

Europa en het Nederlandse privaatrecht

Citation for published version (APA):

Smits, J. (2004). Europa en het Nederlandse privaatrecht. *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, 2004(10), 490-500.

Document status and date:

Published: 01/01/2004

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Document license:

Taverne

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Europa en het Nederlandse privaatrecht*

Nr. 87

J.M. Smits**

1. Inleiding***

Deze bijdrage handelt over de Europeanisering van het privaatrecht in Nederland. Omdat de bijzondere rechtsgebieden in dit themanummer afzonderlijk worden behandeld, beperk ik mij tot de meer algemene vragen. Dat is geen sinecure want wie schrijft over *de* Europeanisering van het privaatrecht is geneigd tot generalisering hoewel men weet dat deze onverantwoord is. De wijze van Europeanisering verschilt immers aanzienlijk per rechtsgebied. Zo kunnen contractenrecht, goederenrecht en familierecht onmogelijk over één kam worden geschoren terwijl zij toch alle drie op enige wijze de invloed van Europa ondergaan. Zelfs binnen het contractenrecht, waar de Europeanisering wellicht het verst is voortgeschreden, bestaan aanzienlijke verschillen tussen typen contracten. Zo wordt de reisovereenkomst in vergaande mate beheerst door Europees recht terwijl de 'gewone' overeenkomst tussen twee professionele partijen er slechts zijdelings door wordt getroffen. Deze fragmentatie hangt, zoals we nog zullen zien, direct samen met een kenmerk van de Europeanisering, namelijk dat deze zich niet stoort aan de traditionele grenzen tussen (of binnen) rechtsgebieden, maar veeleer functioneel is georiënteerd. Met aandacht voor nuances als deze zal ik proberen om de Europeanisering van het nationaal privaatrecht te bespreken.

Het lijkt daartoe nuttig om eerst het kader te schetsen waarbinnen de privaatrechtelijke activiteiten van de Europese Unie¹ zich afspeelen. Mijn ervaring is namelijk dat de Nederlandse jurist vaak slechts het eindproduct van de EU-bemoeienis (meestal in de vorm van een richtlijn of verordening) aanschouwt, maar niet veel weet van de reden waarom de EG zich bemoeit met het privaatrecht en waarom dat geschiedt op een bepaalde wijze. Kennis daaromtrent is echter essentieel voor een juist begrip van EG-wetgeving en van de in Nederland vereiste wijze van interpretatie daarvan. Par. 2 is dan ook gewijd aan een bespreking van de privaatrechtelijke ambities van de EU en waartoe die ambities tot nu toe hebben geleid. Daarna (par. 3) volgt de confrontatie van die ambities met het nationale recht. In par. 4 ga ik in op de toekomst.

Hoewel in het navolgende ook enige aandacht wordt geschonken aan andere terreinen van het privaatrecht, ligt

de nadruk toch op het vermogensrecht. De invloed van het EVRM blijft grotendeels buiten beschouwing. Bovendien wordt slechts in beperkte mate ingegaan op de toekomst: de nadruk ligt op de huidige invloed van het EU-recht.² Bijzondere aandacht besteed ik aan de vraag of het EU-optreden ook daadwerkelijk bijdraagt aan de eenwording van privaatrecht in Europa.

2. Europa en privaatrecht: een groeiende ambitie

2.1. De bevoegdheid van de EU om 'privaatrechtelijk' op te treden

De vraag waarom de nationale overheid zich bemoeit met de regulering van privaatrechtelijke verhoudingen wordt doorgaans niet gesteld: dat spreekt bijna voor zichzelf. Evenmin wordt de vraag gesteld met welke onderdelen van het privaatrecht de nationale wetgever zich mag bemoeien: voor zover het nationaal parlement er mee instemt, kan in beginsel (want behoudens internationale verplichtingen) elk onderwerp voorwerp zijn van privaatrechtelijke regelgeving. Dit alles is anders in het geval van de Europese Unie. De Europese Unie is een rechtsgemeenschap en kan slechts optreden voor zover daartoe een basis bestaat in het Europese recht. Dat wordt met name gevormd door het EG-Verdrag en ander primair gemeenschapsrecht. Welke bevoegdheden op het terrein van het privaatrecht creëert het EG-Verdrag?

In art. 2 EG-Verdrag³ worden de doelen van de EG op nogal misleidende wijze opgesomd. Daar worden namelijk achtereenvolgens negen doeleinden van de EG genoemd zonder dat daartussen enige rangorde is aangebracht. Het bevorderen van de 'ontwikkeling van de economische activiteit' staat gebroederlijk naast onder meer het bevorderen van de gelijkheid van mannen en vrouwen, van de milieubescherming en van de solidariteit tussen de lidstaten. Dat is verwarrend omdat het bevorderen van de economie van oudsher het meest belangrijke doel is van de EG. Het is ook het terrein waarop het meeste is bereikt⁴ en waar de EG de meest vergaande bevoegdheden heeft. Het bevorderen van de economie geschiedt door het instellen van een gemeenschappelijke markt en van een economische en mone-

* Citeerwijze: J.M. Smits, 'Europa en het Nederlandse privaatrecht', *NTBR* 2004, 87.

** Hoogleraar Europees Privaatrecht aan de Universiteit Maastricht en houder van een leeropdracht aan de Universiteit Luik.

*** Dit artikel kwam mede tot stand in het kader van het NWO-SARO-project *Empirische perspectieven op de noodzaak van een uniform Europees privaatrecht*.

1 Tenzij anders aangegeven gebruik ik in het vervolg de term Europese Unie op de manier waarop die term sinds het Verdrag van Maastricht 1992 vaak wordt gebruikt: ter aanduiding van zowel

het EG-recht als van de samenwerking op het terrein van buitenlandse politiek, binnenlandse zaken en justitie.

2 Evenmin komt de aanstaande 'Europese Grondwet' (Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa, CIG 87/04) aan de orde.

3 Geconsolideerde versie van het Verdrag tot Oprichting van de Europese Gemeenschap, *PbEG* 2002, C 325/33.

4 Van de in totaal 2400 Europese richtlijnen hebben er 1400 betrekking op de interne markt.

taire unie. Art. 3 EG-Verdrag maakt vervolgens duidelijk dat om dit doel te bereiken onder meer een interne markt gekenmerkt door een vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal wordt ingesteld. Op die markt mag de mededinging niet worden vervalst en mag de EG zich bezighouden met 'het nader tot elkaar brengen van de nationale wetgevingen in de mate waarin dat voor de werking van de gemeenschappelijke markt noodzakelijk is'. Art. 3 noemt daarnaast nog 19 andere terreinen waarop de EG actief is (waaronder de in privaatrechtelijk opzicht belangrijke consumentenbescherming). Door deze ongedifferentieerde opsomming mag men zich evenmin laten misleiden: de mate waarin ten aanzien van de genoemde terreinen de EG bevoegdheid bezit, verschilt per terrein.

Art. 2 en 3 van het EG-Verdrag verwijzen dus, behalve ten aanzien van de mededinging, niet rechtstreeks naar een Europese bevoegdheid op privaatrechtelijk gebied. Die bevoegdheid is namelijk indirect: voor zover nationaal recht in de weg staat aan de werking van de gemeenschappelijke markt is de EG bevoegd om op te treden. Of dat nationale recht in de lidstaat nu als privaatrechtelijk, administratiefrechtelijk of nog anders wordt gekarakteriseerd is irrelevant. Daarmee is de EG-bemoeienis met het nationaal privaatrecht geheel *functioneel* van aard: slechts indien de economische ontwikkeling van de EG dreigt te worden belemmerd, mag deze optreden. Dat heeft geleid tot een grote hoeveelheid Europese wetgeving op terreinen die doorgaans worden gerekend tot het privaatrecht. Vrijwel onmiddellijk na de oprichting van de Europese Economische Gemeenschap (1957) volgden regels inzake het mededingingsrecht,⁵ gevolgd door een zeer belangrijke bemoeienis op het terrein van het vennootschapsrecht. De befaamde eerste EEG-Richtlijn van 9 maart 1968 (die in 1971 in Nederland leidde tot de invoering van de BV) is gevolgd door vele andere en kent als voorlopig hoogtepunt (in 2004) de introductie van de Europese naamloze vennootschap (SE).⁶ In 1993 was de schatting dat 30% van de artikelen in Boek 2 BW uitvoering gaf aan Europese richtlijnen.⁷ Dat aantal is thans alweer toegenomen. Ook andere, ten minste deels privaatrechtelijke, terreinen zoals het verzekeringsrecht⁸ en het milieurecht kennen een aanzienlijke Europese invloed. Steeds wordt deze wetgeving gerechtvaardigd met een verwijzing (in de considerans bij de Europese richtlijn of verordening) naar de gemeenschappelijke markt. Zo is in de considerans bij de verordening over de SE als motivering voor de oprichting van een Europese NV opgenomen dat ondernemingen niet optimaal kunnen opereren op de Europese markt als ze een nationaal vennootschapsregime moeten kiezen. Deze koppeling met de doelstellingen van

het EG-Verdrag is essentieel: het Europese Hof van Justitie maakt over de juiste toepassing van het Verdrag en zodra de Europese wetgever wetgeving aanneemt die onvoldoende basis vindt in het verdrag kan het hof deze buiten toepassing verklaren.

Eén van de problematische aspecten aan de functionele begrenzing van de EG-bevoegdheid ligt er nu in dat de in art. 3 EG-Verdrag gemunte uitdrukking 'voor de werking van de gemeenschappelijke markt noodzakelijk' rijkelijk vaag is. Het Europese Hof heeft in het tabaksreclame-arrest⁹ over het huidige art. 95 gezegd dat dit artikel niet een algemene bevoegdheid geeft om de interne markt te reglementeren. De richtlijn op basis van art. 95 moet namelijk metterdaad ten doel hebben de werking van de interne markt te verbeteren: de loutere vaststelling van 'verschillen tussen nationale regelingen en van het abstracte risico van daaruit voortvloeiende belemmeringen' volstaat niet. Het bestaan van die belemmeringen moet waarschijnlijk zijn en de betrokken maatregel moet er toe strekken die belemmeringen te voorkomen. Dit is een reële beperking van de macht van de EG. Het subsidiariteitsbeginsel van art. 5 EG-Verdrag (slechts voor zover een Europese doelstelling niet voldoende door de lidstaten kan worden verwezenlijkt, mag de EG ingrijpen) zou dit ook kunnen zijn, maar in de praktijk blijkt dit artikel zelden een sta-in-de-weg voor Europees ingrijpen.

Indien deze bijdrage zou zijn geschreven vóór 1992 zou mijn overzicht tot nu toe van de EG-bevoegdheid op privaatrechtelijk terrein uitputtend zijn geweest. Sinds het Verdrag van Maastricht¹⁰ maar met name sinds het Verdrag van Amsterdam¹¹ en de daarop gevolgde top van de Europese Raad in Tampere (oktober 1999) reiken de ambities van de EU echter veel verder dan enkel het bevorderen van een gemeenschappelijke markt. Eén van de uitdrukkelijke doelstellingen van de EU is sindsdien ook het tot stand brengen van een 'ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid' voor de Europese burger. Geheel los van de economische doelen staat dat overigens ook weer niet want deze ruimte is in de visie van de EU onlosmakelijk verbonden met het vrije verkeer van personen: dat wordt immers belemmerd indien bijvoorbeeld criminaliteit onvoldoende efficiënt wordt aangepakt of indien niet alle Europese burgers in gelijke mate aanspraak kunnen maken op grondrechtenbescherming. Wat hier van zij, het EG-Verdrag kent nu een gehele titel (art. 61-69) die is gewijd aan 'visa, asiel, immigratie en andere beleidsterreinen die verband houden met het vrije verkeer van personen'. Maatregelen op een van die andere 'beleidsterreinen' betreffen 'maatregelen op het gebied

5 Ook binnen de EGKS (1952) bestonden regels inzake mededinging. De huidige basis is art. 81 en 82 EG-Verdrag. Zie voor een overzicht M.R. Mok, 'Nederlands en Europees mededingingsrecht', in: G.J.M. Corstens e.a. (red.), *Europeanisering van het Nederlands recht (W.E. Haak-bundel)*, Deventer 2004, p. 263 v. De regels worden doorgaans gebaseerd op art. 82-83 EG-Verdrag.

6 Verordening 2157/2001 van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap, *PbEG* 2001, L 294/0001 (in werking op 8 oktober 2004). De verordening is gebaseerd op de restbepaling van art. 308 EG-Verdrag; normaliter wordt vennootschapsrechtelijke wetgeving gebaseerd op art. 44 EG-Verdrag.

7 M.Tj. Bouwes, 'De voortgang van de harmonisatie van het vennootschapsrecht', in: *Grensoverschrijdend privaatrecht (Van Rijn*

van Alkemade-bundel), Deventer 1993, p. 28.

8 Het meest bekend zijn de richtlijnen over de aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen (vanaf 1973). Voor een overzicht: F.H.J. Mijnsen, 'Europees recht en Nederlands verzekeringsrecht', in: *Europeanisering van het Nederlands recht*, o.c., p. 211 v.

9 Zaak C-376/98, beslist op 5 oktober 2000 (Duitsland/Europees Parlement en Raad).

10 Verdrag betreffende de Europese Unie 1992, *PbEG* 1992, C 224, *Trb.* 1992, 74 (in werking getreden op 1 november 1993). Zie art. K1.

11 Verdrag van Amsterdam 1997, *PbEG* 1997, C 340 (in werking getreden op 1 mei 1999).

van justitiële samenwerking in burgerlijke zaken' (art. 61 sub c). Ook dat is een rijkelijk vage omschrijving, maar wat er mee bedoeld wordt, is te vinden in art. 65:

'De maatregelen op het gebied van samenwerking in burgerlijke zaken met grensoverschrijdende gevolgen en die in overeenstemming zijn met artikel 67 en voorzover nodig voor de goede werking van de interne markt moeten worden genomen, omvatten:'

- a. de verbetering en vereenvoudiging van:
 - het systeem van grensoverschrijdende betekening en kennisgeving van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken;
 - samenwerking bij het vergaren van bewijsmiddelen;
 - de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, met inbegrip van beslissingen in buitengerechtelijke zaken;
- b. de bevordering van de verenigbaarheid van de in de lidstaten geldende regels voor collisie en jurisdictiegeschillen;
- c. de afschaffing van hinderpalen voor de goede werking van burgerrechtelijke procedures, zo nodig door bevordering van de verenigbaarheid van de in de lidstaten geldende bepalingen van burgerlijke rechtsvordering.

Het is goed te bedenken dat, waar deze 'samenwerking in burgerlijke zaken' aanvankelijk (namelijk volgens het Verdrag van Maastricht) intergouvernementeel van aard was (in de befaamde 'derde pijler'), zij sinds het Verdrag van Amsterdam communautair recht is.¹² Dat betekent tegenwoordig¹³ dat – net zoals bij de besluitvorming inzake de interne markt – de medebeslissingsprocedure van art. 251 wordt gevolgd: besluiten kunnen worden genomen met meerderheid van stemmen, zij het dat eenparigheid nodig blijft voor aspecten die verband houden met familierecht (art. 67). Het bijzondere is op zichzelf niet dat Europa zich bemoeit met justitiële samenwerking want dit was al eerder het geval. Samenwerking leidde dan tot het sluiten van verdragen. Zo kwam al in 1968 het EEX¹⁴ tot stand tussen de toenmalige lidstaten van de EG. Het bijzondere is veeleer dat op dit terrein sinds 1999 een bevoegdheid bestaat van de EU zelf en – nu de procedure van art. 251 van toepassing is – maatregelen ook tegen de zin van individuele lidstaten

kunnen worden genomen.

Overigens moet worden opgemerkt dat – naast de hier besproken *juridische* basis voor EU-ingrijpen – de politieke ambities van de EU op privaatrechtelijk terrein veel verder reiken. Dat geldt met name voor het Europees Parlement en in iets mindere mate ook voor de Europese Commissie. De EU kan immers niet worden gezien als een geïntegreerd monolithisch optredend geheel, maar moet veeleer worden gekenschetst als 'een los verband van instituties die elk hun eigen gang gaan'.¹⁵ Het Europees Parlement heeft bijvoorbeeld al een tijdpad opgesteld dat moet leiden tot een heus Europees wetboek van contractenrecht in 2010.¹⁶ De Commissie is in 2001 een discussie begonnen over de noodzaak van een uniform Europees contractenrecht. De Europese Raad (de top van staatshoofden en regeringsleiders samen met de President van de Commissie) en de Raad van Ministers zijn veel minder ambitieus. Op de toekomst van het Europees privaatrecht ga ik nader in in par. 4.

■ 2.2. Het vermogensrechtelijk acquis communautaire

Waartoe heeft het bovenstaande nu geleid op het terrein van het vermogensrecht? Wanneer ik de richtlijnen die slechts zijdelings handelen over vermogensrechtelijke verhoudingen¹⁷ terzijde laat, tel ik – over een periode van twintig jaar – 17 richtlijnen die het vermogensrecht in enge zin betreffen.¹⁸ De meeste (namelijk tien) hebben vooral betrekking op overeenkomstenrecht, twee handelen over misleidende of vergelijkende reclame, twee over transacties in de financiële sfeer, een over productenaansprakelijkheid, een over teruggave van cultuurgoederen en een over elektronische handel.

Alle 17 richtlijnen zijn (meestal alleen, maar soms mede) gebaseerd op art. 94 of 95 EG-Verdrag. Dat zijn uitwerkingen van de doelstelling van art. 3 en daarmee ligt de rechtvaardiging voor het Europees optreden er dus in dat de door de richtlijnen behandelde onderwerpen van zodanig belang zijn dat verschillen in wetgeving tussen de lidstaten de werking van de gemeenschappelijke (of interne)¹⁹ markt verstoren. De meeste richtlijnen bevatten consumentenbeschermende wetgeving, maar dat is niet primair uit idealisme jegens de zwakke consument. Het primaire motief is doorgaans het voorkomen van concurrentievervalsing.

12 De strafrechtelijke samenwerking is intergouvernementeel gebleven en geregeld in Titel VI van het Verdrag van Maastricht. Wat in het Verdrag van Maastricht onder de noemer justitiële samenwerking was gebracht, is bij het Verdrag van Amsterdam dus gesplitst in een deel samenwerking in civiele zaken (die op gelijke voet kwam met de EG-besluitvorming) en een deel samenwerking in strafzaken die intergouvernementeel bleef. Voor een overzicht van de strafrechtelijke samenwerking: G.J.M. Corstens, 'Europeanisering van het strafrecht', in: *Europeanisering van het Nederlands recht*, o.c., p. 333 v.

13 Na een overgangperiode van vijf jaar (die nu voorbij is) waarin eenparigheid in de Raad nodig was.

14 Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken van 27 september 1968, *Trb.* 1969, 101, thans vervangen door de 'Brussel I-Verordening' (Verordening 44/2001), waarover onder .

15 Aldus H.U. Jessurun d'Oliveira, 'Europese receptie van nieuwe familiepatronen: het opengestelde huwelijk', in: *Europeanisering van het Nederlands recht*, o.c., p. 160.

16 Resolutie van het Europees Parlement over de harmonisatie van het burgerlijk en handelsrecht van de lidstaten, C5-0471/2001,

PbEG 2002, C 140 E/538. Iets minder ambitieus (want beperkt tot het opstellen van een GRK) lijkt het EP inmiddels in zijn resolutie van 2 september 2003 (P5_TA (2003) 0355).

17 Zoals Richtlijn 1999/93/EG (...) van 13 december 1999 betreffende een gemeenschappelijk kader voor elektronische handtekeningen *PbEG* 2000, L 013/12.

18 Het betreft de richtlijnen die zijn opgenomen in J.H.M. van Erp & J.M. Smits (red.), *Bronnen Europees privaatrecht*, Den Haag 2001 (behalve die slechts een kleine wijziging beogen van een bestaande richtlijn), aangevuld met Richtlijn 2002/47 betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten, *PbEG* 2002, L 168/43 en Richtlijn 2002/65 betreffende de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten (...), *PbEG* 2002, L 271/16. Zie voor een overzicht van het acquis ook de bijlage bij de Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over Europees verbintenissenrecht, COM (2001) 398 def., *PbEG* 2001, C 255/1.

19 Ik ga niet in op het subtiel onderscheid tussen beide; vgl. (zeer relativerend ten aanzien van het belang er van) R. Barents & L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, 10de dr., Deventer 2001, p. 272.

De redenering is in de meeste preambules bij de richtlijnen aldus dat de wetgeving van de lidstaten op een bepaald vlak (bijvoorbeeld consumentenkoop) verschillen vertoont 'zodat de nationale markten voor de verkoop van goederen en het aanbieden van diensten aan consumenten onderling uiteenlopen en verstoringen van de concurrentieverhoudingen tussen de verkopers en de dienstverrichters kunnen ontstaan, met name bij het op de markt brengen in andere Lid-Staten'.²⁰ Voorop staat daarmee het creëren van Europees vergelijkbare voorwaarden voor de *verkoper*. Dat de consument tevens wordt beschermd is eerder een gewenst neveneffect. Een derde motief, dat in enkele richtlijnen is terug te vinden, is dat de consument er toe moet worden bewogen om meer grensoverschrijdende aankopen te doen.

Indien het acquis moet worden geplaatst in de klassieke structuur van het vermogensrecht (goederenrecht, overeenkomstenrecht en aansprakelijkheidsrecht), dan levert dat het volgende overzicht op. De Europese wetgever heeft zich tot nog toe weinig bemoeid met het goederenrecht.²¹ Art. 295 EG-Verdrag stelt volgens de heersende leer ook beperkingen aan Europese bemoeienis. Wanneer wordt geabstraheerd van de wijze van totstandkoming van de overeenkomst ten aanzien van onroerend goed,²² dan resteert een summier en praktisch weinig invloedrijke bepaling over het eigendomsvoorbehoud,²³ een bepaling over de revindicatie van cultuurgoederen²⁴ en bepalingen over de bescherming van houders van zakelijke zekerheden bij (met name) effectentransacties.²⁵

Op het vlak van de onrechtmatige daad bestaan meer regels van Europese oorsprong. Behalve de productenaansprakelijkheid wordt ook de onrechtmatigheid bij het door een professionele handelaar aanbieden van goederen of

diensten met gebruikmaking van reclame geregeld.²⁶ Daarnaast bestaan Europese regelingen inzake het verhaalsrecht van de verkoper op diens voorschakel²⁷ en inzake de aansprakelijkheid van de dienstverlener (tussenpersoon) in de informatiemaatschappij.²⁸

Zoals gezegd bestaan op het vlak van het overeenkomstenrecht verreweg de meeste regels. Kenmerkend is evenwel dat deze regels nooit het gehele overeenkomstenrecht beheersen, maar steeds slechts van toepassing zijn op specifieke typen contracten. Het aanhouden van de klassieke onderscheiding tussen totstandkoming, inhoud en uitvoering van de overeenkomst leidt tot het volgende overzicht. De totstandkoming van bepaalde typen overeenkomsten wordt beheerst door regels over vormvoorschriften,²⁹ vertegenwoordiging,³⁰ het tijdstip van totstandkoming,³¹ bewijs van het bestaan van een verklaring³² en vóór en na het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij te verstrekken informatie.³³ De contractsinhoud wordt beheerst door regels over uitleg,³⁴ oneerlijke bedingen³⁵ en algemene voorwaarden.³⁶ De meeste regels bestaan op het terrein van de uitvoering van de overeenkomst: de contractuele remedies zijn een geliefd terrein van de Europese wetgever. Aldus bemoeit Brussel zich met het conformiteitsbegrip bij consumentenkoop,³⁷ acties van de consument-koper bij niet-nakoming,³⁸ jegens de consument bij koop afgegeven commerciële garanties,³⁹ het tijdstip van nakoming en de te betalen rente bij niet-nakoming.⁴⁰ Van de in totaal 653 artikelen in de Boeken 3 en 6 en Titel 7.1 BW zijn er 65 die het resultaat zijn van implementatie van Europese richtlijnen. Dat is tien procent van het totaal.

Naast dit min of meer vertrouwde acquis zijn de laatste jaren maatregelen genomen in het kader van de 'ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid' en die dus zijn ge-

20 Aldus de preambule bij Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *PbEG* 1993, L 095/29.
 21 Voor een overzicht: J.M. Smits, *Europees privaatrecht in wording*, Antwerpen 1999, p. 245 v.
 22 Daarover bestaan met name regels inzake de overeenkomst van timeshare (Richtlijn 94/47/EG betreffende de bescherming van de verkrijger (...) van deeltijds gebruik van onroerende goederen, *PbEG* 1994, L 280/83).
 23 Art. 4 van Richtlijn 2000/35/EG betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties, *PbEG* 2000, L 200/35.
 24 Art. 5 Richtlijn 93/7/EEG betreffende de teruggave van cultuurgoederen die op onrechtmatige wijze buiten het grondgebied van een Lid-Staat zijn gebracht, *PbEG* 1993, L 074/74.
 25 Art. 9 Richtlijn betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen, *PbEG* 1998, L 166/45 en Richtlijn 2002/47 betreffende financiëlezekerheidsvereenkomsten, *PbEG* 2002, L 168/43.
 26 Richtlijnen 84/450/EEG betreffende (...) misleidende reclame, *PbEG* 1984, L 250/17 en 97/55/EG (...) teneinde ook vergelijkende reclame te regelen, *PbEGL* 290/18.
 27 Art. 4 van Richtlijn 1999/44/EG betreffende (...) de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen, *PbEG* 1999, L 171/12.
 28 Art. 6 van Richtlijn 1999/93/EG inzake elektronische handtekeningen, o.c.; art. 12 van Richtlijn 2000/31/EG betreffende (...) de elektronische handel, *PbEG* 2000, L 178/0001.
 29 Art. 4 van Richtlijn 87/102/EEG betreffende (...) het consumentkrediet, *PbEG* 1987, L 42/48; art. 4 lid 2 van Richtlijn 90/314 betreffende (...) pakketreizen, *PbEGL* 158/59; art. 4 van Richtlijn 94/47/EG inzake timeshare, o.c.; art. 9 lid 1 van Richtlijn 2000/31/EG inzake elektronische handel, o.c.; art. 3 van Richtlijn 2002/47/EG betreffende financiëlezekerheidsvereenkomsten,

o.c.
 30 Art. 9 lid 1 van Richtlijn 2000/31/EG inzake elektronische handel, o.c.
 31 Art. 11 van Richtlijn 2000/31/EG inzake elektronische handel, o.c.
 32 Art. 5 van Richtlijn 1999/93/EG inzake elektronische handtekeningen, o.c.
 33 Art. 3-4 van Richtlijn 90/314/EEG inzake pakketreizen; art. 3 van Richtlijn 94/47/EEG inzake timeshare, o.c.; art. 4-5 van Richtlijn 97/7/EG betreffende (...) de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten, *PbEGL* 144/19; art. 5-6 en 10 van Richtlijn 2000/31/EG inzake elektronische handel, o.c.; art. 3-5 van Richtlijn 2002/65/EG betreffende de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten, o.c.
 34 Art. 5 van Richtlijn 93/13/EEG inzake oneerlijke bedingen, o.c.
 35 Zie Richtlijn 93/13/EEG inzake oneerlijke bedingen, o.c.
 36 O.m. art. 10 lid 3 van Richtlijn 2000/31/EG inzake elektronische handel, o.c.
 37 Art. 2-3 en 5 van Richtlijn 1999/44/EG inzake consumentenkoop. Zie ook art. 5 lid 2 van Richtlijn 90/314/EEG inzake pakketreizen, o.c.
 38 Art. 5 van Richtlijn 85/577/EEG inzake de bescherming van de consument bij buiten verkooppunten gesloten overeenkomsten, *PbEG* 1985, L 372/31; art. 4-5 van Richtlijn 90/314/EEG inzake pakketreizen, o.c.; art. 5 van Richtlijn 94/47/EG inzake timeshare, o.c.; art. 6 van Richtlijn 97/7/EG inzake afstandsovereenkomsten, o.c.; art. 3 van Richtlijn 1999/44/EG inzake consumentenkoop, o.c.; art. 6 van Richtlijn 2002/65/EG betreffende de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten, o.c.
 39 Art. 6 van Richtlijn 1999/44/EG inzake consumentenkoop, o.c.
 40 Art. 3 van Richtlijn 2000/35/EG inzake bestrijding van betalingsachterstand, o.c.

baseerd op art. 61 sub c jo. art. 65 en 67 lid 1 EG-Verdrag. De meest in het oog springende resultaten tot nu toe betreffen het procesrecht en het internationaal privaatrecht, op welke terreinen inmiddels vijf verordeningen zijn uitgevaardigd: de Insolventieverordening,⁴¹ de Betekeningsverordening,⁴² de EEX-Verordening,⁴³ de Bewijsverordening⁴⁴ en ten slotte de Brussel II-Verordening die alweer is vervangen door een andere.⁴⁵ Het EVO⁴⁶ zal in dit kader eveneens tot een verordening worden omgevormd.⁴⁷ Ook bij de rechtvaardiging voor deze regelgeving wordt in de preambules steeds verwezen naar de noodzaak van justitiële samenwerking voor de goede werking van de interne markt.

Specifiek vermogensrechtelijke regelgeving is binnen de 'ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid' dus niet tot stand gebracht. Het in 2001 opgerichte 'Europees justitieel netwerk in burgerlijke en handelszaken' biedt in dit opzicht ook weinig soelaas. Binnen dit netwerk komen vertegenwoordigers van de justitiële en bestuurlijke autoriteiten van de lidstaten jaarlijks enkele malen bijeen om informatie en ervaringen uit te wisselen en de samenwerking op het gebied van burgerlijk- en handelsrecht te verbeteren. Op de website van het netwerk⁴⁸ is ten aanzien van de meeste Europese landen informatie te vinden over de organisatie van de rechtspraak, juridische beroepen, rechtsbijstand, tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen, echtscheiding, etc. Informatie die specifiek betrekking heeft op bijvoorbeeld het (consumenten)contractenrecht ontbreekt op de website echter. Dat is een gemis want in de dagelijkse praktijk lijken vragen over bijvoorbeeld het kopen van goederen in het buitenland of over de toelaatbaarheid van algemene voorwaarden veel frequenter voor te komen dan vragen over grensoverschrijdende echtscheiding of ouderlijk gezag.

■ 2.3. Een karakterisering van het acquis vanuit Europees perspectief: harde woorden

Na bovenstaand overzicht kan thans worden getracht om het Europees acquis nader te karakteriseren. Dit kan zowel geschieden vanuit het perspectief van de doelstellingen van de Europese wetgever zelf als vanuit het perspectief van de lidstaten. In deze paragraaf behandel ik het Europees perspectief, in par. 3 het Nederlandse. Ik ben daarbij tamelijk kritisch. Daarin sta ik niet alleen: vanuit zowel wetenschap als praktijk is al lange tijd kritiek te horen op de Europese privaatrechtelijke richtlijnen. Dat is voor de Europese Commissie in 2001 ook een van de redenen geweest om een discussie aan te zwengelen over de toekomst van

het Europees contractenrecht.

Een karakterisering van het acquis vanuit Europees perspectief kan geschieden aan de hand van de trefwoorden fragmentarisch, willekeurig, (deels) inconsistent en (deels) ineffectief. Fragmentarisch omdat slechts bepaalde thema's worden aangevat, willekeurig omdat niet duidelijk is waarom sommige thema's wel en andere niet deel uitmaken van de Europese wetgeving, inconsistent omdat de bestaande Europese wetgeving innerlijke tegenspraken vertoont en ten slotte ook ineffectief omdat harmonisatiemaatregelen vaak niet het gewenste effect hebben. Ik licht alle vier de punten toe.

In de eerste plaats is de algemene kritiek op het huidige acquis dat het fragmentarisch is. De Europese richtlijnen geven immers slechts regels over bepaalde thema's terwijl het nationale privaatrecht traditioneel compleet en systematisch is neergelegd in wetboeken (althans op het continent). Ons beeld van privaatrechtelijke regelgeving is met andere woorden in hoge mate gevormd door de idee van alomvattende codificatie en de Europese invloed verstoort dat beeld. Vanuit Europees perspectief is de gefragmenteerde behandeling ongewenst omdat de Europese 'fragmenten' in de praktijk te zeer de invloed ondergaan van nationaal recht. Zij worden geheel ingekapseld binnen de nationale wetgeving en zijn soms niet eens meer als Europees recht herkenbaar. Dat is problematisch omdat nationale rechters deze fragmenten wel op andere wijze moeten interpreteren dan het nationale recht, namelijk in het licht van de doelstelling van de richtlijn. Het is vooral deze fragmentatie die het Europees Parlement er toe heeft geleid om al vier maal op te roepen tot het maken van een Europees BW.⁴⁹ Dat is ietwat naïef omdat de enige wijze waarop aan dit soort fragmentatie kan worden ontkomen het vaststellen van een uniform recht voor de gehele Unie is, ongeacht of het om een grensoverschrijdende of een puur nationale verhouding gaat, terwijl de EU-bevoegdheid voor een dergelijke alomvattende code thans ontbreekt.

In de tweede plaats is het betrekkelijk willekeurig dat de Europese wetgever nu juist de thema's heeft geregeld die hij heeft geregeld. Het lijkt een kwestie van actualiteit, persie van belangengroeperingen of gewoon toeval te zijn geweest dat wel de pakketreisovereenkomst is geregeld, maar bijvoorbeeld niet de huurkoop of de (privaatrechtelijke regels inzake de) 'gewone' schadeverzekering. Sowie-so geldt dat vele onderwerpen zich zouden lenen voor harmonisatie omdat de concurrentieverhoudingen anders worden vervalst. Thans zijn enkele remedies bij consumentenkoop geharmoniseerd, maar waarom bijvoorbeeld di-

41 Verordening 1346/2000 betreffende insolventieprocedures, *PbEG* 2000, L 160/1.

42 Verordening 1348/2000 inzake de betekening en de kennisgeving in de lidstaten van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke of in handelszaken, *PbEG* 2000, L 160/37.

43 Verordening 44/2001 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PbEG* 2003, L 338/1 (ook wel bekend als 'Brussel I'). De verordening vervangt het EEX 1968.

44 Verordening 1206/2001 betreffende de samenwerking tussen de gerechten van de lidstaten op het gebied van bewijsverkrijging in burgerlijke en handelszaken, *PbEG* 2001, L 174/1.

45 Verordening 2201/2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en

inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, *PbEG* 2003, L 338/1.

46 EEG-Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst van 19 juni 1980, *Trb.* 1980, 156

47 Groenboek over de omzetting van het Verdrag van Rome (...) in een communautair instrument, COM/2002/0654/def. In 2003 is ook een voorstel gedaan voor een verordening inzake het recht van toepassing op buitencontractuele verbintenissen, Com (2003) 427 final.

48 http://europa.eu.int/comm/justice_home/ejn/index_nl.htm

49 Resoluties A2-157/89 (*PbEG* 1989, C 158/400), A3-00329/94 (*PbEG* 1994, C 205/518), B5-0228/2000 (*PbEG* 2000, C 377/323) en C5-0471/2001 (*PbEG* 2002, C 140 E/538); vgl. Resolutie van 2 september 2003 (P5_TA (2003) 0355).

vergerende regimes ten aanzien van het verkrijgen van schadevergoeding bij niet-nakoming niet óók in de weg staan aan de volbrenging van de interne markt, blijft onduidelijk. Daarbij speelt ook een rol dat het ene Directoraat-Generaal (de departementen waarin de Europese Commissie is verdeeld) actiever is dan het andere. Het harmonisatieproces wordt immers niet gestuurd vanuit één Directoraat-Generaal. In wezen zijn er vier D-G's die initiatief kunnen nemen: het D-G Gezondheids- en consumentenbescherming, het D-G Interne markt, het D-G Ondernemingen en het kleine D-G Justitie en Binnenlandse zaken houden zich alle bezig met zaken die de interne markt aangaan. In de praktijk is het D-G Gezondheids- en consumentenbescherming het meest actief geweest bij het uitvaardigen van richtlijnen op privaatrechtelijk terrein,⁵⁰ maar dat heeft wel consequenties gehad voor de aard van die richtlijnen (die immers grotendeels op het vlak van de consumentenbescherming liggen).

Vervolgens is het acquis ook innerlijk inconsistent.⁵¹ Soms bevat het tegenstrijdige bepalingen (bij een recht van time-share dat via colportage wordt verkocht bestaan bijvoorbeeld twee verschillende termijnen voor de uitoefening van het recht op ontbinding zonder dat duidelijk is welke prevaleert)⁵², maar vaker nog verschillen bepalingen zonder dat daar een goede reden voor bestaat. Zo verschillen de termijnen voor ontbinding (de richtlijnen reppen meestal van 'herroeping') van de overeenkomst aanzienlijk.⁵³ Een laatste kritiekpunt is dat het acquis vaak ook ineffectief is. Dat is volgens mij het geval om drie redenen. Vooreerst hebben alle richtlijnen op privaatrechtelijk terrein een minimumkarakter.⁵⁴ Dit betekent dat de lidstaten strengere voorschriften kunnen vaststellen, bijvoorbeeld om consumenten beter te beschermen dan de richtlijn doet. Het effect daarvan is dat bedrijven te maken blijven houden met verschillen in wetgeving tussen de lidstaten en nog steeds worden afgeschrikt om elders zaken te doen. Met andere woorden: de vraag is of het middel van minimumharmonisatie wel geschikt is om de doelstelling van het bevorderen van de gemeenschappelijke markt te verwezenlijken. De consumentenbescherming als zodanig (art. 153 EG-Verdrag) wordt er uiteraard wel door bevorderd omdat de consument dankzij de richtlijnen kan vertrouwen op een uniform minimumniveau van bescherming binnen de EG. In het recente voorstel voor een richtlijn betreffende oneerlijke handelspraktijken⁵⁵ is overigens gebroken met de idee van minimumharmonisatie. Volgens het voorstel mogen lidstaten niet verder gaan dan de richtlijn, die een algemeen verbod op oneerlijke handelspraktijken bevat.

Het acquis is bovendien ineffectief omdat er nogal eens abstracte termen in worden gebruikt. Diverse richtlijnen hanteren het begrip 'schade', maar hoe dit op Europese wijze uit te leggen, is onduidelijk. Omdat het Europese Hof het begrip vooral zal uitleggen in het licht van de richtlijn zelf, komen verschillende schadebegrippen naast elkaar te staan. Het hof⁵⁶ heeft immers ontkend dat de definitie van een term in de ene richtlijn iets betekent voor diezelfde term in een andere richtlijn: van interpretatie in het licht van het acquis is dus (althans tot nu toe) geen sprake, enkel van uitleg in het licht van de richtlijn zelf. Dat bevordert harmonisatie niet. De Europese Commissie wil dit probleem verhelpen door een 'Gemeenschappelijk Referentiekader' (GRK) op te stellen dat bestaat uit 'gemeenschappelijke begrippen en termen'.⁵⁷

Een derde reden waarom Europese wetgeving niet steeds effectief is, heeft specifiek te maken met het doel van sommige richtlijnen om het sluiten van grensoverschrijdende overeenkomsten door consumenten te bevorderen. Uit een recent rapport, opgesteld in opdracht van de Europese Commissie, blijkt weliswaar dat het vertrouwen van consumenten in bescherming tegen een leverancier bij grensoverschrijdende transacties aanzienlijk minder is dan bij binnenlandse transacties (namelijk 56% tegenover 31%),⁵⁸ maar in hoeverre harmonisatie van privaatrecht daadwerkelijk leidt tot een verhoging van het aantal grensoverschrijdende transacties, is zeer de vraag. Studies over grensoverschrijdend winkelen⁵⁹ tonen namelijk aan dat andere barrières, zoals belastingen (vooral divergerende BTW-tarieven), taal, tijd en afstand door consumenten belangrijker worden geacht dan verschillen in privaatrecht. Daarmee is aanpassing van privaatrecht op zijn minst een onvoldoende middel om het gewenste doel te bereiken. Onder meer bovenstaande kritiek heeft de Europese Commissie er toe geleid om een discussie te beginnen over de toekomst van het Europees contractenrecht. In par. 4 ga ik nader op die discussie in. Eerst moet echter aandacht worden besteed aan het Europees acquis vanuit Nederlands perspectief.

3. Het acquis vanuit Nederlands perspectief: vragen van methodologie

De invloed van EU-wetgeving op het Nederlands vermogensrecht is zowel inhoudelijk als methodologisch van aard. De invloed op de inhoud van het vermogensrecht blijkt duidelijk uit het overzicht van het acquis dat ik in

50 Zie ook M.W. Hesselink, *The New European Private Law*, The Hague 2002, p. 36, die rept van 'impressionistic harmonisation'.

51 Vgl. Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad: een coherenter Europees verbintenissenrecht, een actieplan, COM (2003) 68 def., *PbEG* 2003, C-63/01, no. 16 v.

52 Zie HvJ 22 april 1999, C-423/97, *Jur.* I-2195. Vgl. Mededeling over Europees verbintenissenrecht, o.c., no. 35.

53 Zie J.M. Smits & R.R.R. Hardy, 'De toekomst van het Europees contractenrecht', *WPNR* 6513 (2002), p. 830.

54 Dat richtlijnen een minimumkarakter hebben is het gevolg van bewust beleid van de Europese Commissie sinds het Witboek Voltooiing van de interne markt uit 1985.

55 Voorstel voor een richtlijn betreffende oneerlijke 'business-to-consumer'- handelspraktijken op de interne markt (...), 18 juni 2003, COM (2003) 356 def. Op 18 mei 2004 werd door de Raad

van Ministers politieke overeenstemming bereikt over deze richtlijn.

56 HvJ EG zaak C-168/00, *Jur.* 2002-I, 2631 (Simone Leitner/TUI Duitsland) waarover J.M. Smits & R.R.R. Hardy, 'Het actieplan voor een coherenter Europees contractenrecht: een bespreking', *WPNR* 6532 (2003), p. 385 v.

57 Actieplan, o.c., no. 59. Zie *onder*, par. 4.

58 Zie hiertoe bijv. de EOS Gallup Europe 'Consumers survey' van januari 2002, die is gepubliceerd op http://europa.eu.int/comm/dgs/health_consumer/events/event42_en.html. In Nederland acht 66% van de consumenten zijn rechten goed beschermd tegenover een binnenlandse leverancier, maar slechts 23% meent dat dit ook het geval is bij een geschil met een buitenlandse leverancier.

59 Zie bijv. de toelichting bij het Voorstel voor een richtlijn betreffende oneerlijke 'business-to-consumer'- handelspraktijken, o.c.

par. 2.2 heb gegeven. Daar bleek dat het huidige acquis wordt gekenmerkt door fragmentatie: de functionele benadering van de Europese wetgever leidt er toe dat de grenzen der Europeanisering niet lopen langs de traditionele dogmatische lijnen, maar dwars door (en binnen) de rechtsgebieden. Hier moet aandacht worden besteed aan de vraag hoe die wetgeving in Nederland is geïmplementeerd (3.1) en aan wat dit betekent voor de karakterisering van het nationaal privaatrecht (3.2).

■ 3.1. De wijze van implementatie in Nederland

De verschillende Europese landen kennen elk eigen culturen van implementatie van EG-recht. Zo pleegt het Verenigd Koninkrijk richtlijnen te implementeren in zelfstandige *Regulations*, plaatste Duitsland de meeste richtlijnen tot voor kort⁶⁰ buiten het BGB om het wetboek systematisch zuiver te houden en schijnt Luxemburg te volstaan met het eenvoudigweg bestempelen van de richtlijn tot Luxemburgs recht zodat deze in volstrekt letterlijke vorm deel gaat uitmaken van de Luxemburgse wetgeving. In Nederland worden richtlijnen doorgaans in het Burgerlijk Wetboek geïmplementeerd (tenzij de materie thuishoort in een bijzondere wet⁶¹). Opvallend is dat dit niet zelden op een gebrekkige manier geschiedt. Niet alleen wordt bij vrijwel elke richtlijn de uiterste datum voor implementatie overschreden, bovendien zijn er niet zelden detailverschillen tussen de Europese en de nationale regeling.⁶² Voor zover dat leidt tot verschillen ten nadele van de burger, betekent dit dat de Europese instrumenten ter 'heling' van de gebrekkige implementatie kunnen worden toegepast. Kortweg zijn dit er vier: de Europese Commissie kan een procedure wegens verdragsschending openen (art. 226 EG-Verdrag), onder omstandigheden kan de burger zich jegens de overheid beroepen op een (verticale) directe werking van de richtlijn,⁶³ de nationale rechter kan op grond van zijn plicht tot richtlijnconforme uitleg (uitleg 'in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn')⁶⁴ de burger aan zijn recht helpen⁶⁵ en ten slotte kan de lidstaat aansprakelijk zijn voor de schade die de burger lijdt door de gebrekkige implementatie.⁶⁶ Dit is niet de plaats om uitgebreid op deze remedies in te gaan.⁶⁷

Waarom is de implementatie door de Nederlandse wetgever niet zelden onvoldoende precies? Nederland zou zich

veel problemen kunnen besparen door, zoals veel andere landen doen, de richtlijn eenvoudigweg letterlijk over te nemen. Zo implementeert ook Duitsland richtlijnen doorgaans veel meer naar de letter. Ik kan het Nederlandse beleid enkel verklaren vanuit de wens om Europese regelgeving zoveel mogelijk te voegen naar het systematisch 'zuivere' Burgerlijk Wetboek. De ruimte die dat Burgerlijk Wetboek aan de rechter laat door middel van open normen, wordt door het Europese Hof echter niet steeds als voldoende bepaald en duidelijk gezien waar het de bescherming van consumenten betreft.⁶⁸ Een implementatie in de zin dat de rechter bijvoorbeeld art. 6:248 BW richtlijnconform interpreteert is niet voldoende. Het hof⁶⁹ heeft daarvan gezegd dat

'een nationale rechtspraak, gesteld al dat zij constant is, waarin bepalingen van intern recht worden uitgelegd op een wijze die wordt geacht aan de eisen van een richtlijn te voldoen, niet de helderheid en nauwkeurigheid kan hebben die met het oog op de rechtszekerheid noodzakelijk zijn.'

Dit lijkt te impliceren dat richtlijnen, zeker als die liggen op het terrein van de bescherming van consumenten die grensoverschrijdende transacties verrichten, vrijwel steeds nauwkeurig door middel van wetgeving moeten worden geïmplementeerd.⁷⁰ Indien dit niet geschiedt, moet de rechter extra alert zijn op verschillen tussen de Nederlandse implementatie en de richtlijn. Dat is in die zin geen extra werk dat hij sowieso de richtlijn moet raadplegen om richtlijnconform te kunnen uitleggen.

■ 3.2. Een veranderend nationaal privaatrecht: Europeanisering van methoden?

Het traditionele privaatrecht zoals dit in civil law-landen bestaat wordt, in elk geval sinds het begin van de negentiende eeuw, gekenmerkt door een aantal met elkaar samenhangende karakteristieken.⁷¹ Tot deze behoren de herkomst van het privaatrecht uit een nationale bron (immers een nationale codificatie) met een daarbij behorende pretentie van coherentie en volledigheid, systematisering van alle (ook nieuw) recht binnen het bestaande, in oorsprong Romeinsrechtelijke, systeem en een zoveel mogelijk

60 Daar is verandering in gekomen met de herziening van het Duitse verbintenissenrecht in 2002. De gelegenheid is toen te baat genomen om het gemeenschappelijke aan diverse richtlijnen (zoals de definities van consument en de gevolgen van herroeping van de overeenkomst) neer te leggen in algemene artikelen die voorafgaan aan de bijzondere regels.

61 Zoals de Wet Consumentenkrediet of de Faillissementswet.

62 Zie bijv. de veroordeling van Nederland door het Europese Hof voor de gebrekkige implementatie van Richtlijn 93/13/EEG inzake oneerlijke bedingen, o.c. (HvJ EG 10 mei 2001, zaak C-144/99, *Jur.* 2001, 3541 (Commissie/Nederland), waarover J.M. Smits, 'Nogmaals de richtlijn oneerlijke bedingen: Nederland veroordeeld wegens gebrekkige implementatie', *WPNR* 6461 (2001), p. 853) en t.a.v. Richtlijn 1999/44/EG inzake consumentenkoop, o.c. bijv. J.M. Smits, 'De voorgenoemde implementatie van de richtlijn consumentenkoop: een gebrekkig wetsvoorstel', *WPNR* 6470 (2001), p. 1047 v.

63 HvJ EG, zaak C 270/81, *Jur.* 1981, p. 2771 (Felicitas); HvJ EG, zaak C 148/78, *Jur.* 1979, p. 1629 (Ratti); HvJ EG, zaak C-168/95, *Jur.* 1996, p. 4719 (Arcaro).

64 HvJ EG, zaak C-14/83, *Jur.* 1984, p. 1891 (Von Colson).

65 Zie M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht*, Deventer 2001.

66 HvJ EG, zaak C-6/90 en C-9/90, *Jur.* 1991, p. 535 (Francovich).

67 Zie bijv. Wissink, o.c., p. 331 v. en voor een kort overzicht J.M. Smits, 'Het Europees wettelijk kader', in: R.E. van Esch & J.E.J. Prins (red.), *Recht en elektronische handel*, 2de dr., Deventer 2002, p. 31 v.

68 Dit ondanks art. 249 lid 3 EG-Verdrag dat de lidstaten in beginsel de vrijheid laat om zelf de methode van implementatie te kiezen.

69 HvJ EG 10 mei 2001, zaak C-144/99, *Jur.* 2001, 3541 (Commissie/Nederland).

70 Zo moest Nederland het recht op prijsvermindering (art. 3 van Richtlijn 1999/44/EG inzake consumentenkoop) expliciet opnemen in het Burgerlijk Wetboek (zie art. 7:22 BW), hoewel de rechter prijsvermindering in beginsel ook kon (en kan) bewerkstelligen via gedeeltelijke ontbinding (art. 6:270 BW).

71 Zie voor het navolgende ook J.M. Smits, 'The Europeanisation of National Legal Systems: Some Consequences for Legal Thinking in Civil Law Countries', in: Mark Van Hoecke (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford 2004, p. 229 v., alwaar verdere verwijzingen.

redeneren vanuit het bestaande recht en interpretatie van wetgeving aan de hand van diverse interpretatiemethoden. Elk van deze kenmerken is, mede door de Europeanisering, aan snelle verandering onderhevig.

Ten aanzien van de bronnen van privaatrecht, heeft de Europeanisering geleid tot een vermenigvuldiging. Het oorspronkelijke beeld van één nationale wetgever die in soevereiniteit een compleet Burgerlijk Wetboek vervaardigt, heeft plaatsgemaakt voor recht uit diverse bronnen. Behalve wetgeving afkomstig van de EU en de Raad van Europa is er thans een veel grotere rol voor 'soft law' afkomstig van internationale (beroeps)organisaties, zoals de Incoterms en de Unidroit Principles of International Commercial Contracts (UP).⁷² Ook het aantal rechters dat iets te zeggen heeft over het nationale privaatrecht is, met het Europese Hof van Justitie en het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, toegenomen. Dit betekent mijns inziens dat de pretentie van coherentie en volledigheid op nationaal niveau wel moet worden verlaten. Het huidige Nederlandse beleid om richtlijnen zoveel mogelijk onder te brengen in het systeem van het Burgerlijk Wetboek is nog een restant van de wens een systematisch compleet Burgerlijk Wetboek te handhaven, maar dit lijkt me tot mislukken gedoemd. Het is uiting van de idee dat zodra een richtlijn is geïmplementeerd deze op gelijke voet staat met recht uit nationale bron, hoewel de interpretatie verschilt, er Europeesrechtelijke remedies bestaan bij onjuiste implementatie en interpretatie en het EG-Hof uiteindelijk bevoegd is tot een oordeel over de juiste uitleg van de bepalingen.

De toenemende Europeanisering voert ook weg van de traditionele wijze van systematisering van privaatrecht. De terminologie die wordt gebruikt in Europese richtlijnen is bewust functioneel van aard en niet gebaseerd op de *lingua franca* van het Romeinse recht. Traditionele juridische termen worden vermeden om de indruk te vermijden dat een bepaald *nationaal* begrip is overgenomen in de richtlijn. Zo worden neutrale termen als 'herroeping' en 'prijzvermindering' gebruikt. Deze worden vervolgens in nationale terminologie omgezet,⁷³ maar dat mag niet verhullen dat zij van Europese oorsprong zijn met alle consequenties van dien. Teubner heeft in dit verband gesproken van 'legal irritants'⁷⁴: omdat Europees recht wordt gearachuteerd in nationale rechtsstelsels verstoort het de daarbinnen bestaande systematiek.

In de derde plaats wordt ook de wijze van juridisch redeneren beïnvloed door de Europeanisering.⁷⁵ Op de terreinen die worden beheerst door richtlijnen, bestaat voor implementatie door de wetgever en voor interpretatie door de

rechter weinig ruimte. Ik wees er al op dat op het vlak van consumentenbescherming de door het Hof van Justitie getrokken grenzen nauw zijn.⁷⁶ De Nederlandse rechter zal de geïmplementeerde Europese wetgeving ook moeten interpreteren in overeenstemming met de doelstellingen van de richtlijn en niet moeten zoeken naar een interpretatie die conform de nationale systematiek is. Richtlijnen moeten immers in de gehele EU op uniforme wijze worden uitgelegd⁷⁷ en wel 'in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn'. Dat maakt de teleologische uitleg van veel groter belang dan bijvoorbeeld de totstandkomingsgeschiedenis zoals die in Nederland vaak wordt geraadpleegd. Bij Europese wetgeving zijn de stukken over de totstandkoming overigens ook moeilijk te vinden; soms is de behandeling zelfs niet volledig openbaar. Er is overigens in enkele Europese landen een tegengestelde tendens zichtbaar op terreinen die niet worden beheerst door richtlijnen: daar wordt meer en meer inspiratie geput uit buitenlands recht en uit Europese beginselen zoals de UP en de Principles of European Contract Law (PECL). Dat leidt juist tot een meer substantiële manier van redeneren met meer aandacht voor vragen van 'policy'.⁷⁸

Het bovenstaande impliceert dat de herkomst van een regel van Nederlands recht buitengewoon belangrijk blijft. Wie thans de 10% bepalingen van Europese oorsprong in de Boeken 3 en 6 en Titel 7.1 BW beziet, moet erkennen dat het haast onmogelijk is om daar de Europese herkomst uit af te leiden. Dat is niet zozeer een verwijt aan de wetgever (die conform Europees recht verwijst naar de richtlijn bij de officiële bekendmaking van de implementatiewet), maar vooral aan de uitgevers van wettenedities. In de ons omringende landen is het overigens niet veel beter.

Uit het voorafgaande blijkt bovendien dat de Europeanisering heeft geleid tot een fragmentatie van recht op nationaal niveau.⁷⁹ De consistentie van het nationaal privaatrecht is daar niet mee gediend: binnen het nationale kader ontstaan Europeesrechtelijke enclaves. Dat een zogenaamde 'spontane doorharmonisatie'⁸⁰ hier veel soelaas biedt, geloof ik niet. Spontane doorharmonisatie betekent dat de wetgever de richtlijn gebruikt om ook zuiver interne situaties op dezelfde wijze te behandelen als door de richtlijn geregelde situaties. Het toepassingsbereik van de richtlijn wordt aldus uitgebreid. Dat neemt echter niet weg dat het geïmplementeerde recht in methodologische zin een Europese enclave blijft. Vanuit een oogpunt van herkenbaarheid van het Europese recht is dit spontaan doorharmoniseren zelfs af te raden.

72 Zie daarover J.B.M. Vranken, 'Niets in het recht is blijvend, behalve verandering', *WPNR* 6560 (2004), p. 1 v.

73 Vgl. de term 'herroeping' uit art. 6 van Richtlijn 97/7/EG inzake afstandsovereenkomsten, o.c., dat in art. 7:46d BW is gemodelleerd als een recht op ontbinding, terwijl het in Duitsland een 'Widerrufsrecht' (§ 312d BGB) en in Engeland een 'right to cancel' (Regulation 10 van de Consumer Protection (Distance Selling) Regulations 2000) is geworden.

74 G. Teubner, 'Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences', *Modern Law Review* 61 (1998), p. 11 v.

75 Zie hierover ook E.H. Hondius, 'Nieuwe methoden van privaatrechtelijke rechtsvinding en rechtsvorming in een Verenigd Europa', *Med. KNAW, Afd. Letterkunde, Nieuwe Reeks*, dl. 64-4, Amsterdam 2001.

76 Zie *boven*, par. 3.1.

77 Zie bijv. zaak C-357/98, *Jur.* 2001, 9265 (The Queen/Secretary of State).

78 Vgl. Hesselink, *The New European Private Law*, o.c., p. 11 v.

79 Zie over het argument van fragmentatie van privaatrecht door Europese richtlijnen T. Wilhelmsson, 'Private Law in the EU: Harmonised or Fragmented Europeanisation?' *ERPL* 2002, 77 v., Hesselink, *The New European Private Law*, o.c., p. 227 v., J.M. Smits, 'Waarom harmonisering van het contractenrecht (via beginselen) onwenselijk is', *Contracteren* 2001, p. 73 v. en J.M. Smits, 'The Future of European Contract Law: on Diversity and the Temptation of Elegance', in: M. Faure et al (eds.), *Towards a European Ius Commune in Legal Education and Research*, Antwerp 2002, p. 239 v.

80 Wissink, o.c., p. 10.

4. De toekomst van het Europees privaatrecht: een Gemeenschappelijk Referentiekader?

Tot nu toe handelde deze bijdrage vooral over de huidige EU-wetgeving op het terrein van het vermogensrecht en de problemen die deze veroorzaakt in het nationale recht. Dat was een bewuste keuze: de discussie over het Europees privaatrecht gaat namelijk doorgaans over de toekomst, terwijl voor de dagelijkse praktijk toch vooral het huidige acquis van belang is. Toch wil ik ook enkele woorden wijden aan de toekomst van het Europees privaatrecht.⁸¹ Daartoe wordt eerst een korte schets gegeven van de discussie zoals die door de Europese Commissie is geëntameerd. Vervolgens bespreek ik één punt meer uitgebreid, namelijk de vraag of het 'Gemeenschappelijk Referentiekader' zoals voorgesteld in het Actieplan werkelijk bijdraagt aan de interne markt.

■ 4.1. Van Resolutie (1989) naar Actieplan (2003)

De discussie over een andere vormgeving van het Europees privaatrecht dan via richtlijnen en verordeningen is al vijftien jaar oud, maar is pas in 2001 in een stroomversnelling geraakt. Een voortrekkersrol werd in deze vervuld door het Europees Parlement, dat al in 1989 opriep tot het maken van een Europees Burgerlijk Wetboek.⁸² Die oproep werd toen door geen der andere EG-instellingen beantwoord. Dat gold evenzeer voor de herhaalde oproep in 1994.⁸³ Pas na de Europese Raad van Tampere (1999) en een derde resolutie van het Europees Parlement⁸⁴ kwam ook de Europese Commissie in actie. Deze liet in 2001 zijn inmiddels wijd en zijd bekende Mededeling over Europees verbintenissenrecht⁸⁵ het licht zien. Daarop volgden een nieuwe resolutie van het parlement⁸⁶ en (in 2003) het Actieplan van de Europese Commissie,⁸⁷ waaraan parlement⁸⁸ en Raad van Ministers⁸⁹ steun hebben betuigd. Thans denkt de Commissie na over hoe het GRK zoals voorgesteld in het Actieplan vorm te geven.⁹⁰ Het ligt in de bedoeling van de Europese Commissie om binnen niet al te lange tijd een 'follow-up'-mededeling over dit GRK uit te brengen.⁹¹ Het is goed om te benadrukken dat zowel de Mededeling als het Actieplan waren bedoeld als discussiestukken. Daarmee wilde de Europese Commissie de academische discussie verbreden naar de praktijk en de nationale overheden. Dat is goed gelukt want het aantal reacties op zowel

de Mededeling als het Actieplan was groot.⁹² Tot de essentie terugggebracht vraagt de Mededeling aan belanghebbende partijen (met name bedrijfsleven, consumenten en overheden) om enerzijds aan te geven of men problemen ondervindt door diversiteit van (contracten)recht in Europa en om anderzijds te reageren op vier mogelijke opties voor de toekomstige ontwikkeling van het contractenrecht: niet optreden van de EU, het bevorderen van gemeenschappelijke beginselen van contractenrecht, het verbeteren van de kwaliteit van het bestaande acquis en ten slotte het maken van 'alomvattende wetgeving' op EU-niveau (waarmee een Europees contractenwetboek is bedoeld). Uit de reacties bleek onder meer dat niet zozeer de diversiteit van recht in de praktijk als een probleem wordt ervaren, maar dat vooral het EG-recht zélf problematisch wordt geacht, onder meer om de hierboven in par. 2.3 uiteengezette redenen. In het Actieplan is de verbetering van de bestaande EG-wetgeving dan ook terecht op het eerste plan gezet. Vervolgens vraagt de Commissie in het Actieplan reacties op drie voorstellen: het verbeteren van de kwaliteit van het acquis door onder meer het maken van een 'Gemeenschappelijk Referentiekader' (GRK), het bevorderen van het gebruik van Europese standaardbedingen door bedrijven en ten slotte het maken van een 'optioneel model' (lees: wetboek) voor een Europees contractenrecht. De reacties op het Actieplan bevestigen die op de Mededeling: unaniem is er steun voor verbetering van het acquis, maar ten aanzien van een meeromvattende operatie (GRK of optioneel wetboek) bestaat nogal wat scepsis. Daarbij speelt ook een rol dat het Actieplan niet heel duidelijk is over hoe zo een GRK er uit moet zien. Dat rechtvaardigt een meer uitgebreide bespreking.

■ 4.2. Draagt een Gemeenschappelijk Referentiekader werkelijk bij aan de vervolmaking van de interne markt?

In de visie van de Commissie dient het huidige acquis op twee manieren te worden verbeterd: door het vervaardigen van een GRK en door verbetering en vereenvoudiging van de bestaande richtlijnen.⁹³ Dat laatste kan alleen maar worden toegejuicht: het consistentere maken van presentatie en terminologie en het vereenvoudigen van de inhoud van de bestaande EU-wetgeving⁹⁴ zal al een aantal klachten over het acquis wegnemen. Veel moeite hoeft dit niet te kosten:

81 De hoeveelheid academische literatuur op dit terrein is niet meer te overzien. Ik verwijs daarom slechts naar de overzichten door E.H. Hondius in de 'Kroniek algemeen' van dit tijdschrift.

82 Resolutie A2-157/89, *PbEG* 1989, C 158/400.

83 Resolutie A3-00329/94, *PbEG* 1994, C 205/518.

84 Resolutie B5-0228/2000, *PbEG* 2000, C 377/323. Dit werd gevolgd door het rapport van europarlementslid K.-H. Lehne, *Werkdocument*, DT/424755FR.doc.

85 Mededeling over Europees verbintenissenrecht, o.c., waarover S. Grundmann & J. Stuyck (eds.), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, The Hague 2002, J. De Mot & G. de Geest, 'De toekomst van het Europees Privaatrecht na het Groenboek', *NJB* 2002, p. 884 v. en Smits & Hardy, o.c., *WPNR* 6513 (2002), p. 827 v.

86 Resolutie C5-0471/2001, *PbEG* 2002, C 140 E/538. Zie ook Resolutie van de Raad van Ministers van 16 november 2001, persbericht 13 758/01.

87 Actieplan, o.c., waarover Smits & Hardy, o.c., *WPNR* 6532 (2003), p. 385 v., M.W. Hesselink, 'Naar een coherenter Europees contractenrecht?', *NJB* 2003, p. 2086 v. en L.A.D. Keus, 'De Europeënisering van het vermogensrecht, in het bijzonder van het contractenrecht', in: *Europeanisering van het Nederlands recht*, o.c., p. 194 v.

88 Resolutie van 2 september 2003 (P5_TA (2003) 0355).

89 Verslag van de Raad van Ministers van 22 september 2003, persbericht 12 339/03.

90 Zie voor de initiële stappen daartoe (onder meer het instellen van een netwerk van 'stakeholders') de website <http://europa.eu.int/comm/consumers>.

91 Na het afsluiten van de kopij is dit inmiddels gebeurd in de Mededeling Europees verbintenissenrecht en de herziening van het acquis: verdere maatregelen, COM (2004) 651 def. Dit document bevestigt dat een GRK zal worden gemaakt. Er kon in deze bijdrage verder geen rekening mee worden gehouden.

92 Er waren bijna 200 reacties op de Mededeling en meer dan 120 op het Actieplan. De reacties zijn beschikbaar via <http://europa.eu.int/comm/consumers>.

93 Actieplan, o.c., no. 59 en no. 69.

94 Vgl. Actieplan, o.c., no. 72.

tegen het samenvoegen van de bestaande richtlijnen in één meer coherente 'overall' richtlijn zal in Raad en Parlement weinig bezwaar bestaan.

Wat is de rol van het GRK bij de verbetering? Zoals de Commissie het zich voorstelt, bestaat het GRK uit 'gemeenschappelijke beginselen en termen'.⁹⁵ Enerzijds worden begrippen (zoals 'overeenkomst' en 'schade') gedefinieerd, anderzijds worden 'algemene regels betreffende de totstandkoming, geldigheid en uitlegging van overeenkomsten, evenals de nakoming, niet-nakoming en rechtsmiddelen, (...) alsook regels betreffende kredietzekerheden voor roerende goederen en het recht inzake ongerechtvaardigde verrijking'⁹⁶ opgenomen. Bij het vervaardigen er van zou 'gebruik moeten worden gemaakt van de bestaande nationale rechtsordes teneinde eventuele gemeenschappelijke kenmerken te vinden, gemeenschappelijke beginselen te ontwikkelen en, daar waar gepast, de beste oplossingen te identificeren.'⁹⁷ Het Actieplan noemt hier drie verschillende aspecten van een GRK. Het is nuttig om deze nader te analyseren.

Een eerste aspect bestaat in het definiëren van begrippen. Het gaat hier vooral om termen die in EU-wetgeving voorkomen. Ik acht dit het belangrijkste aspect van een GRK. Het draagt direct bij aan het doel van verbetering van het acquis omdat de termen uit het GRK kunnen worden gebruikt om de bestaande richtlijnen te herzien. Voor een consolidering van de EG-wetgeving is dit onmisbaar. Een begrippenlijst zou ook vergezeld kunnen gaan van 'een Europese variant van de Aanwijzingen voor de regelgeving'.⁹⁸ Het is de kwaliteit van dit GRK dat maakt dat het wordt gebruikt, want bindend zal het niet zijn: de gedachte van zowel Commissie als Raad is dat de EU-instellingen het GRK gebruiken bij het herzien van het acquis en bij het maken van nieuwe regels. Ook de lidstaten zouden er inspiratie aan kunnen ontleen indien zij hun contractenrecht herzien.⁹⁹ Het GRK lijkt met andere woorden nog het meest op een 'modelcode' voor de Europese en nationale wetgever. Een tweede aspect van het GRK betreft het opstellen van 'algemene regels'. Dit lijkt voor de Commissie het belangrijkste aspect van het GRK te zijn. Daarmee bekent de Commissie zich nu reeds tot de benadering van het formuleren van Europese beginselen. Die benadering is gepraktiseerd bij de *Principles of European Contract Law (PECL)*¹⁰⁰ en staat ook centraal in de zogenoemde *Study Group on a European Civil Code*. Het betreft één van de academische benaderingen van het Europees privaatrecht die staat naast andere benaderingen die bijvoorbeeld meer concrete casus centraal stellen. De vraag is echter hoe beginselen precies kunnen bijdragen aan verbetering van het acquis. Ik heb er eer-

der¹⁰¹ op gewezen dat deze beginselen niet zelden gebruik maken van dezelfde abstracte termen waar in het Actieplan tegen wordt gefulmineerd. Een jurist in een nationaal rechtstelsel weet welke betekenis aan een nationale abstracte term of beginsel moet worden gegeven omdat hij de nationale toepassingspraktijk kent die achter de term of het beginsel schuilgaat. Dat is anders bij Europese beginselen, die deze toepassingspraktijk missen. Nationale wetgevers zullen mijns inziens dan ook niet snel voor het GRK kiezen¹⁰² en als zij dat wel doen blijft grote interpretatievrijheid bestaan.

Daarbij komt nog een ander probleem: indien het GRK bestaat uit beginselen zoals de PECL, dan zal dit ver afstaan van het huidige acquis. Er bestaan immers nogal wat verschillen tussen beide. Zo zijn de PECL grotendeels gebaseerd op de traditionele juridische termen terwijl het acquis juist functioneel is georiënteerd. Ook inhoudelijk zijn er grote verschillen. De huidige richtlijnen moeten dus aanzienlijk worden aangepast indien zij in overeenstemming dienen te worden gebracht met een dergelijk GRK. De vraag is maar helemaal welke invloed het GRK kan hebben op een dergelijke inhoudelijke wijziging van het acquis: de kans is groot dat bij het uitonderhandelen van gewijzigde richtlijnen deze, net als thans, in hoge mate een compromis zullen zijn van de diverse opvattingen in de Raad en de invloed van het GRK daarom beperkt is.

Ten slotte stelt de Commissie in het GRK ook de 'beste oplossingen' te willen identificeren. De Britse regering merkt terecht op dat de lidstaten daarmee de mogelijkheid wordt onthouden om bij te dragen aan wat die beste oplossingen dan zijn.¹⁰³ Belangrijker is echter dat zodra het GRK de beste oplossingen gaat vaststellen, de Commissie eigenlijk bezig is met het maken van een Europees wetboek. Elders¹⁰⁴ wees ik er op dat het Actieplan de gedachte van een optioneel wetboek (zoals vervat in de Mededeling) niet laat varen hoewel de reacties daarop in de Mededeling in meerderheid negatief waren. Niet alleen komt deze gedachte terug in optie drie, maar dus ook in de context van het GRK.¹⁰⁵

De problemen met het huidige acquis heb ik in par. 2.3 samengevat met de trefwoorden fragmentarisch, willekeurig, (deels) inconsistent en (deels) ineffectief. Worden deze problemen opgelost met een GRK zoals voorgesteld door de Commissie? Mijns inziens slechts ten dele. Dat de huidige richtlijnen alleen bepaalde thema's regelen en dat niet duidelijk is waarom deze thema's wel en andere niet worden behandeld, wordt met een GRK niet opgelost. Dat vergt eenvoudigweg een meer consequent beleid van de EU. De inconsistentie van het acquis zal door een GRK ver-

95 Actieplan, o.c., no. 59.

96 Actieplan, o.c., no. 63.

97 Actieplan, o.c., no. 63.

98 Keus, o.c., p. 198.

99 Actieplan, o.c., no. 58-62. Vgl. de Resolutie van de Raad van Ministers van 22 september 2003, persbericht 12 339/03: 'This Common Frame of Reference would not be a legally binding instrument'.

100 O. Lando & H. Beale (eds.), *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, The Hague 2000 en O. Lando, E. Clive et al (eds.), *Principles of European Contract Law*, Part III, The Hague 2003.

101 Samen met Hardy. Zie Smits & Hardy, o.c., *WPNR* 6532 (2003), p. 386.

102 W. Van Gerven, *A Common Framework of Reference and Teaching*, beschikbaar als reactie op het Actieplan via <http://europa.eu.int/comm/consumers>, uit dezelfde twijfel.

103 Daarop volgt ietwat dreigend: 'The Commission will be more able to secure agreement to those new Directives if Member States have played a full role in the teasing out of solutions in the common frame of reference'. Zie Response of the UK Government, no. 8, reactie op het Actieplan beschikbaar via <http://europa.eu.int/comm/consumers>.

104 Samen met Hardy. Zie Smits & Hardy, o.c., *WPNR* 6532 (2003), p. 385 v.

105 Hesselink, o.c., *NJB* 2003, p. 2087 spreekt van een 'European Civil Code in disguise'.

beteren, maar dan moeten de Europese instellingen wel bereid zijn om zich door het (immers niet-bindende) GRK te laten leiden. Door het definiëren van abstracte termen zal ook de effectiviteit van het acquis toenemen. Zolang richtlijnen een minimumkarakter houden, worden verschillen in nationale implementaties er echter niet door weggenomen. Bovendien is al te veel optimisme over de invloed van een GRK of privaatrechtelijke regelgeving op het aantal te sluiten grensoverschrijdende overeenkomsten niet op zijn plaats: ik herhaal dat beslissingen van bedrijven en consumenten niet primair worden bepaald door verschillen in regelgeving, maar vooral door andere factoren.¹⁰⁶ Al met al moeten de verwachtingen over het GRK niet al te hoog gespannen zijn. Ik vind dat de Europese Commissie vooral moet inzetten op het snel samenvoegen van de bestaande richtlijnen in één meer coherente richtlijn die ook is voorzien van een aantal definities van begrippen. Het eerst vervaardigen van een uitgebreid GRK (dat volgens planning pas klaar zou zijn in 2008) is daar in het geheel niet voor nodig. Ook vanuit het bedrijfsleven is al bezorgd opgemerkt dat het grote werk aan een GRK afleidt van de vereenvoudiging van het huidige acquis.¹⁰⁷

5. In plaats van een conclusie: drie lessen voor de wetgever

Het lijkt goed om het voorafgaande samen te vatten in de vorm van enkele lessen. Die lessen zijn zowel gericht aan de Nederlandse als aan de Europese wetgever.

De eerste les is gericht aan de nationale wetgever. Hij handelt over de coherentie van het nationaal privaatrecht. Mijns inziens moet de Nederlandse wetgever erkennen dat er tegenwoordig twee soorten privaatrecht zijn: één uit nationale en één uit Europese bron. Elk heeft zijn eigen interpretatiemethode en wijze van handhaving. Dat betekent fragmentatie, maar dat is onvermijdelijk. De Nederlandse wetgever moet niet proberen om die fragmentatie weg te poetsen door Europese richtlijnen zoveel mogelijk in te passen in de systematiek van het Burgerlijk Wetboek. Dat is tot mislukken gedoemd. Het is beter te erkennen dat het Europees privaatrecht anders is en dat tot uitdrukking te brengen in de implementatiewet. Dat neemt ook de drang weg om niet-letterlijk te implementeren. Ik verwijs de Nederlandse wetgever naar zijn Duitse colle-

ga: wat de Europese wetgever niet doet, heeft de Duitse inmiddels wel gedaan. In 2002 is wat de diverse richtlijnen gemeenschappelijk hebben (zoals de definitie van consument en wederpartij en de gevolgen van 'herroeping' van de overeenkomst) in het BGB neergelegd in algemene artikelen die voorafgaan aan de bijzondere implementatieregels.¹⁰⁸ Bovendien zijn de (grotendeels) uit richtlijnen afkomstige verplichtingen van professionele partijen om informatie te geven aan de consument in een aparte verordening¹⁰⁹ opgenomen. In de indeling van de verordening zijn diverse Europese richtlijnen terug te zien: de vier afdelingen zijn gewijd aan respectievelijk informatieplichten bij consumentenovereenkomsten (afstandsovereenkomsten en timeshare), elektronische handel, reisovereenkomsten en kredietovereenkomsten. De verordening is gemakkelijk aan te vullen met regels uit nieuwe richtlijnen. Dat is een mooi voorbeeld voor Nederland.

De tweede les is voor de Europese wetgever. Die moet art. 3 EG-Verdrag en het tabaksreclame-arrest serieus nemen en zich afvragen of harmonisatie van privaatrecht daadwerkelijk nodig is voor de werking van de gemeenschappelijke markt en, als dat het geval blijkt, ook een maatregel kiezen die de belemmering echt opheft. In dit verband moet de Europese Commissie ook leren luisteren naar de belanghebbende partijen. Met de Mededeling van 2001 vond weliswaar een consultatie plaats van diegenen voor wie de gemeenschappelijke markt vooral is bedoeld (bedrijfsleven en consumenten), maar uit het Actieplan blijkt onvoldoende dat de Commissie ook heeft geluisterd naar bijvoorbeeld de kritiek op de gedachte van een Europees wetboek. De teneur van de reacties was veeleer dat *andere* factoren dan verschillen in privaatrecht grensoverschrijdende handel en aankopen belemmeren.¹¹⁰ Als dat zo is, moet de Europese wetgever daar naar handelen.

De derde les vloeit daar uit voort. De eisen van subsidiariteit en proportionaliteit maken dat de Europese wetgever niet méér moet doen dan nodig is. Omdat de meeste klachten bestaan over het huidige acquis, moet juist *dit* worden verbeterd. Ik herhaal (zie par. 4.2) mijn pleidooi voor het op korte termijn herschikken van de bestaande richtlijnen in één doelmatig instrument, inclusief enkele algemene bepalingen met definities. Indien dat instrument geen minimumkarakter heeft, is daarmee ook het probleem van divergerende consumentenbescherming goeddeels verholpen.

106 Zie *boven*, par. 2.3.

107 Zie de samenvatting van de reacties op het Actieplan, beschikbaar via <http://europa.eu.int/comm/consumers>.

108 Zie de subtitel 'Widerrufs- und Rückgaberecht bei Verbraucher-Verträgen (§§ 355-359 BGB). Zie ook de subtitel 'Besondere Vertriebsformen' (§§ 312-312f BGB) en de §§ 13-14 BGB.

109 Verordnung über Informationspflichten nach Bürgerlichem Recht, Verordening van 14 november 1994, BGBl. I, p. 3436, zoals

later gewijzigd.

110 De reactie van Orgalime (dat 100 000 bedrijven in de metaal ver- tegenwoordigt) op de Mededeling van 2001 vind ik nog altijd tekenend: 'It will, of course always to some extent be easier to trade with companies and persons from your own country. This has, however, more to do with ease of communication, traditions and other factors, which are not dependent on contract law'. Zie <http://europa.eu.int/comm/consumers>.