomstige vorderingen niet mogelijk te maken.¹⁵ Artikel IX.-2:104 (3) voegt daar echter aan toe:

¹² Artikel IX.-2:102 DCFR. De overige voorwaarden waaraan moet worden voldaan, zijn neergelegd in subsection 2 (granting of security right), subsection 3 (retention of security right) en subsection 4 (right of retention of possession).

¹³ Artikel IX.-2:105. Het vereiste dat een zekerheidsrecht slechts kan bestaan met betrekking tot individualiseerbare zaken, vloeit voort uit de algemene beginselen van goederenrecht. Dat is wat ook in de DCFR tot uitdrukking wordt gebracht, zie het commentaar onder B op artikel IX.-2:105, p. 5418. De zaken hoeven niet in het contract zelf te worden gespecificeerd, tenzij sprake is van een ‘retention of ownership device’ (zie artikel IX.-2:201).

¹⁴ Artikel IX.-2:106.

¹⁵ Vgl. Struycken 2009, p. 170, voetnoot 122.

'If the parties purport to create a security right in a future (...) asset, the security right arises only if and when the asset comes into existence (...)'.

De vestiging van een zekerheidsrecht bij voorbaat is derhalve mogelijk. Deze bepaling geldt volgens de vijfde paragraaf van dat artikel ook, *mutatis mutandis*, voor de vestiging van een zekerheidsrecht voor toekomstige vorderingen:

'Paragraph (3) sentence 1 applies with appropriate adaptations to the creation of security rights for secured rights which are future or only conditional.'

Uit de toelichting valt vervolgens op te maken dat het gegeven dat het zekerheidsrecht daarmee pas tot stand komt op het moment dat de gecureerde vordering ontstaat of onvoorwaardelijk wordt, niet noodzakelijkerwijs invloed heeft op de rangorde van het zekerheidsrecht omdat daarvoor in beginsel het moment van registratie beslissend is en niet het moment van vestiging.¹⁶

5.3 Registratie en derdenwerking

De werking jegens derden van een tussen partijen geldig gevestigd zekerheidsrecht is in het UNIDROIT Verdrag van Kaapstad en de DCFR afhankelijk gemaakt van registratie in een centraal register.¹⁷ De inschrijving is dus geen constitutief vereiste voor de vestiging van het zekerheidsrecht. Wil een zekerheidsrecht kunnen worden tegengeworpen aan verkrijgers van een goederenrechtelijk recht, waaronder een zekerheidsrecht, een beslaglegger of de curator in het faillissement van de zekerheidsgever, dan dient het zekerheidsrecht te zijn geregistreerd. Dit registratievereiste kan ook tot uitgangspunt worden genomen voor het Europees Zekerheidsrecht.¹⁸ Inschrijving in en het doorzoeken van een daartoe op te zetten register dienen wel efficiënt te kunnen geschieden en niet kostbaar te zijn. Met de huidige stand van de technologische ontwikkelingen zou dat echter geen probleem moeten zijn.

De basisingrediënten voor een Europees register waarin Europese Zekerheidsrechten kunnen worden gepubliceerd, worden aangereikt door het UNIDROIT Verdrag van Kaapstad en de DCFR.¹⁹ Anders dan het geval is in het UNIDROIT Verdrag van Kaapstad, dat uitgaat van een 'asset-based' register, moet er voor een

¹⁶ Commentaar onder D op artikel IX.-2:104, p. 5417.

¹⁷ Zie hoofdstuk VIII van het Verdrag van Kaapstad en hoofdstuk 3 van boek IX DCFR ('Effectiveness as against third persons'). De DCFR voorziet nog in andere manieren waarop derdenwerking kan worden bereikt, zoals het in de macht van de zekerheidsnemer brengen van de zaak, maar die zijn voor een Europees Zekerheidsrecht dat juist van belang is voor roerende zaken die niet in de macht van de zekerheidsgever worden gebracht, niet van belang.

¹⁸ Kreuzer was voorstander van registratie maar dan als vestigingsvereiste, zie Kreuzer 1990, p. 640. Zie over nut, noodzaak en vormen van registratie van zekerheidsrechten: Struycken 2009, p. 115 e.v.

¹⁹ Hoofdstuk IV en V van het Verdrag van Kaapstad en artikel IX.-3:301-3:333 DCFR.

centraal Europees Zekerheidsregister echter worden gekozen voor een ‘debtor-based’ register, zoals is voorzien in de DCFR. Gelet op de aard van de zaken, is het hanteren van een asset-based register in het UNIDROIT Verdrag van Kaapstad niet problematisch. Een register waarin zekerheidsrechten op tal van verschillende typen roerende zaken worden geregistreerd, wordt echter onhanterbaar indien niet zou worden gekozen voor een systeem waarbij zekerheidsrechten worden geregistreerd op basis van de zekerheidsverlener.

Zoals tot uitgangspunt wordt genomen in de DCFR, zou de inschrijving in het register een beperkte omvang moeten hebben. Het is wenselijk te kiezen voor een systeem van ‘notice filing’ waarbij slechts die informatie wordt geregistreerd die noodzakelijk is om kenbaar te maken dat er een zekerheidsrecht is gevestigd op bepaalde goederen van een zekerheidsverlener en die potentiële rechtsverkrijgers of andere derden, zoals schuldeisers, in staat stelt navraag te doen bij de zekerheidsverlener of de zekerheidsnemer over de precieze omvang van de zekerheid.²⁰ Een inschrijving kan daarmee beperkt blijven tot: de naam en de adresgegevens van de zekerheidsverlener en een korte omschrijving van het onderpand, alsmede eventuele aanvullende informatie over het onderpand of de inhoud van het zekerheidsrecht, een datum waarop het zekerheidsrecht eindigt, en het maximumbedrag waarvoor op het bezwaarde goed verhaal kan worden genomen.²¹ Een dergelijke beperkte registratie betekent dat er ook mededelingsplichten moeten worden ingevoerd om belanghebbenden in staat te stellen de relevante gegevens te verkrijgen.²²

5.4 Inbedding in de nationale rechtsorde van de lidstaten

Een Europees Zekerheidsrecht zoals het hiervoor in navolging van Kreuzer is voorgesteld, is een alternatief dat wordt geboden in aanvulling op de in de lidstaten reeds bestaande zekerheidsrechten op roerende zaken en zal een plaats moeten krijgen in de rechtsorde van de lidstaten. In het bijzonder zal aandacht moeten worden besteed aan de verhouding tot lokale zekerheidsrechten die op een zaak kunnen zijn of worden gevestigd en de plaats die het Europees Zekerheidsrecht zal innemen in het executierecht en het faillissementsrecht van de lidstaten. Het uitgangspunt dient daarbij te zijn dat, wil het project enige kans van slagen hebben, de ingrepen in het nationale recht en de daaraan ten grondslag liggende keuzes ten aanzien van de positie van betrokkenen, zo gering mogelijk moeten zijn.

²⁰ Zie ook Struycken 2009, p. 177 e.v.

²¹ Zie artikel IX.-3:306 en 3:307 DCFR.

²² Zie in dat verband artikel IX.-3:319 t/m 3:324 DCFR.

Een belangrijke vraag in dit verband is hoe de verhouding moet worden vastgesteld tussen een Europees Zekerheidsrecht en eventuele andere zekerheidsrechten die krachtens het recht van de lidstaten op een zaak kunnen worden gevestigd.²³ Kieninger en Sigman suggereren dat in lidstaten waar geen systeem van openbare registratie van zekerheidsrechten op roerende zaken geldt, zoals in Nederland en Duitsland, de enige oplossing zou zijn om een geregistreerd Europees Zekerheidsrecht voorrang te geven boven niet geregistreerde zekerheidsrechten, ongeacht het moment waarop zij zijn gevestigd.²⁴ Ik vraag me af of die gedachte juist is. Is het niet mogelijk om, gegeven het feit dat het Europees Zekerheidsrecht zal functioneren naast de overige in een lidstaat bestaande zekerheidsrechten, de verhouding tussen dergelijke zekerheidsrechten te bepalen aan de hand van het toepasselijk recht (de *lex rei sitae*), waarbij de uitkomst in beginsel zal worden bepaald door de vrijwel universeel aanvaarde prior tempore regel? Zo zal een eerder gevestigd en geregistreerd Europees Zekerheidsrecht voorrang hebben boven later op dezelfde zaak gevestigde lokale zekerheidsrechten (of andere Europese Zekerheidsrechten) en zal er, gelet op de registratie in het openbare Europese register, weinig tot geen ruimte zijn voor bescherming van de latere rechtsverkrijger. Andersom zal de vestiging en registratie van een Europees Zekerheidsrecht na de vestiging van een lokaal zekerheidsrecht ertoe kunnen leiden dat het lokale zekerheidsrecht kan worden tegengeworpen aan de houder van een Europees Zekerheidsrecht, tenzij de laatste zich kan beroepen op enige vorm van derdenbescherming. Het nadeel van deze benadering, die ruimte laat aan het nationale recht, is dat de uitkomst voor de houder van een Europees Zekerheidsrecht daarmee niet zonder meer dezelfde zal zijn in alle lidstaten. Maar dat is wellicht iets wat bij de huidige stand van zaken voor lief moet worden genomen.

Ook de invloed van zaaksvorming, vermenging of natrekking op het Europees Zekerheidsrecht, aspecten die in de DCFR een uitgebreide en op onderdelen van het huidige Nederlandse recht afwijkende regeling hebben gevonden,²⁵ moet naar mijn mening worden overgelaten aan het toepasselijke nationale recht. De gevolgen daarvan voor een Europees Zekerheidsrecht moeten niet anders zijn dan voor lokale zekerheidsrechten. Ook dat leidt ontegenzeggelijk tot verscheidenheid en maakt de positie van de houder van een Europees Zekerheidsrecht afhankelijk van de lidstaat waar de zaak zich bevindt op het moment dat zaaksvorming, vermenging of natrekking plaatsvindt, maar dergelijke ingrepen in de rechtsorde van de lidstaten en de daaraan ten grondslag liggende afwegingen, maken het problematischer binnen afzienbare tijd een regeling te

²³ In het oorspronkelijke voorstel van Kreuzer zou die situatie zich niet kunnen voordoen omdat op één zaak ofwel één of meerdere Europese Zekerheidsrechten ofwel één of meer lokale zekerheidsrechten zouden kunnen worden gevestigd, maar nooit een combinatie van beide, zie Kreuzer 1990, p. 638.

²⁴ Sigman & Kieninger 2007b, p. 34.

²⁵ Zie bijv. artikel VIII.-5:101-5:204 en artikel IX.-2:307-2:309 DCFR.

realiseren die een begin van een oplossing biedt voor de problemen waarmee de praktijk wordt geconfronteerd. Ook hier past bescheidenheid.

Voor de positie die toekomt aan een Europees Zekerheidsrecht in het geval van executie, in het bijzonder in het geval van faillissement van de zekerheidsgever, is het recht van de lidstaat waar de executie plaatsvindt of het faillissement wordt uitgesproken, beslissend. Dat geldt ook voor de rang die toekomt aan de gecureerde vordering bij de verdeling van de executieopbrengst. Sigman en Kieninger lijken dit te zien als een keuze die zou kunnen worden gemaakt:

'A pragmatic (in the sense of likely acceptability by the Member States) but perhaps not wholly satisfactory solution is simply to provide for the ESR's effectiveness, but leave it to the national laws of the Member States to define the secured creditor's rank in relation to privileged creditors, the mechanisms of enforcement, the possibilities of avoidance and the possibilities of the administrator to put a stay on enforcement in the interest of reorganisation; inclusion of a "most-favored-device" provision might mitigate some of the defects of this approach.'²⁶

Maar het feit is dat dit uitgangspunt in alle lidstaten ten grondslag ligt aan het huidige recht en daarin hoeft geen verandering te worden gebracht.²⁷ Zolang het executie- en insolventierecht van de lidstaten niet wordt geharmoniseerd – pogingen om dat te doen binnen het (beperkte) kader van de introductie van een Europees Zekerheidsrecht zouden de kans van slagen van het project ernstig belemmeren –, betekent dit dat de vraag of de houder van een Europees Zekerheidsrecht separatist is in het faillissement van de zekerheidsgever en of hij bepaalde schuldeisers voor zich zal moeten dulden bij de verdeling van de executieopbrengst niet op dezelfde wijze zal worden beantwoord binnen de Europese Unie.

Ook de introductie van een Europees Zekerheidsrecht op basis van een hiervoor door mij aangegeven bescheiden regeling leidt derhalve niet (noodzakelijkerwijs) tot een uniforme behandeling van dat recht binnen de Europese Unie. Veel blijft afhangen van het recht van de lidstaat waar bijvoorbeeld de executie plaatsvindt of het faillissement van de zekerheidsgever wordt uitgesproken. Dat is een gegeven waar partijen in het grensoverschrijdende handels- en financieringsverkeer ook nu rekening mee moeten houden en dat zal op korte termijn niet veranderen. Naar mijn idee geldt echter dat zo min mogelijk ingrijpen in de rechtsordes van de lidstaten, ook al leidt tot gebrek aan uniforme uitkomsten, de haalbaarheid van het project vergroot. We moeten niet teveel tegelijk willen en genoeg durven nemen met minder ideale uitkomsten in de wetenschap dat het

²⁶ Sigman & Kieninger 2007b, p. 35.

²⁷ Vgl. artikel 4 IVO. Uitzonderingen in artikelen 5 en 7 IVO.

slechts een stap in de goede richting is in een langdurig proces. Dat wordt ook onderkend door Sigman en Kieninger, waar zij schrijven:

'Thus, a European Security Right would in fact be far from uniform. Its value for the parties would to a considerable extent depend on the underlying national laws. However, its introduction could still be an important contribution to the creation of a single market with respect to secured transactions, because, at the least, it would provide a single device the effectiveness of which would be recognized in and out of insolvency in all Member States.'²⁸

5.5 Beperking tot grensoverschrijdende verhoudingen?

Een laatste punt waarop ik hier nog de aandacht wil vestigen, betreft de vraag of een Europees Zekerheidsrecht alleen gebruikt zou moeten kunnen worden in grensoverschrijdende transacties of dat het ook voor puur nationale transacties zou moeten kunnen worden gekozen, zoals ook onder het UNIDROIT Verdrag van Kaapstad is voorzien.²⁹ Toen Kreuzer de optie van een Europees Zekerheidsrecht lanceerde wilde hij de reikwijdte in beginsel beperken tot grensoverschrijdende transacties.³⁰ Het lijkt waarschijnlijk dat een dergelijke beperking het politieke draagvlak voor de introductie van een Europees Zekerheidsrecht vergroot. Tegelijkertijd zou het openstellen van de keuze voor een Europees Zekerheidsrecht in puur nationale verhoudingen kunnen bijdragen aan een gezonde competitie tussen rechtsstelsels die kan bijdragen aan geleidelijke harmonisatie van het nationale recht.³¹ Van groot belang is in dat verband of een Europees Zekerheidsrecht op zo'n manier wordt vormgegeven dat het tegemoet komt aan de behoeften van de praktijk en een aantrekkelijk(er) alternatief biedt voor de reeds bestaande zekerheidsrechten.³²

²⁸ Sigman & 2007b, p. 35.

²⁹ Artikel 50 van het verdrag.

³⁰ Kreuzer 1990, p. 638.

³¹ Zie ook Kieninger 2006 p. 167: '(...) such a European Security Interest could be used as a Trojan horse (...).'

³² Vgl. Smits 2006, p. 57 e.v. (in het bijzonder par. 23 e.v.).

6 Tot besluit

Een goed en efficiënt functionerend systeem van zekerheidsrechten is van groot belang voor de vergroting van de beschikbaarheid en de vermindering van de kosten van krediet en daarmee voor de bevordering van economische groei. Dat geldt niet alleen in een nationale context maar zeker ook in grensoverschrijdende verhoudingen. In dit preadvies heb ik getracht aan te geven dat het op dat punt binnen de Europese Unie schort aan 'Europeanisering' op het terrein van de zekerheidsrechten op roerende zaken. De verschillen die bestaan tussen het (internationale) goederenrecht en het executie- en insolventierecht van de lidstaten leiden tot onzekerheid en hogere kosten. In het bijzonder het gegeven dat naar buitenlands recht geldig gevestigde zekerheidsrechten in sommige lidstaten een wezenlijk andere inhoud krijgen of zelfs in het geheel niet worden erkend, is een probleem dat weliswaar al langer de aandacht heeft, maar tot op heden niet is opgelost. Pogingen om in Europees verband een begin van een oplossing te bieden voor de verscheidenheid van recht waar marktpartijen mee worden geconfronteerd, zijn tot op heden weinig succesvol gebleken. Het ambitieuze streven naar vergaande harmonisering van het goederenrecht, in het bijzonder het zekerhedenrecht, binnen de Europese Unie zal niet binnen afzienbare tijd leiden tot de resultaten die nodig zijn om de werking van de interne markt ook op het terrein van de zekerheidsrechten op roerende zaken een zet in de goede richting te geven. Bescheidener initiatieven, waarbij de inbreuk op de nationale rechtsorde van de lidstaten zo gering mogelijk is, lijken een betere kans te maken en moeten worden onderzocht. In dat verband kan worden gedacht aan het ontwikkelen van uniforme verwijzings- en erkenningsregels op het terrein van zekerheidsrechten op roerende zaken. Een belangrijk uitgangspunt van een dergelijke regeling zou moeten zijn dat naar buitenlands recht gevestigde zekerheidsrechten worden erkend en niet 'van kleur verschieten' als de zaken waarop zij zijn gevestigd, landsgrenzen passeren. Het buitenlandse recht zou moeten blijven voortbestaan met de door het toepasselijke buitenlandse recht bepaalde inhoud, zij het dat dat recht niet kan worden uitgeoefend op een wijze die onverenigbaar is met het recht van het nieuwe land van ligging. Een dergelijke regeling zou een belangrijke stap in de goede richting zijn maar maakt geen einde aan de met de verscheidenheid aan rechtsstelsels verbonden onzekerheden en kosten. In dat verband verdient het aanbeveling de introductie van een Europees Zekerheidsrecht, dat niet in de plaats van maar in aanvulling

op de reeds bestaande nationale zekerheidsrechten zou moeten gaan opereren, serieus te onderzoeken. Indien partijen in staat zouden zijn op roerende zaken, ongeacht waar deze zich bevinden, een zekerheidsrecht te vestigen met inachtneming van één set regels, leidt dat niet alleen tot een vermindering van transactiekosten maar vooral tot de zekerheid dat een op die basis gevestigd recht overal in de Europese Unie zal worden erkend en de (uniforme) bevoegdheden geeft die daaraan zijn verbonden. Een dergelijk Europees Zekerheidsrecht zal een plaats moeten krijgen in de rechtsorde van de lidstaten. Het zou de voorkeur verdienen als de positie die aan een Europees Zekerheidsrecht wordt toegekend, niet verschilt per lidstaat, maar dat zou belangrijke ingrepen vergen in bijvoorbeeld het executie- en insolventierecht van de lidstaten. In dit stadium lijkt het verstandig meer ruimte te laten voor het nationale recht, ook al heeft dat tot gevolg dat belangrijke verschillen in de positie van de houder van een Europees Zekerheidsrecht blijven bestaan. We moeten niet teveel tegelijk willen en genoeg durven nemen met minder ideale uitkomsten in de wetenschap dat het slechts een stap in de goede richting is in een langdurig proces.

Bibliografie

Akkermans 2008

B. Akkermans, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, (diss. UM) Antwerpen/Oxford: Intersentia 2008.

Akkermans & Ramaekers 2010

B. Akkermans & E. Ramaekers, 'Article 345 TFEU (ex Article 295 EC), Its meanings and Interpretations', *European Law Journal* 2010-3, p. 292 e.v.

Bartels 1995

S.E. Bartels, 'Europees privaatrecht: over de bevoegdheidsverdeling tussen Unie en Lid-Staat met betrekking tot het eigendomsrecht', *AA* 1995, p. 244 e.v.

Bartels 1996

S.E. Bartels, 'Harmonisatie van het Europese goederenrecht', *WPNR* (6223) 1996, p. 359-360.

Carrasco 2007

A. Carrasco, 'Spain', in: Sigman & Kieninger 2007a, p. 265-266.

Dirix 2007

E. Dirix, 'Belgium', in: Sigman & Kieninger 2007a, p. 240-241.

Drobnig 2006a

U. Drobnig e.a. (red.), *Divergences of Property Law, an Obstacle to the Internal Market?*, München: Sellier 2006.

Drobnig 2006b

U. Drobnig, 'Recognition and Adaptation of Foreign Security Rights', in Drobnig 2006a, p. 105 e.v.

Drobnig & Goode 1978

U. Drobnig & R.M. Goode, 'Security for payment in export and import transactions', in: Goode & Simmonds (red.), *Commercial Operations in Europe*, Leiden/Boston: A.W. Sijthoff 1978, p. 378 e.v.

Eidenmüller & Kieninger 2008

H. Eidenmüller & E.-M. Kieninger (red.), *The Future of Secured Credit in Europe, Special Volume of European Company and Financial Law Review*, Berlijn: De Gruyter 2008.

Van Erp 2009

J.H.M. van Erp, 'Huidig en toekomstig Europees zekerhedenrecht', in: Preadvies KNB 2009, p. 230 e.v.

Flessner 2008

A. Flessner, 'Security Interests in Receivables – A European Perspective', in: Eidenmüller & Kieninger 2008, p. 336 e.v.

Flessner 2010

A. Flessner, 'Rechtswahl im internationalen Sachenrecht – neue Anstöße aus Europa' in: P. Apathy e.a. (red.), *Festschrift für Helmut Koziol zum 70. Geburtstag*, Wenen: Jan Sramek Verlag 2010, p. 125 e.v.

Freudenthal, Milo & Schelhaas 2000

M. Freudenthal, J.M. Milo & H.N. Schelhaas, 'Europese wanbetalers: geen krediet na aanvaarding richtlijn, De Richtlijn bestrijding betalingsachterstand in handelstransacties ander beschouwd', *NTBR* 2000, p. 298.

Freudenthal, Milo & Schelhaas 2003

M. Freudenthal, J.M. Milo & H.N. Schelhaas, 'Nederlandse zuinigheid bij Europese betalingsachterstand, De wetwijziging betalingsachterstanden in handelsovereenkomsten nader beschouwd', *NTBR* 2003, p. 92.

Kieninger 1996

E.-M. Kieninger, *Mobiliarssicherheiten im Europäischen Binnenmarkt*, Baden-Baden: Nomos 1996.

Kieninger 2004a

E.-M. Kieninger (red.), *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2004.

Kieninger 2004b

E.-M. Kieninger, 'Introduction', in: Kieninger 2004a, p. 22.

Kieninger 2006

E.-M. Kieninger, 'European Regulation of Security Rights' in: Drobnig 2006a, p. 167 e.v.

Kreuzer 1990

K.F. Kreuzer, 'Europäisches Mobiliarsicherungsrecht oder: Von den Grenzen des Internationalen Privatrechts', in: W.A. Stoffel & P. Volken (red.), *Conflicts et harmonisation, Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Fribourg: Editions Universitaires Fribourg Suisse 1990, p. 613 e.v.

Kreuzer 1996

K.F. Kreuzer, *La propriété mobilière en droit international privé, Académie de Droit International, Recueil des Cours 1996, tome 259*, Den Haag: Martinus Nijhoff Publishers 1996.

Kreuzer 2008

K.F. Kreuzer, 'Conflict-of-Laws Rules for Security Rights in Tangible Assets', in: Eidenmüller & Kieninger 2008, p. 311 e.v.

Milo 2003

J.M. Milo, 'Combating Late Payment in Business Transactions: How a new European Directive has failed to set a substantial minimum standard regarding national provisions on retention of title', *European Review of Private Law* 2003-3, p. 379 e.v.

Polak 2006

M.V. Polak, 'Recognition, Enforcement and Transformation of Foreign Proprietary Rights – a handful of observations and suggestions', in: Drobnig 2006a, p. 128.

Preadvies KNB 2009

R.W. Clumpkens e.a., *Zekerhedenrecht in ontwikkeling*, Preadvies uitgebracht voor het wetenschappelijk congres van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie op 9 oktober 2009 te Groningen, Den Haag: Sdu 2009.

Rutgers 1999

J.W. Rutgers, *International Reservation of Title Clauses*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 1999.

Sagaert 2007

V. Sageart, 'De verworvenheden van het Europese goederenrecht', in: A. Hartkamp e.a. (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse Privaatrecht, deel I*, Deventer: Kluwer 2007, p. 301 e.v.

BIBLIOGRAFIE

Sigman & Kieninger 2007a

H.C. Sigman & E.-M. Kieninger (red.), *Cross-Border Security over Tangibles*, München: Sellier 2007.

Sigman & Kieninger 2007b

H.C. Sigman & E.-M. Kieninger, 'Introduction', in: Sigman & Kieninger 2007a p. 34-35.

Sigman & Kieninger 2009

H.C. Sigman & E.-M. Kieninger (red.), *Cross-Border Security over Receivables*, München: Sellier 2009.

Smits 2006

J.M. Smits, 'Europese integratie in het vermogensrecht: een pleidooi voor keuzevrijheid', in: D.M. Curtin e.a., *Preadviezen voor de Nederlandse Juristen-Vereniging*, Deventer: Kluwer 2006, p. 57 e.v.

Snijders 2006

H.J. Snijders, 'Access to Civil Securities and Free Competition in the EU', in: Drobnič 2006a, p. 159 e.v.

Struycken 2007

T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht*, (diss. RUN) Deventer: Kluwer 2007.

Struycken 2009

T.H.D. Struycken, 'Zekerheidsrechten en registratie', in: preadvies KNB 2009, p. 115 e.v.

Veder 2004

P.M. Veder, *Cross-Border Insolvency Proceedings and Security Rights* (diss. KUN), Den Haag: Kluwer Law International 2004.

Veder 2009

P.M. Veder, 'Goederenrechtelijke zekerheidsrechten in de internationale handels- en financieringspraktijk', in: Preadvies KNB 2009, p. 282-305.

Vegter 1994

I. Vegter, 'Clash of cultures' in de internationalisering van het recht II (slot)', *WPNR* (6142) 1994, p. 466-467.

Veneziano 2007

A. Veneziano, 'Italy', in: Sigman & Kieninger 2007a, p. 191-192.

Verhagen 2007a

H.L.E. Verhagen, *Conflit mobile bij roerende zaken: assimilatie of transformatie? Een bijdrage over roerende zaken in het internationaal privaatrecht*, (Studiekring 'Prof. mr. J. Offerhaus, nr. 10') Deventer: Kluwer 2007.

Verhagen 2007b

H.L.E. Verhagen, 'Roerende zaken in het internationaal privaatrecht I', *WPNR* (6711) 2007, p. 468-477.

Verhagen 2007c

H.L.E. Verhagen, 'Roerende zaken in het internationaal privaatrecht II', *WPNR* (6712) 2007, p. 495-501.

Von Bar & Drobnig 2004

C. von Bar & U. Drobnig, *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe*, München: Sellier 2004.

Voskuil & Wade 1985

C.C.A. Voskuil & J.A. Wade (red.), *Hague-Zagreb Essays 5 on the law of international trade*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers 1985.

