

NAAR EEN EUROPEES BURGERLIJK RECHT

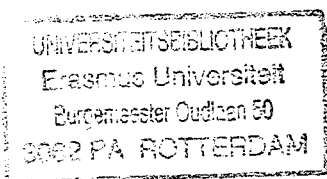
Prof. dr mr E.H. Hondius

EUROPEES PRIVAATRECHT - Een bonte lappendeken

mr L.A.D. Keus

Preadviezen, uitgebracht voor de
Vereniging voor Burgerlijk Recht
en de
Nederlandse Vereniging voor Europees Recht

1993
Koninklijke Vermande bv
Uitgevers sinds 1750



Omslag: C. Koevoets

ISBN 90 5458 0860

© 1993, Koninklijke Vermande b.v., Lelystad

De uitgever is zich ervan bewust dat, ondanks de zorg die redactie en uitgever besteden aan de samenstelling van de uitgave, onvolkomenheden kunnen ontstaan. Hier-voor kunnen de uitgever en de redactie helaas geen enkele aansprakelijkheid aan-vaarden.

Voor suggesties aangaande verbetering van de uitgave houdt de uitgever zich aanbe-voelen.

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 uitge-ver.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van arti-kel 16B Auteurswet 1912 j° het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeel-te(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16B Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

INHOUD

Blz.

Naar een Europees burgerlijk recht

E.H. Hondius

1	Inleiding	1
2	Burgerlijk recht vanuit Europees perspectief	3
3	Harmonisatie van burgerlijk recht: inleidende opmerkingen.....	6
4	Harmonisatie van personen-, familie- en erfrecht	7
5	Harmonisatie van het algemeen deel van het vermogensrecht	9
6	Harmonisatie van zakenrecht.....	11
7	Harmonisatie van verbintenissenrecht.....	12
8	Harmonisatie van bijzondere overeenkomsten	15
9	Conclusies	16
	Literatuur	25

EUROPEES PRIVAATRECHT - Een bonte lappendeken

mr L.A.D. Keus

	Blz.
1 Inleiding.....	33
2 Privaatrecht en gemeenschap.....	33
2.1 Het nationaal privaatrecht en het ontstaan van de communautaire rechtsorde.....	34
2.2 Het nationale privaatrecht als inspiratiebron	34
2.3 Het nationale privaatrecht als voertuig van het gemeenschapsrecht	35
2.4 Naast nationaal ook Europees privaatrecht.....	35
3 Europees privaatrecht	38
3.1 Het begrip privaatrecht	38
3.2 Vier soorten Europees privaatrecht	39
3.2.1 Het eigen privaatrecht van de communautairerechtsorde.....	39
3.2.2 Uniform Europees privaatrecht.....	40
3.2.3 Geharmoniseerd privaatrecht.....	42
3.2.4 De periferie	43
4 Nationale rechter en Europees privaatrecht.....	45
4.1 Nationale rechter en het eigen communautaire privaatrecht	45
4.2 Nationale rechter en uniform Europees privaatrecht	47
4.3 Nationale rechter en geharmoniseerd privaatrecht	48
4.4 Nationale rechter en periferie	48
4.4.1 Negatieve correctie	49
4.4.2 De mate van doorwerking bij negatieve correctie	49
4.4.3 Communautaire rechtsbeginselen als begrenzing van negatieve correctie	50
4.4.4 Onvermoede implicaties van het gemeenschapsrecht	52
4.4.5 Positieve correctie.....	53
4.4.6 Randvoorwaarden aan nationaal actie- en sanctierecht	53
4.4.7 De randvoorwaarden toegepast.....	53
5 Enkele ontwikkelingen nader beschouwd	55
5.1 Verticale en horizontale werking van gemeenschapsrecht	56
5.2 Verdrags- en richtlijn-conforme interpretatie	59
5.2.1 Richtlijnconforme interpretatie als communautaire verplichting	59

5.2.2 De zaak Marleasing	60
5.2.3 Grenzen aan de verplichting tot richtlijnconforme inter- pretatie	62
5.2.4 Richtlijnconforme interpretatie en rechtszekerheid.....	64
5.2.5 Richtlijnconforme interpretatie: uitleg of bijzondere demarche?	67
5.2.6 Vanaf welk moment richtlijnconforme interpretatie?.....	69
5.3 Positieve correctie van actie- en sanctierecht	70
5.3.1 Eerdere ingrepen in rechterlijke bevoegdheidsverdelingen.....	70
5.3.2 Van schadevergoeding, schuld en termijnen	72
6 Enkele conclusies en toekomstperspectief.....	75

NAAR EEN EUROPEES BURGERLIJK RECHT

E.H. Hondius¹⁾

1. Inleiding

‘... le condizioni politiche, sociali e culturali in cui si sono compiute le grandi codificazioni del secolo scorso, che hanno coronato la formazione degli Stati nazionali, non sono ripetibili a livello europeo. Al “formidabile ostacolo” della diversità delle lingue si aggiungono le difficoltà derivanti dalla diversità delle tecniche e degli stili dei vari ordinamenti, fortemente accentuata dopo l’ingresso della Gran Bretagna nella Comunità²⁾’.

Europa legt een steeds groter beslag op het recht. Dat geldt voor het burgerlijk recht, voor het burgerlijk procesrecht³⁾ en onderdelen daarvan zoals de dwangsom⁴⁾ en de toegang tot het recht⁵⁾. Het geldt voor andere traditionele rechtsgebieden zoals het belastingrecht⁶⁾, bestuursrecht⁷⁾, internationaal privaatrecht⁸⁾, sociale zekerheidsrecht⁹⁾, staatsrecht¹⁰⁾ en strafrecht¹¹⁾. Het geldt ook voor functionele rechtsgebieden als het agrarisch recht¹²⁾, arbeidsrecht¹³⁾, bouwrecht¹⁴⁾, consumentenrecht¹⁵⁾, gezondheidsrecht¹⁶⁾ en milieurecht¹⁷⁾. Zelfs nog niet volledig erkende nieuwe rechtsgebieden, als die inzake cultuur¹⁸⁾, discriminatie¹⁹⁾, informatie²⁰⁾ en telecommunicatie²¹⁾ worden vanuit een Europees perspectief benaderd. Eerder waren reeds delen van het handelsrecht op Europese leest geschoeid, zoals blijkt uit ontwikkelingen op het gebied van de agentuurovereenkomst²²⁾, het bankrecht²³⁾, fusierecht²⁴⁾, transportrecht²⁵⁾, vennootschapsrecht²⁶⁾ en verzekeringsrecht²⁷⁾. Het faillissementsrecht blijft op dit punt wat achter²⁸⁾. Dit geldt niet voor het recht van de industriële en intellectuele eigendom, dat zich tussen burgerlijk en handelsrecht in ontwikkelt - men zie bijv. de ontwikkelingen op het gebied van het auteursrecht²⁹⁾, de bescherming van computerprogramma’s³⁰⁾ en octrooirecht³¹⁾. Met terugwerkende kracht heeft Europa de rechtsgeschiedenis van een nieuw werkteerrein voorzien³²⁾.

Deze ontwikkeling heeft repercussies voor de organisatie van de beroepsuitoefening in juridische beroepen³³⁾, zoals de advocatuur³⁴⁾, het notariaat³⁵⁾, de rechterlijke macht³⁶⁾, en voor de opleiding van juridische studenten³⁷⁾.

‘Europees privaatrecht’ is een onderwerp dat momenteel allerwegen de aandacht trekt. In ons land hebben Steenhoff³⁸⁾, gevolgd door Van Erp³⁹⁾, Van der Velden⁴⁰⁾ en recentelijk vooral De Ly⁴¹⁾ er beschouwingen aan gewijd, terwijl het thema over enkele weken terugkeert in een rede voor de jaarvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking. In de Vereniging voor burgerlijk recht was het eerder Barendrecht, die de aandacht op het verschijnsel vestigde⁴²⁾. Buiten ons land zijn het vooral Duitse schrijvers die zich op het onderwerp hebben gestort⁴³⁾. Schrijvers als Kötz⁴⁴⁾, Müller-Graff⁴⁵⁾, Remien⁴⁶⁾, Tillmann⁴⁷⁾ en Zimmermann⁴⁸⁾ hebben de laatste

tijd diverse publikaties aan Europees privaatrecht gewijd⁴⁹⁾. Een eervolle tweede plaats komt de Italianen toe⁵⁰⁾. Kort geleden is voorts een tweetal tijdschriften gewijd aan Europees privaatrecht opgericht, de *European Review of Private Law*⁵¹⁾ en het *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*⁵²⁾.

De aandacht voor Europees privaatrecht is niet geheel nieuw; reeds sinds eind jaren vijftig wordt erover geschreven⁵³⁾. Wel hebben de Europese Akte, het Witboek voor de Interne Markt en het Verdrag van Maastricht als katalysatoren gewerkt⁵⁴⁾, hetgeen de verhoogde belangstelling verklaart.

We kunnen dit verschijnsel op tweeërlei wijze bezien: vanuit het Europees recht en vanuit het burgerlijk recht. In overleg met mijn preadviseur richt ik mij op laatstgenoemd perspectief, maar niet dan nadat ik ook enige opmerkingen over het Europeesrechtelijk perspectief heb gemaakt (nr 2). Vervolgens zal ik enkele inleidende opmerkingen maken over de mogelijkheid van een Europese harmonisatie van burgerlijk recht in het algemeen (nr 3). Aan de hand van de indeling van het Nederlands Burgerlijk Wetboek zullen daarna het personen-, familie- en erfrecht (nr 4), het vermogensrecht in het algemeen (nr 5), het zakenrecht (nr 6), het verbintenissenrecht in het algemeen (nr 7) en de bijzondere overeenkomsten (nr 8) worden besproken. Ik sluit af met een conclusie (nr 9).

Burgerlijk recht omschrijf ik hier als dat deel van het recht dat bij ons in het Burgerlijk Wetboek is neergelegd of in aansluiting daarop is ontwikkeld, met uitzondering van het handelsrecht (boeken 2, 8 en 9 en enkele titels van boek 7). Achter het weglaten van het handelsrecht schuilt geen dogmatische keuze⁵⁵⁾; plaats- en tijdgebrek nopen mij tot deze beperking, welke mede is ingegeven door het feit dat het de Vereniging voor *burgerlijk* recht is die het onderwerp op de agenda heeft geplaatst. Om die reden wordt ook het burgerlijk procesrecht in dit preadvies slechts incidenteel besproken⁵⁶⁾. Ook het internationaal privaatrecht laat ik grotendeels buiten beschouwing. Voor een bespreking van de 'eenmakingsgevoeligheid' van internationaal privaatrecht op het betrokken terrein verwijs ik naar de beschouwingen hierover van De Ly⁵⁷⁾.

Onder Europa versta ik in dit preadvies de Europese Gemeenschap in Brussel. Indien een enkele keer de Raad van Europa te Straatsburg of een andere organisatie⁵⁸⁾ wordt bedoeld, zal ik dat steeds vermelden.

Het Verdrag inzake de Europese Economische Ruimte⁵⁹⁾ brengt mee dat ook de lidstaten van de Europese Vrijhandels Associatie, inclusief Zwitserland dat het verdrag bij referendum heeft verworpen, onze aandacht behoeven. Dat geldt ook voor de landen van Centraal en Oost-Europa, die momenteel

vrijwel alle bezig zijn met codificatie-arbeid op het gebied van het burgerlijk recht⁶⁰⁾ en voorts grote belangstelling hebben voor het lidmaatschap van de EG⁶¹⁾.

Soms is het zelfs geboden om landen buiten Europa bij het onderzoek te betrekken, hetzij omdat zij zoals de Verenigde Staten ontwikkelingen in Europa hebben beïnvloed⁶²⁾, hetzij omdat zij zoals bijv. vele voormalige 'Overzeesche gebiedsdelen' door Europese ontwikkelingen zijn beïnvloed⁶³⁾.

2. Burgerlijk recht vanuit Europees perspectief

'The aim of finding a European common core of legal principles and rules is (...) simply to mark out areas of agreement and disagreement, to construct a European legal *lingua franca* that has concepts large enough to embrace legal institutions which are functionally comparable, to develop a truly common European legal literature and the beginnings of a European law school curriculum, and thus to lay the basis for a free and unrestricted flow of ideas among European lawyers that is perhaps more central to the idea of a common law than that of identity on points of substance'⁶⁴⁾.

Op 26 mei 1989 nam het Europees Parlement een resolutie aan, welke sindsdien de *magna charta* van de Europese codificatie-lobby is geworden. De belangrijkste passages uit de resolutie luiden:

'Het Europese Parlement,

(...)

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,

(...)

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

(...)⁶⁵⁾

Nog afgezien van de wenselijkheid of mogelijkheid⁶⁶⁾ van verwezenlijking van deze resolutie, moet worden opgemerkt dat resoluties van het Europees Parlement niet dezelfde betekenis hebben als bijv. op nationaal niveau moties van de Tweede Kamer⁶⁷⁾. De positie van beide parlementen is

immers gelijk bekend niet geheel dezelfde. De Europese Commissie lijkt in elk geval van deze resolutie niets te moeten hebben, getuige de beantwoording van een vraag uit het Europese Parlement over de wenselijkheid van harmonisatie van een verwant gebied, het burgerlijk procesrecht. Commissaris Bangemann stelde dat 'het EEG-Verdrag de Commissie niet de bevoegdheid verleent om rechtstreeks op te treden in de aangelegenheden van [de gemiddelde procesduur, de rechtsbijstand, de schadeloosstellingen, de proceskosten, beroep, enz.]'⁶⁸⁾.

Hierbij moet worden aangetekend dat ook parlementaire vragen en hun beantwoording op Europees niveau soms een ander niveau hebben dan op het nationale vlak⁶⁹⁾.

Wat de wenselijkheid en de mogelijkheid van een Europees burgerlijk recht c q Burgerlijk Wetboek betreft, kunnen verschillende deelvragen worden bezien. In de eerste plaats is er de vraag of het wenselijk is dat communautaire regelgeving vanuit het perspectief van het burgerlijk recht wordt opgezet. Zo dit het geval mocht zijn, komt vervolgens de vraag aan de orde of dit in een wetboek dient te geschieden. In de derde plaats rijst de vraag of de EG hiertoe de bevoegdheid bezit.

Om met deze laatste vraag te beginnen: vrij algemeen wordt aangenomen dat harmonisatie geen doel op zichzelf is⁷⁰⁾ en dat er geen algemene bevoegdheid hiertoe bestaat⁷¹⁾. Dit geldt in het bijzonder voor het privaatrecht, dat niet dan terloops in het EG-Verdrag wordt genoemd. Dit neemt niet weg dat een speurtocht door de Verdragstekst diverse grondslagen voor privaatrechtelijk optreden door de Gemeenschap oplevert. Een bijdrage aan de ontwikkeling van een Europees privaatrecht is ook geleverd door de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie⁷²⁾.

De twee andere vragen behandel ik gezamenlijk. Is het wenselijk om een Europees burgerlijk recht te ontwikkelen? Het is eigenlijk overbodig de vraag te stellen, want een dergelijk recht bestaat reeds. In zijn rede geeft De Ly een overzicht van de belangrijkste eenmakingsprojecten op het terrein van het privaatrecht⁷³⁾. Dit overzicht beslaat niet minder dan honderd projecten. Daarbij moet worden aangetekend dat er uiteraard nog veel meer projecten op touw zijn gezet, welke nog niet tot richtlijnen of richtlijnvoorstellen hebben geleid.

De eenmakingsprojecten zijn zeer uiteenlopend van opzet. Sommige hebben betrekking op een geheel complex van vragen; andere betreffen slechts een beperkt gebied. Sommige projecten beogen harmonisatie van zowel interne als internationale transacties, andere beperken zich tot harmonisatie

van internationale transacties⁷⁴⁾. Deze laatste vorm van harmonisatie heeft het nadeel dat daardoor op nationaal niveau een tweedeling tussen nationale en internationale transacties moet worden gemaakt⁷⁵⁾, hetgeen voorwerp van nader onderzoek dient te zijn⁷⁶⁾. Sommige projecten monden uit in uniform of geharmoniseerd privaatrecht, andere doen dat niet rechtstreeks⁷⁷⁾. Ten slotte gaan vele projecten uit van de EG, maar sommige zijn ook particulier. Een van de meest bekende particuliere initiatieven is dat van de *Commission for European Contract Law*, beter bekend als de commissie-Lando⁷⁸⁾. Deze commissie streeft ernaar beginselen te ontwikkelen, welke een rol kunnen spelen zowel in de praktijk als bij het opzetten van Europese regelgeving. Beale illustreert het belang van dergelijke *Principles* met een verwijzing naar een Engelse uitspraak waarbij de geldigheid van een Zwitsers arbitraal vonnis werd beoordeeld⁷⁹⁾. De Zwitserse arbiter had ingevolge artikel 13 lid 3 van de toepasselijke *International Chamber of Commerce Rules*⁸⁰⁾ 'internationally accepted principles of law governing contractual relations' toegepast zonder deze nader te specificeren. Dergelijke beginselen zijn niet gemakkelijk te formuleren, vandaar dat volgens Beale 'There might be considerable use of a modern set of principles, a modern *lex mercatoria*, which arbitrators could refer to in cases like this'⁸¹⁾. Naast de Lando commissie meldt De Ly ook een commissie-Gandolfi⁸²⁾. Op mondiaal niveau is er voorts de met de commissie-Lando vergelijkbare Unidroit commissie⁸³⁾. Op procesrechtelijk terrein heeft zojuist de commissie-Storme⁸⁴⁾ haar eindrapport in de vorm van een ontwerp-richtlijn afgeleverd⁸⁵⁾. Aantrekkelijk in de werkwijze van de commissie-Lando is dat deze niet volstaat met een tekst en toelichting, maar ook Noten over de verhouding tot de nationale rechtsstelsels van de EG vaststelt.

Omdat al deze projecten betrekkelijk los van elkaar zijn opgezet, overlappen zij elkaar soms, gebruiken zij wel uiteenlopende terminologie. Men kan stellen dat dit op z'n minst storend is. Dat kan in de toekomst nog erger worden. Het kan evenwel heel simpel worden voorkomen indien de EG zich tevoren over de te bezigen terminologie zou beraden. Het meest praktisch lijkt dit te doen door een integrale samenvatting van het privaatrecht op te bouwen, met andere woorden een codificatie die alleen dit manco heeft dat zij niet rechtstreeks geldt. Een dergelijke techniek is niet nieuw. De Amerikanen en de Fransen zijn al lang gewoon de wetgeving op bepaalde rechtsgebieden in Codes te consolideren. In België en Frankrijk bestaat voorts het gebruik om codificaties te ontwerpen voor rechtsgebieden die nog niet geheel in kaart zijn gebracht. De bedoeling van dergelijke exercities is de wetgever van een kader te voorzien waaruit hij inspiratie kan putten bij het opstellen van wetsvoorstellen op het betrokken gebied⁸⁶⁾. We zitten hier heel dicht bij de Amerikaanse instelling van de *Restatement*. Deze is op het gebied van Europees privaatrecht volgens Steenhoff⁸⁷⁾ en

Remien⁸⁸⁾ voor het eerst genoemd door Van Hecke⁸⁹⁾. Ik merk hierbij nog op dat ook voor landen als het Verenigd Koninkrijk en de Ierse Republiek een codificatie niet zonder meer anathema is. De *Law Commissions* zijn bij hun oprichting zelfs belast met de codificatie van het Britse contractenrecht, wat alleen op praktische gronden op een mislukking is uitgelopen⁹⁰⁾.

De vraag die nu nog resteert, is of een dergelijke exercitie mogelijk is zonder de kwaliteit van de regelgeving al te zeer in gevaar te brengen. Is bij alle verscheidenheid van het Europese continent en de daarbij behorende eilanden het vinden van een grootst gemene deler of althans een voor velen aanvaardbare tekst een reële mogelijkheid? Het is deze vraag waaraan dit preadvies in hoofdzaak gewijd zal zijn.

Ik teken hierbij aan dat het op strafrechtelijk gebied inderdaad mogelijk is gebleken een model Wetboek van Strafrecht te ontwikkelen⁹¹⁾.

3. Harmonisatie van burgerlijk recht: inleidende opmerkingen

'Naar mijn overtuiging is het geen taak voor de Europese instellingen om, ook niet op onderdelen, een Europees privaatrecht te maken'⁹²⁾.

In het navolgende wil ik aandacht besteden aan de vraag welke van de verschillende leerstukken van het burgerlijk recht zich lenen voor harmonisatie op Europees niveau. Ik zal dat gezien de doelgroep van dit preadvies doen vanuit het gezichtspunt van de Nederlandse jurist en daarbij het Nederlandse Burgerlijk Wetboek als leidraad hanteren. Denkbaar is ook dat men een dergelijke exercitie verricht op basis van de jurisprudentie⁹³⁾ of van de doctrine. Zelfs een vergelijking vanuit particuliere regelgeving is niet uitgesloten⁹⁴⁾. Nu juist een nieuw wetboek is ingevoerd, ligt het echter voor de hand dit op zijn minst als 'kapstok' voor de vergelijking te gebruiken.

Uit overwegingen van mij ter beschikking gestelde tijd en plaats zal ik het bij een globale vergelijking houden en hierbij veelvuldig een beroep doen op onderzoek van anderen. Behalve van enige recente Nederlandse dissertaties en monografieën maak ik gebruik van de binnenkort te verschijnen bundel 'Towards a European Civil Code' waarin een aantal binnen- en buitenlandse juristen hun licht doen schijnen juist over de vraag of harmonisatie van burgerlijk recht op Europees niveau mogelijk is⁹⁵⁾. Van de overvloedige rechtsvergelijkende literatuur gebruik ik alleen *An Introduction to Comparative Law* van Zweigert en Kötz, waarvan ik hier de Engelse vertaling van Weir aanhoud⁹⁶⁾, alsmede in beperkte mate de *International Encyclopedia of Comparative Law*⁹⁷⁾.

Uiteraard kan men de 'eenmakingsgevoeligheid' ook onderzoeken aan de hand van andere landen of groepen van landen dan die welke Europa vormen en zelfs kan men dit onderzoek binnen de grenzen van een - federaal - land uitvoeren. Limpens heeft er op gewezen dat men in alle landen of groepen van landen met een eenmakingsbeweging steeds is begonnen met de eenmaking van de bepalingen inzake waardepapieren, handelsrecht, verbintenissenrecht, die een uitgesproken economisch aspect vertonen, en slechts veel later met de eenmaking van het personenrecht waar het ideologisch aspect blijkbaar domineert⁹⁸⁾. Voorts kan men de vraag uiteraard ook beantwoorden aan de hand van buitenlandse literatuur. Deze exercities moet ik hier om de eerder aangeduide redenen achterwege laten.

Zo leerstukken van burgerlijk recht zich al voor harmonisatie lenen, is daarmee nog niet gezegd dat er maar meteen een richtlijn - of een verordening - moet komen. Afgezien van de vraag of hiervoor de bevoegdheid in het EG-Verdrag wordt gegeven, is er ook de vraag hoe gedetailleerd de regelgeving dient te zijn, hoe zij moet worden geïnterpreteerd, welke waarde aan rechterlijke uitspraken moet worden toegekend, hoe zij moet worden ingedeeld, in welke mate aan de doctrine gezag wordt toegekend, hoe de toegang tot de rechter wordt gewaarborgd, enz. Over deze vragen bestaan in de verschillende lidstaten verschillende tradities. In ons land is privaatrechtelijke regelgeving meestal niet erg gedetailleerd. Veel laat de wetgever aan de rechter over⁹⁹⁾. In Frankrijk ('Dieu nous protège des parlements') daarentegen bestaat er bij de wetgever traditioneel een wantrouwen jegens de rechterlijke macht, waardoor bijv. het toekennen van discretionaire bevoegdheden daar veel moeilijker ligt. In ons land kan de wetgever ook veel kwijt in de Memorie van Toelichting. Dat kan omdat de rechter bereid is de Parlementaire geschiedenis van een wet bij de interpretatie te betrekken. In het Verenigd Koninkrijk daarentegen is het pas sinds een jaar toegelaten om 'Hansard' te raadplegen¹⁰⁰⁾. De uitspraak van het *House of Lords* in *Pepper v Hart*¹⁰¹⁾ heeft de mogelijkheid geopend om op dit punt tot een zekere approximatie te komen. Dat rechterlijke uitspraken in de verschillende lidstaten uiteenlopende betekenis hebben is natuurlijk welbekend¹⁰²⁾. Iets minder bekend is wellicht dat ook de indeling van bepaalde leerstukken kan afwijken. Zo ontstond in de Lando commissie de vraag of het leerstuk van de simulatie/schijnhandeling moet worden behandeld bij totstandkoming, uitleg of nietigheden. De waarde die aan de doctrine wordt gehecht, is eveneens uiteenlopend, variërend van Engeland¹⁰³⁾ tot Spanje. Ten slotte is de toegang tot het recht in de lidstaten vaak zeer uiteenlopend geregeld¹⁰⁴⁾.

4. Harmonisatie van personen-, familie- en erfrecht

'... it seems for sure that after 1992, when the internal European borders are abolished, the impact on and the repercussions for Family Law will be great'¹⁰⁵⁾.

In Boek 1 heeft het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) van de Raad van Europa aanleiding gegeven tot aanpassingen van het Nederlandse recht aan Europese normen¹⁰⁶⁾. Voorts zijn op dit gebied de verdragen van de *Commission Internationale de l'Etat Civil (CIEC)* van belang. Niettegenstaande de harmonisatie die hiervan is uitgegaan, is het personen- en familierecht nog zeer verscheiden¹⁰⁷⁾ en het is de vraag of daar verandering in moet worden gebracht. Hoewel ook wel is aangedrongen op harmonisatie van de regeling van de wettelijke meerderjarigheid en het Hof zelfs een nationale regeling van het naamrecht in strijd met EG-recht achtte¹⁰⁸⁾, nemen de meeste commentatoren aan 'que le droit des personnes et de la famille se prête moins bien à l'uniformisation, voire au rapprochement, que le droit du commerce ou des obligations'¹⁰⁹⁾. Dit neemt niet weg 'que la circulation accrue des populations d'un pays dans l'autre comme la liberté d'établissement dans le cadre de la nouvelle Europe imposent au juriste de chercher à harmoniser les législations des pays voisins, de s'assurer qu'elles sont compatibles: il n'est pas rare, aujourd'hui, qu'une personne naisse dans un pays, se marie dans un second, peut-être avec une personne qui ne possède pas sa propre nationalité, s'établisse dans un troisième où elle va parfois divorcer, qu'elle décède enfin en un autre lieu'¹¹⁰⁾. Deze behoefte aan harmonisatie heeft geresulteerd in verdragen van de CIEC die betrekking hebben op de letterlijke transcriptie van buitenlandse namen in de registers van de burgerlijke stand (Verdrag van Bern 1973 - Nederland is hierbij partij), de invoering van een internationaal *livret de famille* (Verdrag van Parijs 1974 - Nederland is hierbij geen partij), de naam (Verdragen van Istanbul 1958 en Den Haag 1982 - Nederland is hierbij partij), buitenechtelijke kinderen (Verdragen van Rome 1961 en Brussel 1962 - Nederland is hierbij partij), vermissing (Verdrag van Athene 1966 - Nederland is hierbij partij) en nationaliteit (Verdrag van Bern 1973 - Nederland is hierbij partij)¹¹¹⁾. Daarnaast heeft de CIEC aanbevelingen gedaan met betrekking tot vluchtelingen en tot het huwelijk¹¹²⁾.

Ook in Boek 4 heeft het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) van de Raad van Europa aanleiding gegeven tot aanpassingen van het Nederlandse recht aan Europese normen. Overigens lijkt op het gebied van het erfrecht de behoefte aan harmonisatie nog het minst aanwezig. Afgezien daarvan, indien wetgeving op nationaal vlak al zo moeilijk blijkt - vergelijk de meeslepende avonturen van de langstlevende echtgenoot - hoe groot zullen de tegenstellingen dan op internationaal niveau niet zijn.

5. Harmonisatie van het algemeen deel van het vermogensrecht

'Voor Nederlandse juristen moge gelden "Wie zijn recht verloochent, verliest zijn identiteit"¹¹³⁾.

Boek 3 begint met een aantal algemene bepalingen, welke deels van begripsmatige, deels van terminologische aard zijn. Hoewel deze bepalingen niet direkt aanleiding geven tot Europeesrechtelijke beschouwingen, doet de kwestie van de terminologie in het algemeen dat wel. Twee opmerkingen wil ik hierover maken. In de eerste plaats is de thans in richtlijnen gekozen terminologie vanuit civielrechtelijke optiek niet steeds even gelukkig. Een voorbeeld is het begrip 'verkoper' in de richtlijn oneerlijke contractsbedingen. Blijkens artikel 2 onder (c) moet daaronder worden verstaan 'iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die bij onder deze richtlijn vallende overeenkomsten handelt in het kader van zijn publiekrechtelijke of privaatrechtelijke beroepsactiviteit'. Dat betekent dat ook de dienstverlener onder het begrip 'verkoper' valt¹¹⁴⁾. In de andere talen waarin de richtlijn is gesteld, is een dergelijke ongelukkige terminologie vermeden. De terminologische problemen zijn dus niet inherent aan een richtlijn. Veeleer moeten zij worden toegeschreven aan ondeskundigheid in de vertaalafdeling in Luxemburg en bij de Nederlandse ambtenaren die bij de goedkeuringsprocedure betrokken zijn geweest¹¹⁵⁾.

In de tweede plaats dwingt de richtlijnconforme interpretatie ertoe om het EG-recht niet als uitzondering restrictief uit te leggen¹¹⁶⁾.

Met betrekking tot titel 2 (artikelen 3:32-59) signaleren Kötz en Zweigert dat het begrip 'rechtshandeling' niet erg geschikt is om het burgerlijk recht te ordenen; in plaats daarvan zien zij liever het contractsbegrip van het Anglo-Amerikaanse recht gebruikt¹¹⁷⁾. Op het gebied van de handelingsbekwaamheid (artikel 3:32) constateren zij aanzienlijke verschillen tussen Anglo-Amerikaans, Duits en Frans recht¹¹⁸⁾. Ten aanzien van vormvereisten (artikel 3:37) constateren Kötz en Zweigert een tendens tot informalisering. Daarbij wijzen zij ter illustratie op het eenvormig kooprecht¹¹⁹⁾. Ik teken hierbij aan dat dit alleen voor de handelskoop geldt; met betrekking tot consumententransacties ziet men in sommige landen veeleer een nieuw formalisme ontstaan¹²⁰⁾. Met betrekking tot de wilsgebreken (artikel 3:44) ziet Van Rossum een grote discrepantie bij bedreiging, bedrog en misbruik van omstandigheden, die in de *common law*, anders dan op het continent, niet als wilsgebreken worden beschouwd. Niettemin sluit schrijfster, daartoe geïnspireerd door het NBW, harmonisatie niet uit¹²¹⁾. Op het gebied van de nietigheden (artikelen 3:49-58) constateren Zweigert en Kötz grote verschillen, zowel qua benadering als qua resultaat¹²²⁾. *Causa* en *consideration* zijn twee 'indicia of seriousness', welke naast een oppervlakkige gelijkenis ook

grote verschillen vertonen¹²³⁾.

Met betrekking tot de overdracht van goederen (titel 3.4 - artikelen 3:83-106) wijst Drobnig op de diepgaande verschillen tussen de Europese landen. Deze verschillen lopen nu eens niet tussen *common* en *civil law*, maar tussen een Anglo-Frans blok enerzijds en een blok gevormd door Duitsland, Griekenland en Nederland anderzijds. Niettemin ziet ook Drobnig kansen voor een Europees Burgerlijk Wetboek¹²⁴⁾. Een interessant punt dat de auteur naar voren brengt is dat de regels van goederenrecht en verbintenissenrecht tegenwoordig in die mate van elkaar afhankelijk zijn, dat een geïsoleerde harmonisatie van het ene of het andere complex niet is aan te raden¹²⁵⁾.

Een bepaling die juist ons land moeilijkheden kan bezorgen als Europese harmonisatie op dit punt zou worden voorgesteld¹²⁶⁾ is het verbod van fiduciaire eigendomsoverdracht (artikel 84 lid 3). Dit verbod staat haaks op de praktijk in andere landen en verdraagt zich evenmin met de in Frankrijk ingezette tendens om het Engelse *trust* begrip op het Europese continent te introduceren¹²⁷⁾.

In titel 4 vinden we voorts een bepaling gewijd aan het eigendomsvoorbehoud, artikel 3:92. Hiervoor zijn van belang de ontwerp-verdragen inzake faillissement¹²⁸⁾, terwijl hiervoor in 1980 ook een richtlijn is ontworpen¹²⁹⁾, maar van uitvoering is tot dusver niets terechtgekomen. Ook de regels inzake cessie (artikel 3:94) lopen nogal uiteen¹³⁰⁾.

Hoezeer de nationale voorschriften inzake derdenbescherming onderling verschillen blijkt indien men enige casus naar verschillende rechtsstelsels oplost¹³¹⁾.

Titel 9 (artikelen 3:227-275) regelt de rechten van pand en hypotheek. Dalhuisen geeft in de bundel 'Towards a European Civil Code' een verslag van de eeuwigdurende strijd die het moderne handelsverkeer levert om zekerheden te verwerven welke in overeenstemming zijn met de rechtstradities van de verschillende lidstaten. Schrijver ziet wel mogelijkheden voor de *common law* en het continentale recht om tot een gemeenschappelijke positie te komen, door gebruik te maken van het eigendomsbegrip. Hiertoe zou men dienen te komen door uitwerking van de jurisprudentie.

Wehrens spreekt zich in dezelfde bundel uit voor de ontwikkeling van een *Euro-hypothèque*, te gebruiken bij grensoverschrijdende transacties als alternatief voor nationale hypotheekverlening. De schrijver stelt twee problemen aan de orde, die ook elders naar voren komen. De eerste vraag is of

er naar internationaal privaatrecht een oplossing is voor internationale hypotheekverlening. Hij beantwoordt de vraag in ontkennende zin. De tweede vraag is de reeds eerder aangestipte kwestie of Europese regelgeving zich dient te beperken tot grensoverschrijdende transacties. De grote verschillen tussen de verschillende nationale regelingen brengen in de ogen van de auteur mee, dat een harmonisatie van deze regelingen voor zover het zuiver binnenlandse transacties betreft niet realistisch en misschien ook niet wenselijk is¹³²⁾.

Met betrekking tot de voorrechten (artikelen 3:276-289) bestaan er tussen de verschillende Europese landen grote verschillen¹³³⁾. Ten aanzien van het retentierecht (artikelen 3:290-295) constateert Fesevur dat de Nederlandse regeling thans aansluit bij die in Duitsland en Zwitserland; vroeger was dat veeleer bij België en Frankrijk. Omineus voor harmonisatie op Europees niveau is evenwel zijn opmerking: 'Het retentierecht in Engeland verschilt (...) te zeer van de continentale regelingen om in het kort een zinvolle vergelijking te maken'¹³⁴⁾.

6. Harmonisatie van zakenrecht

'I submit that a new *ius commune* for Europe is taking shape before our eyes. We see it, but we are not completely aware of it'¹³⁵⁾.

Boek 5 levert nog niet veel voorbeelden van pogingen tot harmonisatie. Een uitzondering is het verschijnsel van de *time-sharing* - men zie hierover het binnenkort te verdedigen proefschrift van Arduin¹³⁶⁾. *Time-sharing* is een van de weinige figuren op het terrein van boek 5 die een duidelijk grensoverschrijdend karakter hebben. Overigens moet worden opgemerkt dat de voorgestelde richtlijn vooral verbintenissenrechtelijke aspecten, zoals agressieve handelspraktijken, regelt en niet of nauwelijks de goederenrechtelijke kant¹³⁷⁾.

Buiten deze nieuwe rechtsfiguur lijkt er vooralsnog weinig belangstelling voor harmonisatie van de in Boek 5 geregelde zakelijke rechten. Veel verder dan het signaleren van dezelfde ontwikkelingen in bijv. Duitsland en Nederland gaat de doctrine niet¹³⁸⁾. In de Monografieën NBW inzake burenr¹³⁹⁾echt, mandeligheid en erfdienstbaarheden, en erfpacht en opstal trof ik, anders dan in de meeste overige delen van deze reeks, geen of vrijwel geen rechtsvergelijkende aantekeningen. Voor wat betreft de appartementsrechten (artikelen 5:106-147) wordt vergelijking bemoeilijkt doordat het Engelse recht in deze nog niet is gecodificeerd, terwijl ook tussen Duits en Nederlands recht enerzijds en Belgisch en Frans recht anderzijds aanzienlijke verschillen bestaan¹⁴⁰⁾.

7. Harmonisatie van verbintenissenrecht

¹⁴¹⁾ 'Misschien meent de lezer dat ik nu echt op hol sla, als ik denk aan een Europees BW (76)'.¹⁴¹⁾

Komen we bij Boek 6, dan concludeert Nieskens-Isphording in haar proefschrift dat het Duitse, Engelse en Nederlandse (en Amerikaanse) recht op het punt van het ontstaan van verbintenissen (artikel 6:1) 'verrassend in de pas lopen'.¹⁴²⁾

Met betrekking tot de nakoming van verbintenissen (artikelen 6:28-51) lijkt er op het eerste gezicht een onoverbrugbare kloof tussen *common law* waar het recht op schadevergoeding de normale *remedy* is en het Europees-continentale recht waar dat de nakoming is. De praktijk wijst evenwel uit dat de verschillen kleiner zijn dan zij op dit eerste gezicht lijken¹⁴³⁾. Een verschil, ook tussen de landen van het vasteland, is wel aanwezig op het punt van de dwangsom¹⁴⁴⁾. Over de niet-nakoming (artikelen 6:52-57, 74-94, 261-278) schrijven Zweigert en Kötz: 'One's first impression on looking at all this material might be that the underlying doctrines are so fundamentally different that it makes no sense to compare the solutions'.¹⁴⁵⁾ Niettemin concluderen zij dat de praktische uitkomsten vaak met elkaar in overeenstemming zijn; wederom illustreren zij hun stelling met verwijzing naar het eenvormig kooprecht. Op grond van zijn praktijkervaring concludeert ook Lando dat het mogelijk is om een stelsel voor niet-nakoming te ontwerpen. De prijs die men hiervoor moet betalen is dat de te stellen regels geen grote precisie hebben¹⁴⁶⁾. Een clause die op zeer uiteenlopende wijze is geregeld, is het boetebeding (artikelen 6:91-95)¹⁴⁷⁾.

In afdeling 11 heeft de wetgever in de artikelen 6:115-118, resp. 121-126 aansluiting gezocht bij een tweetal Europese ontwerp-conventies van de Raad van Europa, de *Convention Européenne relative au lieu de paiement des obligations monétaires* (1972) en de *Convention Européenne relative aux obligations en monnaie étrangère* (1968)¹⁴⁸⁾. Het niet wettelijk geregeld elektronisch betalingsverkeer is voorwerp van een Aanbeveling van de EG¹⁴⁹⁾.

In de literatuur over titel 2 inzake overgang van vorderingen en schulden en afstand van vorderingen (artikelen 6:142-161) komen vrijwel geen rechtsvergelijkende gegevens voor.

Hoe staat het met de 'Schaffung eines gemeinsamen Marktes für unerlaubte Handlungen'¹⁵⁰⁾? De onrechtmatige daad (titel 6.3, afdeling 1, artikelen 6:162-168) is in de onderscheiden lid-staten op uiteenlopende wijze geregeld, zo is de conclusie van Van Dam¹⁵¹⁾ die in zijn onderzoek de zorgvuldigheidsnorm in een Europees kader plaatst, 'zodat een bijdrage kan worden

geleverd aan de voorbereiding van een Europees Restatement op het gebied van de persoonlijke aansprakelijkheid'¹⁵²⁾ betrekking tot de aansprakelijkheid voor anderen van afdeling 2 (artikelen 6:169-183) komen Zweigert en Kötz tot de conclusie dat het Anglo-Amerikaanse en het Romanistische recht 'essentially in agreement' zijn¹⁵³⁾. Afdeling 3 (artikelen 6:185-193) inzake produktenaansprakelijkheid is de eerste regeling die gewoon Europees is. Eveneens geïnspireerd door een Europese richtlijn is afdeling 6.3.4 inzake misleidende reclame (artikelen 6:194-196). Anders dan bij de richtlijn inzake produktenaansprakelijkheid is hier sprake van minimum-harmonisatie. Verkade acht het terrein van de ongeoorloofde mededinging een onderwerp dat zich alleszins leent voor regeling op Europees niveau¹⁵⁴⁾. Er is hiernaast nog een aantal richtlijnen inzake etikettering, die niet als privaatrechtelijk kunnen worden gekwalificeerd¹⁵⁵⁾. Of de ontwerp-richtlijn vergelijkende reclame de subsidiariteits-toets gaat overleven, is nog onbekend. Een politieke 'hot issue' is voorts het voorgenomen verbod van tabaksreclame¹⁵⁶⁾. Ten slotte vermeld ik in het kader van de onrechtmatige daad het werk aan een richtlijn verkeersaansprakelijkheid¹⁵⁷⁾ en de invalshoek van de aantasting van persoonlijkheidsrechten¹⁵⁸⁾.

Zaakwaarneming (artikelen 6:198-202) is een figuur die de *common law* niet kent. Niettemin, 'in a variety of situations it has developed solutions completely comparable to those evolved by the civilian systems'¹⁵⁹⁾. Met betrekking tot de onverschuldigde betaling en de ongerechtvaardigde verrijking (artikelen 6:203-212) concludeert W.J. Swadling: 'But even were the English law sufficiently developed to be susceptible of codification it is doubtful whether any assimilation of the common law and civil law in this area could be made'.¹⁶⁰⁾

Titel 5 van Boek 6 lijkt op het eerste gezicht typisch een regelcomplex dat zich voor harmonisatie leent. Dat geldt wellicht niet voor de Algemene bepalingen van afdeling 1 (artikelen 6:213-216). Met name de standaardregeling van artikel 6:214 is vanuit Europees perspectief een merkwaardige figuur¹⁶¹⁾. Afdeling 2 van titel 6.5 inzake de totstandkoming van de overeenkomst (artikelen 6:217-230), lijkt zich als geen ander voor harmonisatie te lenen. Toch ziet Van Erp juist daar grote problemen¹⁶²⁾. Schrijver signaleert een groeiende divergentie tussen Engels en continentaal recht. Deze divergentie wordt heel duidelijk geïllustreerd door het Engelse arrest *Walford v Miles*¹⁶³⁾. In dit arrest overwoog het *House of Lords*: 'A duty to negotiate in good faith is as unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of a negotiating party'. Een Europees Wetboek dat hierover een ander standpunt zou innemen zou volgens Van Erp voor het Verenigd Koninkrijk onaanvaardbaar zijn. Ik betwijfel of dit juist is. *Walford v Miles* heeft ook in Engeland veel kritiek geoogst. Het is in dit verband interessant

te weten dat in de commissie-Lando ook de Britse leden geen enkele moeite hadden met het formuleren van een algemeen goede trouw beginsel in het hoofdstuk over 'Formation'. Voorts wijst de geschiedenis van het Weens Koopverdrag uit dat zelfs het moeilijke leerstuk van de bindende kracht van het aanbod zich voor unificatie leent¹⁶⁴⁾.

Voor wat betreft artikel 6:228 inzake dwaling verwijs ik naar de beschouwingen van Van Rossum geciteerd bij titel 3.2.

Het paradepaard van de harmonisatie van contractenrecht is afdeling 3 inzake algemene voorwaarden (artikel 6:231-247). De recente richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten is momenteel alom voorwerp van studie¹⁶⁵⁾. Op de richtlijn is ongetwijfeld veel af te dingen: de werksfeer is beperkt tot consumententransacties en lang niet alle aspecten van algemene voorwaarden worden geregeld. Voorts gaat het om een minimum-richtlijn en is totale harmonisatie nog ver verwijderd. Niettemin kan worden gesteld dat een centraal deel van het contractenrecht zich voor gedeeltelijke harmonisatie blijkt te lenen. Uiteraard is deze richtlijn maar een eerste stap. Wie ernst wil maken met harmonisatie, zal verder moeten gaan dan alleen de afwijking van de wet harmoniseren: ook de wet zelf dient uiteindelijk in het vizier te komen.

De uitleg van overeenkomsten is door de Nederlandse wetgever (nog) geen wetsartikel waard geweest. Maar indien we het leerstuk van de uitleg ergens bij het NBW moeten onderbrengen, lijkt afdeling 4 van titel 6.5 (artikelen 6:248-260) de meest aangewezen plaats. Eenmaking van uitlegbepalingen lijkt geen eenvoudige zaak. Enerzijds zijn er de dogmatische twisten die binnen de landsgrenzen heersen, anderzijds is er een heel duidelijk verschil in aanpak tussen het Anglo-Amerikaanse recht met zijn nadruk op het geschreven contract en het Europees-continentale recht met een veel vrijere benadering¹⁶⁶⁾.

Het derdenbeding (artikelen 6:253-256) blijkt in de verschillende stelsels zeer uiteenlopend te zijn geregeld¹⁶⁷⁾. Kötz vindt het 'astonishing how stubbornly English law still clings to the view that a "ius quaestium tertio" is in principle inadmissible'¹⁶⁸⁾. Met betrekking tot de werking van contractuele bepalingen ten nadele van derden geldt eveneens dat Engeland als buitenbeentje wordt getypeerd¹⁶⁹⁾.

Met betrekking tot het leerstuk van de *imprévision* (onvoorziene omstandigheden) (artikelen 6:258-260) komen Zweigert en Kötz tot de conclusie dat 'all the legal systems under consideration have had to face the problem of contracts affected by supervening events, but have used rather different methods and formulas to solve it'¹⁷⁰⁾. Ook Abas komt tot deze conclusie¹⁷¹⁾,

maar hij slaagt hij er toch in om op basis van de rechtsvergelijking een criterium te ontwikkelen dat aangeeft welke de invloed van een verandering van omstandigheden kan zijn op de voortdurende van de gebondenheid uit overeenkomst¹⁷²⁾.

Afdeling 5 (artikelen 6:261-279) inzake wederkerige overeenkomsten ten slotte toont, behalve doctrinaire, ook rechtspolitieke verschillen aan. Tegenover de bereidheid van Anglo-Amerikaanse rechter om de crediteur zoveel mogelijk behulpzaam te zijn, staat op het continent de gehechtheid aan het gegeven woord¹⁷³⁾.

Heel in het algemeen ten slotte constateren Samuel en Rinkes dat enerzijds 'the Common law of obligations is capable of being reduced to a systematic set of legal propositions and legal institutions' en anderzijds met betrekking tot Nederlands recht 'that logic and hierarchy are no longer ends in themselves when it comes to applying the law of obligations to real life factual situations'¹⁷⁴⁾.

8. Harmonisatie van bijzondere overeenkomsten

'Zu denken ist weiter an die Herausbildung einheitlicher Grundsätze für die Ausgestaltung typischer Schuldverträge (...). Geeignete Gegenstände dafür bilden Werk-, Dienstleistungs- und Geschäftsbesorgungsverträge, aber auch Darlehens- und Bankgeschäfte, Versicherungs-, Miet- und Leasingverträge (...)'¹⁷⁵⁾.

Dat titel 1 van Boek 7 (artikelen 7:1-50) zich leent voor harmonisatie, behoeft nauwelijks betoog. In feite is de internationale handelskoop reeds gedeeltelijk geharmoniseerd, op mondiaal niveau zelfs, in de vorm van het Weense koopverdrag. Nu verscheidene lid-staten van de EG dit verdrag hebben geratificeerd, kan men het ook (mede) zien als (toekomstig) geunifformeerd gemeenschapsrecht. Ook voor het overige kooprecht lijkt harmonisatie mogelijk¹⁷⁶⁾. Een probleem is wellicht dat sommige landen een specifieke regeling voor de consumentenkoop kennen en andere niet¹⁷⁷⁾. Ook de regeling van de koop van onroerende zaken loopt nog wel uiteen¹⁷⁸⁾.

Bij diverse van de overige titels van Boek 7 is sprake van een 'acquis communautaire', zij het soms indirekt. Voor de overeenkomst van verbruikleen van titel 2 (nog niet vastgesteld) is de communautaire regelgeving inzake (consumenten)krediet van belang. Bij de evenmin vastgestelde pachtovereenkomst (titel 7.5) is niet zozeer sprake van 'Europeanisering' als wel van het tegendeel: de Pachtkamer van het Hof Arnhem heeft aan de in oorsprong Europese melkquotering ten onrechte een autonome nationale ontwikkeling gegeven¹⁷⁹⁾. De overeenkomst van opdracht van titel 7¹⁸⁰⁾ (artikelen 7:400-445) ligt dichtbij het fel bekritiseerde¹⁸¹⁾ ontwerp voor een dien-

sten-richtlijn. Geheel uniek voor Nederland is de regeling van de geneeskundige behandelingsovereenkomst, welke in deze titel zal worden opgenomen. Op de arbeidsovereenkomst (titel 7.10) zijn diverse richtlijnen van toepassing. De artikelen 1637ij en 1639aa e.v. zijn er het resultaat van. De voorgestelde regeling van de aanneming van werk (titel 7.12) ligt dicht tegen de Europese richtlijnen inzake aanbestedingen aan. Bij de borgtocht van titel 14 zijn we beland bij de Europese regelgeving inzake banken. De vaststellingsovereenkomst van titel 15¹⁸²⁾ (artikelen 7:900-906) kent weinig vergelijkbare regelingen in Europa. De verzekering van titel 7.17 is inmiddels voorwerp van enige generaties Europese richtlijnen¹⁸³⁾.

9. Conclusies

'Nous n'en sommes pas encore à un Code européen du contrat. Mais on peut s'attacher à le construire'¹⁸⁴⁾.

Wat is de conclusie van het voorgaande? Een Europees Burgerlijk Wetboek is momenteel (nog) een utopie c.q. schrikbeeld. Omdat op communautair vlak steeds meer burgerlijk recht wordt vastgesteld, is het niettemin dienstig thans na te gaan of hieraan niet een werkplan ten grondslag moet liggen. De al te fragmentarische benadering van thans¹⁸⁵⁾ bemoeilijkt de eventuele harmonisatie van algemene leerstukken straks¹⁸⁶⁾. Voor het definitief vaststellen van een kader lijkt de tijd echter nog niet aangebroken. Daarvoor is er te veel verscheidenheid, met name tussen de *common law* en het recht van het vasteland. Er wordt wel gesteld dat dit onderscheid niet zo groot is:

'Gleichwohl sind und waren alle diese Rechte Ausprägungen ein- und derselben übergreifenden Tradition; und diese Tradition eines auf denselben geistesgeschichtlichen Grundlagen aufbauenden, mit denselben Methoden, Systemen und Institutionen operierenden und dieselben Gedanken variierenden europäischen Rechts erfaßt auch England'¹⁸⁷⁾.

Tegen deze gedachte wil ik stelling nemen. Wie regelmatig aan Engelse studenten onderwijs geeft, merkt hoezeer de grondhouding afwijkt van die van hun continentale collega's. Niettemin is er veel voor te zeggen als er op termijn van een dergelijke toenadering sprake zou zijn.

Een methode die daarbij naar Amerikaans en Frans voorbeeld kan worden gevolgd is die van de consoliderende codificatie.

Eerst dient er evenwel uniformiteit in de begripsvorming te komen. Het komt er, in de woorden van Sauveplanne, op aan:

'algemene grondslagen vast te leggen die deze verschillende regelingen kunnen onderbouwen, en op basis waarvan zij tot onderdeel van een Europees, ja zelfs mondiaal stelsel zouden kunnen uitgroeien'¹⁸⁸⁾.

In deze zin spreekt zich ook Zwolve uit:

'Het is, dunkt mij, de taak van de Europese universiteiten, niet die van de Europese wetgever, de grondslagen te leggen voor het Europese privaatrecht. Zij hebben die taak eeuwenlang waargenomen, want zij en zij alleen zijn het geweest die vóór de codificaties de juridische eenheid in Europa hebben bewaard. Zij hebben die taak laten liggen door zich uitsluitend te concentreren op de nationale codificaties (...). Het enige dat zij hoeven te doen is die traditie weer op te nemen'¹⁸⁹⁾.

Hier ligt mijns inziens een mooie taak voor juist Nederlandse en Belgische juristen. Omdat hun rechtsstelsels te klein zijn om geheel op eigen wieken te draaien, zijn zij gewoon - al is het slechts om tot een uitbreiding van het arsenaal aan casuïstiek te komen - aan rechtsvergelijking te doen. Daar komt bij dat de talenkennis van Nederlandse en Belgische juristen goed is ontwikkeld. Ondanks de pogingen van opeenvolgende kabinetten om dit te verhinderen, bezitten vele van deze juristen voldoende kennis van de Duitse, Engelse en Franse taal. Hoe belangrijk dit is, blijkt keer op keer¹⁹⁰⁾. Het Engels moge als nieuwe *lingua franca* goede diensten bewijzen in de communicatie¹⁹¹⁾, daarnaast blijft toch het Frans in Brussel en Luxemburg de voornaamste taal terwijl de grotere betekenis van Centraal Europa de positie van het Duits alleen maar zal versterken.

Utrecht, augustus 1993

Noten

- ¹⁾ Hoogleraar burgerlijk recht, Universiteit Utrecht
- ²⁾ Luigi Mengoni, L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?, Roma 1993, blz. 13.
- ³⁾ Wege zu einem europäischen Zivilprozeßrecht/Tübinger Symposium zum 80. Geburtstag von Fritz Baur, Tübingen 1992.
- ⁴⁾ A.W. Jongbloed, De dwangsom in het Europese privaatrecht, in: *Eenvormig en vergelijkend privaatrecht* 1993, blz. 49-104; Olivier Remien, Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld: Vergleich - Vereinheitlichung - Kollisionsrecht, Tübingen 1992.
- ⁵⁾ Zie Ewoud Hondius, Carla Joustra, Wendela Jacobs, Consumer redress in 11 Member States of the EC, rapport aan de Europese Commissie 1993 (alleen Griekenland komt in dit rapport niet aan de orde).
- ⁶⁾ Zie H.M.N. Schonis, Europese dimensies in het Nederlandse belastingrecht, oratie Nijmegen, *WFR* 1992, blz. 243-253 en voorts A. Easson, Taxation in the European Community, Athlone Press 1993; J.F.M. Giele, De BTW op Europees palet, afscheidscollege, Arnhem 1990; Fred C. de Hosson (red.), The Direct Investment Tax initiatives of the European Community, Deventer 1990.
- ⁷⁾ Jürgen Schwarze, European Administrative Law, London/Luxembourg 1992 (vertaald uit het Duits). Zie ook Ulrich Everling, Auf dem Wege zu einem europäischen Verwaltungsrecht, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 1987, blz. 1-10 en J.L. Martínez López-Muniz, Vers un droit administratif commun européen, in: The common law of Europe and the future of legal education (1992), blz. 149-159.
- ⁸⁾ Christian von Bar (red.), Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht, Köln enz. 1991; Erik Jayme, Ein Internationales Privatrecht für Europa, Heidelberg 1991.
- ⁹⁾ Lammy Betten (red.), The Future of European Social Policy, Deventer 1992; F.J.L. Pennings, Grondslagen van het Europese sociale zekerheidsrecht, Deventer 1993.
- ¹⁰⁾ André Alen (red.), Constitutional law, Deventer 1992.
- ¹¹⁾ Zie bijv. D.R. Doorenbos, EG-recht en strafwetgeving, DD 1992, blz. 1041-1057; Anton M. Kalmthout, Peter J.P. Tak (red.), Sanctions-systems in the Member States of the Council of Europe; Deprivation of

- Liberty, Community Service and Other Substitutes, Deventer, 2 delen, 1988/1992 en voorts J.A.E. Vervaele, *Fraud Against the Community/The Need for European Fraud Legislation*, Deventer 1992.
- ¹²⁾ G.M.F. Sniijders, *De Europese dimensie van de pacht*, inaugurele rede Nijmegen, Deventer 1993.
- ¹³⁾ J. Andrew, *Employment Law in the European Community: A Country by Country Guide*, Kogan Page 1993; R. Blanpain, *Labour Law and Industrial Relations of the European Union*, Deventer 1992; C. de Groot, *Netherlands Labour and Codetermination Law in an EEC Perspective*, The Hague 1990.
- ¹⁴⁾ W. Wedekind, *Bouwwrecht op weg naar "1992"*, BR 1990, blz. 811-821. Zie recentelijk de Richtlijn Werken, waarover J.G.J. Janssen, BR 1993, blz. 493-499 en voorts N. Jefford, *European harmonisation in the field of construction*, *International Construction Law Review* 1993, blz. 122.
- ¹⁵⁾ Norbert Reich, *Europäisches Verbraucherschutzrecht/Binnenmarkt und Verbraucherinteresse*, Baden-Baden 1993.
- ¹⁶⁾ H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, G. Pinet, *The rights of patients in Europe/A Comparative Study*, Deventer 1993; H.D.C. Roscam Abbing, *Patiënt en gezondheidszorg in het recht van de Europese Gemeenschap*, *preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht* 1993.
- ¹⁷⁾ Gerrit Betlem, *Civil liability for transfrontier pollution/Dutch Environmental Tort Law in International Cases in the light of Community Law*, diss. Utrecht, 1993; J.H. Jans, *Over grenzen van Europees milieurecht*, Zwolle 1992; Ludwig Krämer, *EEC Treaty and Environment Protection*, London 1990.
- ¹⁸⁾ J.M.E. Loman, K.J.M. Mortelmans, H.H.G. Post, J.S. Watson, *Culture and Community Law/Before and after Maastricht*, Deventer 1992.
- ¹⁹⁾ Sacha Prechal, Noreen Burrows, *Gender discrimination law of the European Community*, Aldershot Hants 1990.
- ²⁰⁾ P. Hansen e.a., *Freedom of Data Flows and EEC Law*, Deventer 1988; A.P. Meijboom en C. Prins, *The Law of Information Technology in Europe 1992: a comparison with the USA*, Deventer 1991; A.C.M. Nugter, *Transborder Flow of Personal Data within the EC*, Deventer 1990.
- ²¹⁾ J. Scherer (red.), *Telecommunications Laws in Europe*, Deventer 1993.
- ²²⁾ Zie C.A. Joustra, *De EEG-richtlijn inzake de zelfstandige handelsagent*, in: *Eenvormig en vergelijkend privaatrecht* 1990, blz. 95-126; G.M. Weijer (red.), *Commercial Agency and Distribution Agreements/Law and Practice in the Member States of the European Community*, London 1989 alsmede de bijdragen van D. Kokkini-Iatridou en K. Boele-Woelki in *Eenvormig en vergelijkend privaatrecht* 1993, blz. 127-194 (Frankrijk) resp. 195-280 (Duitsland en Zwitserland) met verdere verwijzingen.
- ²³⁾ Uwe Schneider, *Europäische und internationale Harmonisierung des Bankvertragsrechts/Zugleich ein Beitrag zur Angleichung des Privatrechts in der Europäischen Gemeinschaft*, *Neue Juristische Wochenschrift* 1991, blz. 1985-1993.
- ²⁴⁾ G. van Gerven (red.), *EEC Merger Control Reporter*, Deventer 1991- (losbladig); James T. Halverson, *EC Merger Control: Competition Policy in Industrial Policy*, *Legal issues of European integration* 1992/2, blz. 49-66; P.J.P. Verloop, *Merger Control in the EEC*, Deventer 1993.
- ²⁵⁾ Zie het overzicht bij U. Drobnig, *General Principles of European Contract Law*, in: Petar Sarcevit, Paul Volken (red.), *International Sale of Goods/Dubrovnik Lectures*, New York enz. 1986, blz. 305, 307.
- ²⁶⁾ Zie het overzicht bij De Ly (1993), blz. 7-9 en voorts Richard M. Buxbaum, Klaus J. Hopt, *Integration Through Law/Europe and the American Federal Experience vol. 4*, *Legal Harmonization and the Business Enterprise*, Berlin enz. 1988, blz. 167-269; A.G. Lubbers, W. Westbroek (red.), *Company Law in a European Perspective*, Deventer 1993; E. Werlauff, E.C. Company Law, Copenhagen 1993. Tevens bestaan echter juist hier politieke meningsverschillen die aan invoering van een Europese NV - zie M.Tj. Bouwes, J.M. van Dijk en W.C.L. van der Grinten, in: *Grensoverschrijdend privaatrecht* (Van Rijn van Alkemade-bundel), Deventer 1993, blz. 27-40, 79-92, resp. 109, 116 - of aan harmonisatie van bijv. het medezeggenschapsrecht - De Ly (1993), blz. 34 - in de weg staan. Zie voorts over de EESV: M. van Offlen, P.A.J. Beks, *Het Europees Economisch Samenwerkingsverband*, Zwolle 1990.
- ²⁷⁾ Fritz Reichert-Facilides en Hans U. Jessurun d'Oliveira (red.), *International Insurance Contract Law*, Deventer 1993 en voorts R.J.L. van Elsdingen, *Kredietverzekering en recente EEG-schadeverzekeringsrichtlijnen*, in: *Eenvormig en vergelijkend privaatrecht* 1990, blz. 59-94, met in noot 7 op blz. 60 verwijzingen naar verdere literatuur.
- ²⁸⁾ Vergelijk Nicholas A. Aminoff, *The EEC Draft Bankruptcy Convention - An Exercise in Harmonising Private International Law*, *Legal Issues of European Integration* 1990, blz. 121-137. Meer vaart zit er momenteel achter een regeling voor individuele schuldsanering op Europese basis - zie N.J.H. Huls en Petra van der Weel, *De Nederlandse regeling in vergelijking met enige omliggende landen*, *TvC* 1993, blz. 262-274 (themanummer schuldsanering).
- ²⁹⁾ Trevor M. Cook, *Copyright in the European Community*, *Legal issues of European integration* 1992/2, blz. 67-87.
- ³⁰⁾ F.W. Grosheide, *Enkele opmerkingen over auteursrechtelijke bescherming van computerprogramma's in Europa en de Verenigde Staten - Harmonisatie van recht op verschillende niveaus*, in: *Eenvormig en vergelijkend privaatrecht* 1993, blz. 329-355.
- ³¹⁾ J.J. Brinkhof, *Europees octrooirecht*, inaugurele rede Utrecht, Zwolle 1989.
- ³²⁾ Reiner Schulze, *Die europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte - zu den gemeinsamen Grundlagen europäischer Rechtskultur*, Saarbrücken 1991; dezelfde, *European Legal History - A New Field of Research in Germany*, 13 *Journal of Legal History* 270-295 (1992); J.E. Spruit, *Romeins recht/Terugblik en uitzicht*, Deventer 1988, blz. 9.
- ³³⁾ Zie A. Tyrell en Z. Yaqub, *The Legal Professions in the New Europe/A handbook for practitioners*, Oxford 1993.
- ³⁴⁾ J. Stuyck, K. Geens, *Vrij verkeer van advocaten in de EEG*, *SEW* 1993, blz. 111-139.
- ³⁵⁾ Jürgen Basedow, *Zwischen Amt und Wettbewerb/Perspektiven des Notariats in Europa*, *RabelsZ* 1991, blz. 409-435.
- ³⁶⁾ P.H.A.J. Cremers, *De SSR vergeleken*, in: *Stilstaan bij verandering* (Van Staveren-bundel), Zutphen 1993, blz. 59, 63-65.
- ³⁷⁾ Zie Bruno de Witte, Caroline Forder (red.), *The common law of Europe and the future of legal education/Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique*, Deventer 1992 en voorts G.R. de Groot, *Vergelijkt alles en behoudt het goede*, inaugurele rede Maastricht, Deventer 1989.
- ³⁸⁾ G.J.W. Steenhoff, *Naar een Europees privaatrecht?*, in: *Recht als norm en als aspiratie*, Nijmegen 1986, blz. 85-101.
- ³⁹⁾ J.H.M. van Erp, *Europees privaatrecht in ontwikkeling?*, in: *Themis en Europa/Een opening van nieuwe grenzen?*, Zwolle 1989, blz. 61-70.
- ⁴⁰⁾ F.J.A. van der Velden, *Europa 1992 en het eenvormig privaatrecht*, in: D. Kokkini-Iatridou en F.W. Grosheide (red.), *Eenvormig en vergelijkend privaatrecht* 1990, Lelystad 1990, blz. 3-28.
- ⁴¹⁾ F. de Ly, *Europese gemeenschap en privaatrecht*, inaugurele rede Rotterdam, Zwolle 1993.
- ⁴²⁾ J.M. Barendrecht, *Produktaansprakelijkheid: Europees burgerlijk recht?*, *preadviezen Vereniging voor burgerlijk recht* 1987, blz. 19-50.
- ⁴³⁾ Zie reeds het feestnummer 'Rechtseinheit für Europa' voor Konrad Zweigert, *RabelsZ* 1981, Heft 1-2.
- ⁴⁴⁾ Hein Kötz, *Gemeineuropäisches Zivilrecht*, in: *Festschrift Zweigert*, 1981, blz. 481-500; dezelfde, *Rechtsvereinheitlichung - Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele*, *RabelsZ* 1986, blz. 1-18; dezelfde, *Was erwartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte?*, *Juristen Zeitung* 1992, blz. 20-22; dezelfde, *Alternativen zur legislatorischen Rechtsvergleichung*, *RabelsZ* 1992, blz. 215-242.
- ⁴⁵⁾ P.C. Müller-Graff, *Privatrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht/Gemeinschaftsprivatrecht*, 2e druk Baden-Baden 1991; dezelfde, *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht*, *NJW* 1993, blz. 13-23; dezelfde, *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft: Ebenen und gemeinschaftsprivatrechtliche Grundfragen*, in: *Festschrift für Bodo Böhmer zum 70. Geburtstag*, Köln/Berlin/Bonn/München 1993, blz. 303-343.
- ⁴⁶⁾ Olivier Remien, *Ansätze für ein Europäisches Vertragsrecht*, *Zeitschrift für die Vergleichende Rechtswissenschaft* 1988, blz. 105-122; dezelfde, *Möglichkeit und Grenzen eines europäischen Privatrechts*, in: *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler* 1991, blz. 11-42; dezelfde, *Illusion und Realität eines europäischen Privatrechts*, *Juristen Zeitung* 1992, blz. 277-284; dezelfde, *Rechtseinheit ohne Einheitsetzungen?*, *RabelsZ* 1992, blz. 300-316.
- ⁴⁷⁾ Winfried Tillmann, *Zur Entwicklung eines europäischen Zivilrechts*, in: *Festschrift Oppenhoff zum 80. Geburtstag*, 1985, blz. 497-507; dezelfde, *Wirtschaftsrecht*, Berlin/Heidelberg/New York/Tokyo 1986; dezelfde, *EG-Kodifikation des wirtschaftsnahen Zivilrechts*, *Juristen Zeitung* 1991, blz. 1023.
- ⁴⁸⁾ Reinhard Zimmermann, *Das römisch-katholische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit*, *Juristen Zeitung* 1992, blz. 8-20.
- ⁴⁹⁾ Dit verschijnsel wordt wel toegeschreven aan het feit 'daß einige der heutigen Bedingungen der Privatrechtsentwicklung in Europa an die Lage in Deutschland während der Blütezeit der "historischen Rechtsschule" im 19. Jahrhundert erinnern: Einem wachsenden Bedürfnis nach Rechtsannäherung oder Rechtsvereinheitlichung steht heute in Europa (wie damals in Deutschland zwischen 1815 und 1870) das Fehlen nicht nur entsprechender gemeinsamer Kodifikationen, sondern auch ausreichender politischer Möglichkeiten und rechtlicher Kompetenzen gegenüber. Was mittels der Gesetzgebung auf dem Wege zur Vereinheitlichung und Modernisierung des Rechts (noch) nicht erreichbar war, übernahm vor der nationalen Einigung Deutschlands die Rechtswissenschaft (...)'. Reiner Schulze, *Die europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte - zu den gemeinsamen Grundlagen europäischer Rechtskultur*, Saarbrücken 1991, blz. 10. In deze zin reeds Beitzke, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 1964, blz. 80.
- ⁵⁰⁾ Op 20 en 21 oktober 1991 vond in Pavia een colloquium plaats waarin de mogelijkheid van een Europees wetboek voor contractenrecht aan de orde was. Dit colloquium heeft geleid tot een aantal publikaties - zie het overzicht bij Franco Ferrari, *Vom Abstraktionsprinzip und Konsensualprinzip zum Traditionsprinzip*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1993, blz. 52, noot 3. Zie in het bijzonder Giuseppe Gandolfi, *Pour un code européen des contrats*, *Revue trimestrielle de droit civil* 1992, blz. 707-736 en Luigi Mengoni, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, Roma 1993.
- ⁵¹⁾ Redactie: E.H. Hondius en M. Storme sr en voorts Ch. Jamin, R. Jox, A.C. van Schaick, J. Shaw en M.E. Storme; uitgever: Martinus Nijhoff, Dordrecht.
- ⁵²⁾ Redactie: J. Basedow, U. Blaurock, A. Flessner, R. Schulze, R. Zimmermann; uitgever: C.H. Beck.

- München.
- ⁵³¹ Zie de literatuurverwijzingen bij De Ly (1993), blz. 2 noten 7 en 8.
- ⁵⁴¹ De Ly (1993), *ibidem*.
- ⁵⁵¹ Anders K.F. Haak, De expediteur: een grensgeval, inaugurele rede Rotterdam, Zwolle 1992, blz. 1, die burgerlijk recht en handelsrecht voorstelt als twee huizen onder één kap.
- ⁵⁶¹ Interessante beschouwingen over Europees burgerlijk procesrecht vindt men in de bundel *Wege zu einem europäischen Zivilprozeßrecht*/Tübinger Symposium zum 80. Geburtstag von Fritz Baur, Tübingen 1992.
- ⁵⁷¹ De Ly (1993), blz. 22-23, 35-42.
- ⁵⁸¹ Zoals de *Commission Internationale de l'Etat Civil (CIEC)*, waarover J.M. Bischoff, in: Roland Ganghofer (red.), *Le droit de la famille en Europe*, Strasbourg 1992, blz. 85-93.
- ⁵⁹¹ Zie David O'Keeffe, The Agreement on the European Economic Area. *Legal Issues of European Integration* 1992/1, blz. 1-27.
- ⁶⁰¹ Zie Civil and Commercial Law in Central and Eastern Europe: Developments and Prospects, Dordrecht (verschijnt binnenkort) en voor wat betreft Rusland: F.J.M. Feldbrugge, *NJB* 1993, blz. 1073-1077.
- ⁶¹¹ Zie K.E. Schenk en H.J. Schenk (red.), Chancen für ein grösseres Europa: Ost-Europa auf dem Weg in die EG, Baden-Baden 1992.
- ⁶²¹ Zie Wolfgang Wiegand, The Reception of American Law in Europe, 39 *American Journal of Comparative Law* 229-248 (1991). Zie meer in het bijzonder bijv. voor het leerstuk van de produktenaansprakelijkheid L. Dommering-van Rongen, Produktenaansprakelijkheid/Een nieuwe Europese privaatrechtelijke regeling vergeleken met de produktenaansprakelijkheid in de Verenigde Staten, diss. Utrecht, Deventer 1991.
- ⁶³¹ Zo is bijv. de Australische wetgeving inzake produktenaansprakelijkheid geïnspireerd door de Europese richtlijn van 1985 - Trade Practices Amendment Act 1992 - zie Jocelyn Kellam, Australian Product Liability Reform, *Product Liability International* 1992, blz. 18-21, 25.
- ⁶⁴¹ Hein Kötz, A Common Private Law for Europe: Perspectives for the Reform of European Legal Education, in: *The common law of Europe and the future of legal education* (1992), blz. 31, 41.
- ⁶⁵¹ *Pb EG* 1989, C 158/400. De volledige tekst is ook te vinden bij F.J.A. van der Velden, in: *Eenvormig en vergelijkend privaatrecht* 1990, blz. 3, 8-9.
- ⁶⁶¹ Zo stelt Mengoni (1993), blz. 3 naar aanleiding van deze resolutie: "un codice per l'europa" non è un'alternativa realistica". Taupitz (1993), blz. 71 acht een dergelijk wetboek "zum jetzigen Zeitpunkt kaum realistisch oder auch nur erstrebenswert".
- ⁶⁷¹ Dit wordt mijns inziens over het hoofd gezien door P. Ulmer, die in *Juristen Zeitung* 1992, blz. 1, 5 opmerkt: "Erstaunlich ist vielmehr, daß der Beschluß bisher kaum Publizität gefunden hat".
- ⁶⁸¹ *Pb EG* 1993, C 32/7; zie voorts de verwijzingen bij Keus (1993), § 2.4 noten 4 e.v.
- ⁶⁹¹ Zie bijv. *Pb EG* 1992, C 345/79: 'Is de Commissie daadwerkelijk van plan voorstellen te doen inzake gemeenschappelijke normen voor de grootte, het ontwerp en het uiterlijk van tuinkabouders?'
- ⁷⁰¹ R.H. Lauwaars, Unificatie en harmonisatie in de EEG en de Raad van Europa, in: D. Kokkini-Iatridou, Een inleiding tot het rechtsvergelijkende onderzoek, Deventer 1988, blz. 58, 63.
- ⁷¹¹ Keus (1993), § 2.4.
- ⁷²¹ Zie bijv. het Francovich-arrest, waarover G. Betlem en E. Rood, A.F.M. Brenninkmeijer, T.M. Snoep en I. Sewandono in *NJB* 1992, blz. 250-265.
- ⁷³¹ De Ly (1993), blz. 4-13.
- ⁷⁴¹ J.H.A. Lokin, W.J. Zwalve, Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis, Groningen 1986, blz. 363.
- ⁷⁵¹ Ch.E. Hauschka, Grundprobleme der Privatrechtsfortbildung durch die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, *Juristen Zeitung* 1990, blz. 290-299.
- ⁷⁶¹ G. Brüggemeier, Chr. Joerges, Europäisierung des Vertrags- und Haftungsrechts, in: P.C. Müller-Graff (red.), *"Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft"*, Baden-Baden 1993, blz. 233-286.
- ⁷⁷¹ Zie Keus (1993), § 3.4.
- ⁷⁸¹ Over de werkzaamheden van deze commissie bestaat een uitgebreide literatuur - zie bijv. Hugh Beale, Towards a Law of Contract for Europe: the Work of the Commission on European Contract Law, in: Günter Weick (red.), National and European Law on the Threshold to the Single Market, blz. 177-196; Ulrich Drobnig, Ein Vertragsrecht für Europa, in: *Festschrift für Ernst Steindorff*, Berlin/New York 1990, blz. 1141-1154; Ole Lando, Principles of European Contract Law, in: *Liber Memorialis François Laurent*, Brussel 1989, blz. 555-568; dezelfde, Principles of European Contract Law/An Alternative or a Precursor of European Legislation, *RabelsZ* 1992, blz. 261-273; Olivier Remien, Ansätze für ein Europäisches Vertragsrecht, *Zeitschrift für die Vergleichende Rechtswissenschaft* 1988, blz. 105-122; Denis Tallon, Vers un droit européen du contrat?, in: *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris 1992, blz. 485-494. Zie voor verdere literatuur Trompenaars (1989), blz. 21-23.
- ⁷⁹¹ Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrergesellschaft GmbH v Ras Al Khaimah National Oil Co, [1987] 2

- All ER* 769.
- ⁸⁰¹ '(...) In the absence of any indication by the parties as to the applicable law, the arbitrator shall apply the law designated as the proper law by the rule of conflict which he deems appropriate'.
- ⁸¹¹ Hugh Beale, Towards a Law of Contracts for Europe: the Work of the Commission on European Contract Law, in: Günter Weick (red.), National and European Law on the Threshold to the Single Market, blz. 177, 179.
- ⁸²¹ De Ly (1993), blz. 6. Enige Italiaanse schrijvers hebben verdedigd dat een Europees Wetboek het beste zou kunnen worden gebaseerd op de Italiaanse *Codice civile* - Giorgio Cian, Fünfzig Jahre italienischer Codice civile, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1993, blz. 120, 131; Gandolfi, Pour un code européen des contrats, *Revue trimestrielle de droit civil* 1992, blz. 707, 724 e.v.
- ⁸³¹ Zie over de resultaten van de beraadslagingen van deze commissie de bijdragen in 40 *American Journal of Comparative Law* 617-702 (1992) met in bijlage, blz. 703 e.v. de tekst van de Principes.
- ⁸⁴¹ Zie hierover Konstantinos D. Kerameus, Procedural Unification: The Need and the Limitations, in: I.R. Scott (ed.), *International Perspectives on Civil Justice, Essays in honour of Sir Jack I.H. Jacob QC*, London 1990, blz. 47-66; Hanns Prütting, Auf dem Weg zu einer Europäischen Zivilprozeßordnung/Dargestellt am Beispiel des Mahnverfahrens, in: *Festschrift Baumgärtel*, 1990, blz. 457-469; M. Storme, Perorazione per un diritto giudiziario europeo, *Rivista di diritto processuale* 1986, blz. 293 e.v.; dezelfde, Rechtsvereinheitlichung in Europa/Ein Plädoyer für ein einheitliches europäisches Prozeßrecht, *RabelsZ* 1992, blz. 290-299; G. Tarzia, L'Europa del 1993 e il processo civile, Istituto Lombardo 1990, blz. 79 e.v.
- ⁸⁵¹ Projet de directive sur le rapprochement des lois et règles des Etats-Membres concernant certains aspects de la procédure civile, Gent 1992. Het voorstel heeft betrekking op een veertiental onderwerpen: 1. La conciliation, 2. Le commencement de la procédure, 3. L'objet du litige, 4. La découverte des documents, 5. Le témoignage, 6. La technologie et le preuve, 7. Le désistement, 8. Le défaut, 9. Les frais de justice, 10. Les mesures provisoires, 11. L'injonction de payer, 12. L'exécution forcée, 13. L'astreinte, en 14. Dispositions générales.
- ⁸⁶¹ Voorbeelden zijn de werkzaamheden van de commissie-Calais-Auloy in Frankrijk en de commissie-Bourgoigne in België, beide op het gebied van de consumentenbescherming. Zie Jean Calais-Auloy, Vers un nouveau droit de la consommation, Paris 1984, Chapitre VI Accords négociés collectivement, blz. 71-78, waarover J.G.J. Rinkes, *TvC* 1987, blz. 81-92. In 1990 heeft de commissie haar voorstellen afgeslankt en à jour gebracht: Propositions pour un code de la consommation, Paris 1990.
- ⁸⁷¹ G.J.W. Steenhoff, Naar een Europees privaatrecht?, in: *Recht als norm en als aspiratie*, Nijmegen 1986, blz. 85-101.
- ⁸⁸¹ Remien, *RabelsZ* 1992, blz. 300, 312.
- ⁸⁹¹ Georges van Hecke, Intégration économique et unification du droit privé, in: *De Conflictu Legum* (Kollewijn-bundel), 1962, blz. 198, 207.
- ⁹⁰¹ Zie Sir Michael Kerr, Law Reform in Changing Times, 96 *Law Quarterly Review* 527 (1980): 'The [Law Reform] Commission's objective was (...) to produce a code (...) which would cover the whole of the law of contract (...). However, by 1972 it had become clear that this was simply not practicable'.
- ⁹¹¹ Op initiatief van de Raad van Europa heeft mr Ch.J. Enschedé in 1971 de hoofdlijnen van een Model Penal Code voor Europa gereedgemaakt - zie Erhard Blankenburg, Towards a Uniform European Penal Law, in: *The common law of Europe and the future of legal education*, Deventer 1992, blz. 415-421.
- ⁹²¹ W.C.L. van der Grinten, in: Grensoverschrijdend privaatrecht (Van Rijn van Alkemade-bundel), Deventer 1993, blz. 109, 116.
- ⁹³¹ De rechtspraak van het Europese Hof van Justitie heeft een belangrijke bijdrage geleverd aan de totstandkoming van een communautair recht - zie U. Everling, Rechtsvereinheitlichung durch Richterrecht in der EG, *RabelsZ* 1986, blz. 192-232; dezelfde, Probleme der Rechtsangleichung zur Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes, in: *Festschrift Steindorff*, Berlin 1990, blz. 1155-1174.
- ⁹⁴¹ 'Genauso wichtig ist es, den großen Bestand an international verbreiteten Geschäftsbedingungen, Formularen, Typenverträgen, Handelsbräuchen, Richtlinien und Standardklauseln auszuwerten, den man heute oft unter den Begriff der lex mercatoria bringt' - H. Kötz, *RabelsZ* 1986, blz. 1, 17. Zie omtrent de (on)mogelijkheden van zelfregulering bij de implementatie van richtlijnen Christian Timmermans, Methods and Tools for Integration, in: Richard M. Buxbaum, Gérard Hertig, Alain Hirsch, Klaus J. Hopt (red.), *European Business Law/Legal and Economic Analyses on Integration and Harmonization*, Berlin enz. 1991, blz. 128-148.
- ⁹⁵¹ A.S. Hartkamp, M.W. Hesselink e.a. (red.), *Towards a European Civil Code*, Dordrecht/Nijmegen (ter perse).
- ⁹⁶¹ K. Zweigert en H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, tweede druk Oxford 1992 (vertaling door T. Weir).
- ⁹⁷¹ In beperkte mate, omdat sommige onderdelen van de *International Encyclopedia* al van meer dan twee decennia her dateren en voorts niet steeds het merendeel van de Europese rechtsstelsels bestrijken. Een reeks welke dat juist wel beoogt te gaan doen is de aangekondigde losbladige *International Ency-*

- lopedia of Laws* onder redactie van R. Blanpain (Deventer 1992-). Voor het burgerlijk recht is van belang het aangekondigde deel over 'Contracts' onder redactie van Jacques Herbots.
- ⁹⁸¹ J. Limpens, *L'Europa fara da se*, Mededelingen Koninklijke Academie voor Wetenschappen. Brussel 1977, blz. 8.
- ⁹⁹¹ Zie J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid*, diss. Tilburg, Deventer 1992. H.J. de Ru, *De Algemene Wet gaat voor de Bijzondere Wet/Notitie over een nieuw wetgevingsbeleid*. Den Haag 1992 bepleit open normen ook buiten het privaatrecht vaker toe te passen.
- ¹⁰⁰⁰ Het Verenigd Koninkrijk was op dit punt in Europa een buitenbeentje - zie de nationale rapporten in Neil McCormick, Robert S. Summers (red.), *Interpreting Statutes/A Comparative Study*, Aldershot 1991.
- ¹⁰¹¹ [1993] *I ALI ER* 42.
- ¹⁰²¹ R.J.P. Kottenhagen, *Van precedent tot precedent*, diss. Rotterdam, Arnhem 1986.
- ¹⁰³¹ Uit een enquête van Alan Paterson, *The Law Lords*, London 1982, blz. 14 bleek dat toentertijd vier van de negentien leden van het *House of Lords* regelmatig de juridische vaktijdschriften bijhielden. Samuel/Rinkes (1992), blz. 250 stellen evenwel: 'English law can, then, appear capable of making use of legal science when the occasion requires'.
- ¹⁰⁴¹ Zie Ewoud H. Hondius, Wendela Jacobs and Carla A. Joustra, *Consumer Redress Schemes in 11 EC Member States*, Rapport uitgebracht aan de Europese Commissie 1993.
- ¹⁰⁵¹ M. Rood-de Boer, Chapter Family Law, in: J.M.J. Chorus, P.H.M. Gerver, E.H. Hondius, A.K. Koekoek (red.), *Introduction to Dutch Law for Foreign Lawyers*, Deventer 1993, blz. 39, 61.
- ¹⁰⁶¹ Zie M. de Langen, *De betekenis van artikel 8 EVRM voor het familierecht*, preadviezen NJV 1990, blz. 85-183.
- ¹⁰⁷¹ Zie de bijdragen in Roland Ganghofer, *Le droit de la famille en Europe/Son évolution depuis l'antiquité jusqu'à nos jours*, Strasbourg 1992.
- ¹⁰⁸¹ Keus (1993), § 2.4 noot 5 en § 2.5 noot 9.
- ¹⁰⁹¹ Jacques Massip, *L'harmonisation du droit des personnes et de la famille: la contribution de la C.I.E.C.*, in: *La Commission Internationale de l'Etat Civil*, Strasbourg 1982, blz. 15.
- ¹¹⁰¹ J. Massip (1992), *ibidem*.
- ¹¹¹¹ Massip (1992), blz. 21-27.
- ¹¹²¹ Massip (1992), blz. 27-30.
- ¹¹³¹ B. Wachter, *Elk volk krijgt het recht dat bij zijn aard past*, afscheidscollege Tilburg, Zwolle 1992, blz. 25.
- ¹¹⁴¹ R.H.C. Jongeneel, *Een richtlijn die weinig schade aanricht*, *TvC* 1993, blz. 117, 118-119 maakt hier terecht bezwaar tegen
- ¹¹⁵¹ Erg rampzalig is dit niet. Het staat de Nederlandse wetgever vrij om bij de implementatie van de richtlijn voor een terminologie te opteren die beter aansluit bij de overige versies van de richtlijn.
- ¹¹⁶¹ Zie hierover G. Betlem, *Een vierde type van rechtsvinding*, *NJB* 1991, blz. 1363-1371.
- ¹¹⁷¹ Zweigert Kötz (1992), blz. 352-356.
- ¹¹⁸¹ Zweigert Kötz (1992), blz. 372-380.
- ¹¹⁹¹ Zweigert Kötz (1992), blz. 405.
- ¹²⁰¹ Vergelijk in ons land wetsontwerp 23 095, dat beoogt voor de koop van onroerende zaken door particulieren een geschrift te introduceren.
- ¹²¹¹ Towards a European Civil Code, Chapter 9.
- ¹²²¹ Zweigert Kötz (1992), blz. 407-416.
- ¹²³¹ Zweigert Kötz (1992), blz. 417-428.
- ¹²⁴¹ In deze zin ook Franco Ferrari, *Vom Abstraktionsprinzip und Konsensualprinzip zum Traditionsprinzip*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1993, blz. 52, 77, die erop wijst 'daß in der Rechtswirklichkeit der untersuchten Rechtsordnungen die verschiedenen des Verhältnis von Kaufvertrag und Eigentumserwerb regelnden Grundsätze nicht so weit voneinander entfernt sind, wie dies bei einer Untersuchung der Gesetzestexte erscheint, die bisweilen dazu führt, daß beide als unvereinbar abgetan werden'.
- ¹²⁵¹ U. Drobnig, in: Towards a European Civil Code, Chapter 9.
- ¹²⁶¹ Zoals gedaan door M. Wolf, *Die deutsche Treuhand als Teil eines europäischen Treuhandrechts*, *NTBR* 1993/8, blz. 185-195.
- ¹²⁷¹ Zie hieromtrent J.B. Vegter, *WPNR* 1993, nr 6103. Voor ons land wordt navolging van het Franse voorbeeld afgewezen door W. Snijders, *Trustverdrag en Nederlands materieel recht*, in: *Grensoverschrijdend privaatrecht* (Van Rijn van Alkemade-bundel), Deventer 1993, blz. 231-243.
- ¹²⁸¹ Draft Convention on Bankruptcy, Winding Up Arrangements, Compositions, and Similar Proceedings, Doc. 3. 327/1/XIV/70-E (1963), na de toetreding van Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk gewijzigd: Doc. III/D/72/80 - E.N.
- ¹²⁹¹ XI/466/73/E Rev.1.
- ¹³⁰¹ Zweigert-Kötz (1992), blz. 471-487. Zie voorts Hein Kötz, *Rights of Third Parties*. Third Party Beneficiaries and Assignment, in: *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VII Contracts in General, Chapter 13, Tübingen enz. 1992, blz. 13-58/101.
- ¹³¹¹ B.W.M. Nieskens-Ispording, A.E.M. van der Putt-Lauwers, *Derdenbescherming*, tweede druk Deventer 1993, blz. 82-85.
- ¹³²¹ Towards a European Civil Code, Chapter 22.
- ¹³³¹ J.E. Fesevur, *Voorrechten en retentierecht*, tweede druk Deventer 1992, blz. 12-15.
- ¹³⁴¹ J.E. Fesevur, *Retentierecht*, diss. Utrecht, Deventer 1988, blz. 52. Aandacht aan de *lien* in het Engelse recht besteedt wel C.C.J. Aarts, *Het retentierecht*, diss. Nijmegen 1990. Zie voor verwijzing naar verder literatuur J.E. Fesevur, *Voorrechten en retentierecht*, tweede druk Deventer 1992, blz. 43-45.
- ¹³⁵¹ Thijmen Koopmans, *Towards a New 'Ius commune'*, in: *The common law of Europe and the future of legal education*, Deventer 1992, blz. 43, 49. *Contra*: De Ly (1993), blz. 1.
- ¹³⁶¹ N. Arduin, *Timesharing van onroerend goed* goed vergeleken, diss. VU, 1993.
- ¹³⁷¹ Ook de Commissie voor Consumentenangelegenheden oefent hierop kritiek in haar Advies over het voorstel van de Europese Commissie voor een richtlijn betreffende de bescherming van de consument bij time-sharing van onroerende zaken, Den Haag: SER 5 februari 1993.
- ¹³⁸¹ E.B. Rank-Berenschot, *Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht*, diss. Rotterdam, Deventer 1992, blz. 239-305.
- ¹³⁹¹ Zie voor enige rechtsvergelijkende gegevens over burendrecht R.J.J. van Acht, *Burendrecht*, diss. Nijmegen, Deventer 1990, blz. 108-119.
- ¹⁴⁰¹ R.F.H. Mertens, *Appartementsrecht en de welstandsbepalingen*, diss. Maastricht, Deventer 1989, blz. 10, 393-399; dezelfde, *Appartements*, Deventer 1993, blz. 7-8.
- ¹⁴¹¹ J.M. Barendrecht, preadvies 1987, blz. 46. Hoe stoutmoedig deze gedachte zes jaar geleden nog was, blijkt wel uit het feit dat de schrijver ons onthoudt waardoor hij zich heeft laten inspireren - voetnoot 76 ontbreekt.
- ¹⁴²¹ B.W.M. Nieskens-Ispording, *Het fait accompli in het vermogensrecht*, diss. Tilburg, Deventer 1991, blz. 157.
- ¹⁴³¹ Zweigert-Kötz (1992), blz. 503-523. Op andere punten bestaat meer overeenstemming - zie A.T. Bolt, *Nakoming*, Deventer 1988, *passim*.
- ¹⁴⁴¹ A.W. Jongbloed, *De dwangsom in het Europese privaatrecht*, in: *Eenvormig en vergelijkend privaatrecht* 1993, blz. 49-104; Olivier Remien, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld: Vergleich - Vereinheitlichung - Kollisionsrecht*, Tübingen 1992.
- ¹⁴⁵¹ Zweigert-Kötz (1992), blz. 546. Zie met betrekking tot het opschortingsrecht (artikelen 6:52-57) C.A. Streefkerk, *Opschortingsrechten en schuldeisersverzuim*, Deventer 1987, blz. 12-15.
- ¹⁴⁶¹ Towards a European Civil Code, Chapter 10.
- ¹⁴⁷¹ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations*, Cape Town 1990, blz. 107.
- ¹⁴⁸¹ Deze verdragen zijn niet in werking getreden, maar gelden als gezaghebbende samenvatting van hetgeen over deze onderwerpen in vele Europese landen geldt of wenselijk wordt geacht - zie *Verbintenissenrecht ad afd. 6:1.11 aant. 2* (W.A.K. Rank).
- ¹⁴⁹¹ Ch.E. Knobbout-Bethlem, *Konsumentergericht elektronisch betalingsverkeer*, diss. Utrecht, Deventer 1992, blz. 84 e.v.
- ¹⁵⁰¹ Bodo Börner, in *Festschrift Kutscher* 1981, blz. 43, 54, geciteerd door P. Ulmer, *Juristen Zeitung* 1992, blz. 1, 4.
- ¹⁵¹¹ C.C. van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid*, diss. Utrecht, Deventer 1989.
- ¹⁵²¹ Van Dam (1989), blz. 9.
- ¹⁵³¹ Zweigert-Kötz (1992), blz. 683.
- ¹⁵⁴¹ D.W.F. Verkade, *Misleidende reclame*, Deventer 1992, blz. 12.
- ¹⁵⁵¹ Zie het overzicht bij R. Wagenbaur, *Die Europäische Gemeinschaft und das Werberecht*, *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht* 1993, blz. 125-130.
- ¹⁵⁶¹ *Pb. EG* 1991, C 167/3, gewijzigd *Pb. EG* 1992, C 129/5.
- ¹⁵⁷¹ Zie hierover A.J.O. van Wassenae van Catwijck, *Naar een Europees verkeersschaderecht*, afscheidscollege Vrije Universiteit, Deventer 1993.
- ¹⁵⁸¹ Zweigert-Kötz (1992), blz. 724-745.
- ¹⁵⁹¹ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations*, Cape Town 1990, blz. 448.
- ¹⁶⁰¹ In: Towards a European Civil Code, Chapter 14. Dit lijkt te worden bevestigd door Zweigert-Kötz (1992), blz. 575-633.
- ¹⁶¹¹ Zie hieromtrent mijn preadvies 'Standaardregelingen in de bouw' voor de Vereniging voor Bouwrecht 1993.
- ¹⁶²¹ In: Towards a European Civil Code, Chapter 8.
- ¹⁶³¹ [1992] 2 *WLR* 174.
- ¹⁶⁴¹ Vergelijk Kötz-Zweigert 1992, blz. 389: 'The variety of these solutions might lead one to think that any attempt at international unification of the law in this area was doomed to fail. The Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods (ULFIS)[thans vervangen door het Weens Koopverdrag, EH] proves otherwise'.

- ¹⁶⁵⁾ Zie over de richtlijn R.H.C. Jongeneel, *TvC* 1993, blz. en mijn bijdrage in *NTBR* 1993, blz. 108-112. Zie voorts voor wat betreft Duitsland: H. Heinrichs, Die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, *NJW* 1993, blz. 1817-1822; P. Ulmer, Zur Anpassung des AGB-Gesetzes an die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, *EuZW* 1993, blz. 337-352.
- ¹⁶⁶⁾ Zweigert-Kötz (1992), blz. 429-439.
- ¹⁶⁷⁾ Zie Hein Kötz, Rights of Third Parties. Third Party Beneficiaries and Assignment, in: *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VII Contracts in General, Chapter 13, Tübingen enz. 1992, blz. 13-2/57.
- ¹⁶⁸⁾ Zweigert-Kötz (1992), blz. 488, 502.
- ¹⁶⁹⁾ Jaap Visser, De werking van contractuele bepalingen ten nadele van derden/Een vergelijkende studie van het recht van zeven Westeuropese landen, Deventer enz. 1987, blz. 170.
- ¹⁷⁰⁾ Zweigert-Kötz 1992, blz. 554, 571-572.
- ¹⁷¹⁾ P.A. Abas, Rebus sic stantibus/Een onderzoek naar de toepassing van de clausula rebus sic stantibus in de rechtspraak van enige Europese landen, Deventer 1989, blz. 221-222.
- ¹⁷²⁾ Abas (1989), blz. 233.
- ¹⁷³⁾ F.B. Bakels, Ontbinding van wederkerige overeenkomsten, diss. Leiden, Deventer 1993, blz. 9-34.
- ¹⁷⁴⁾ Geoffrey Samuel, Jac Rinkes, Contractual and non-contractual obligations in English law, diss. Maastricht, Nijmegen 1992, blz. 265.
- ¹⁷⁵⁾ Peter Ulmer, Vom deutschen zum europäischen Privatrecht?, *Juristen Zeitung* 1992, blz. 1, 7.
- ¹⁷⁶⁾ Zie het vergelijkend overzicht bij F. von Westphalen (red.), *Handbuch des Kaufvertragsrechts in den EG-Staaten einschließlich Österreich, Schweiz und UN-Kaufrecht*, Köln 1992.
- ¹⁷⁷⁾ M. van Delft-Baas, Consumentenkoop, Deventer 1992, blz. 7-11.
- ¹⁷⁸⁾ A.A. van Velten, Koop van onroerende zaken, Deventer 1984, blz. 52-56.
- ¹⁷⁹⁾ G.M.F. Snijders, De Europese dimensie van de pacht, inaugurele rede Nijmegen, Deventer 1993, blz. 20.
- ¹⁸⁰⁾ Zie hierover C.E. du Perron, De overeenkomst van opdracht, *NJB* 1993, blz. 1044-1048.
- ¹⁸¹⁾ Sigurd Littbarski (red.), Entwurf einer Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen, Köln 1992.
- ¹⁸²⁾ Zie hierover M. van Zijst, De vaststellingsovereenkomst, *NJB* 1993, blz. 1049-1052.
- ¹⁸³⁾ Fritz Reichert-Facilides en Hans U. Jessurun d'Oliveira (red.), *International Insurance Contract Law*, Deventer 1993.
- ¹⁸⁴⁾ D. Tallon, Vers un droit européen du contrat, in: *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris 1992, blz. 485, 494.
- ¹⁸⁵⁾ Peter-Christian Müller-Graf, Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft: Ebenen und gemeinschaftsprivatrechtliche Grundfragen, in: *Festschrift für Bodo Börner zum 70. Geburtstag*, Köln/Berlin/Bonn/München 1993, blz. 303, 335.
- ¹⁸⁶⁾ Günther Beitzke, Probleme der Privatrechtsangleichung in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 1964, blz. 80, 93.
- ¹⁸⁷⁾ Reinhard Zimmermann, Der europäische Charakter des englischen Rechts, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1993, blz. 4, 51.
- ¹⁸⁸⁾ J.G. Sauveplanne, Van verscheidenheid naar eenheid van privaatrecht, Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, Mededeling van de Afdeling Letterkunde, Nieuwe Reeks, 55 no 9, Amsterdam 1992, blz. 20.
- ¹⁸⁹⁾ W.J. Zwolve, De natie en de toekomst van haar codificatie, *NTBR* 1992, blz. 92, 97.
- ¹⁹⁰⁾ Zie bijv. voor de uitleg van het werknemersbegrip in artikel 7A: 1639 aa BW, HR 8 oktober 1993, *RvdW* 1993, 193 en voor die van het begrip 'overgang van de onderneming' in artikel 7A:1639bb BW in het licht van de verschillende taalversies van de richtlijn die hieraan ten grondslag ligt HR 23 april 1993, *NJ* 1993, 503 met verdere verwijzingen.
- ¹⁹¹⁾ M. Storme sr heeft overigens opgemerkt dat op het Europese continent alleen Gibraltar Engelstalig is - zie Remien, *RebelsZ* 1992, 300, 307.

LITERATUUR

P. Abas, *Rebus sic stantibus/Een onderzoek naar de toepassing van de clausula rebus sic stantibus in de rechtspraak van enige Europese landen*, Deventer 1989.

Ch. Armbrüster, *Europäisierung des Schuldrechts? - zur Reform des deutschen Unmöglichkeitrechts im Vergleich zum Code Civil*, *Juristische Arbeitsblätter* 1991, blz. 252-257.

Christian von Bar (red.), *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht*, Köln enz. 1991.

J.M. Barendrecht, *Produktaansprakelijkheid: Europees burgerlijk recht?*, preadviezen Vereniging voor burgerlijk recht 1987, blz. 19-50.

Hugh Beale, *Towards a Law of Contract for Europe: the Work of the Commission on European Contract Law*, in: Günter Weick (red.), *National and European Law on the Threshold to the Single Market*, blz. 177-196.

Günther Beitzke, *Probleme der Privatrechtsangleichung in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 1964, blz. 80-93.

J.J. Brinkhof, *Europees octrooirecht, inaugurele rede Utrecht*, Zwolle 1989.

G. Brüggemeier, Chr. Joerges, *Europäisierung des Vertrags- und Haftungsrechts*, in: Peter Christiaan Müller-Graff (red.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden 1993, blz. 233-286.

Richard M. Buxbaum, Klaus J. Hopt, *Integration Through Law/Europe and the American Federal Experience* vol. 4, *Legal Harmonization and the Business Enterprise*, Berlin enz. 1988.

Richard M. Buxbaum, Gérard Hertig, Alain Hirsch, Klaus J. Hopt (red.), *European Business Law/Legal and Economic Analyses on Integration and Harmonization*, Berlin enz. 1991.

Mauro Cappelletti (red.), *New Perspectives for a Common Law of Europe*, Leyden enz. 1978.

Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht*, 2 delen, München 1985-1989.

Helmut Coing, Europäisierung der Rechtswissenschaft, Neue Juristische Wochenschrift 1990, blz. 937-941.

Corporate Law/The European Dimension, papers given at the Bar European Group Conference Edinburgh 1991, London 1991.

Erwin Deutsch, Aspekte für ein europäisches Haftungsrecht - Versuch einer kritischen, dogmatischen Bestandsaufnahme, Karlsruher Forum 1992.

Erwin Deutsch en Jochen Taupitz (red.), Haftung der Dienstleistungsberufe - natürliche Vielfalt und europäische Vereinheitlichung, Heidelberg 1993.

Ulrich Drobnig, General Principles of European Contract Law, in: Petar Sarcevic, Paul Volken (red.), International Sale of Goods/Dubrovnik Lectures, New York enz. 1986, blz. 305-333.

Ulrich Drobnig, Ein Vertragsrecht für Europa, in: Festschrift für Ernst Steindorff, Berlin/New York 1990, blz. 1141-1154.

X J.H.M. van Erp, Europees privaatrecht in ontwikkeling?, in: Themis en Europa/Een opening van nieuwe grenzen?, Zwolle 1989, blz. 61-70.

Axel Flessner, Rechtsvereinheitlichung durch Rechtswissenschaft und Juristenausbildung, RabelsZ 1992, blz. 243-260.

Giuseppe Gandolfi, Pour un code européen des contrats, Revue trimestrielle de droit civil 1992, blz. 707-736.

Jacques Ghestin, L'influence des directives communautaires sur le droit français de la responsabilité, in: Festschrift Werner Lorenz, Tübingen 1991.

X A.S. Hartkamp, M.W. Hesselink e.a. (red.), Towards a European Civil Code, Dordrecht/Nijmegen (ter perse).

Ch.E. Hauschka, Grundprobleme der Privatrechtsfortbildung durch die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, Juristen Zeitung 1990, blz. 290-299.

Georges van Hecke, Intégration économique et unification du droit privé, in: De Conflictu Legum (Kollewijn-bundel), 1962, blz. 198-208.

Peter Hommelhoff, Zivilrecht unter dem Einfluß europäischer Rechtsangleichung, Archiv für die civilistische Praxis 1992, blz. 71-e.v.

Erik Jayme, Ein Internationales Privatrecht für Europa, Heidelberg 1991.
Konstantinos D. Kerameus, Procedural Unification: The Need and the Limitations, in: I.R. Scott (ed.), International Perspectives on Civil Justice, Essays in honour of Sir Jack I.H. Jacob QC, London 1990, blz. 47-66.

L.A.D. Keus, Europees privaatrecht/Een bonte lappendeken, preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht/Vereniging voor Europees Recht, Lelystad 1993.

D. Kokkini-Iatridou, Een inleiding tot het rechtsvergelijkende onderzoek, Deventer 1988.

Hein Kötz, Gemeineuropäisches Zivilrecht, in: Festschrift Zweigert, 1981, blz. 481-500.

Hein Kötz, Rechtsvereinheitlichung - Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele, RabelsZ 1986, blz. 1-18.

H. Kötz, Was erwartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte?, Juristen Zeitung 1992, blz. 20-22.

H. Kötz, Alternativen zur legislatorischen Rechtsvergleichung, RabelsZ 1992, blz. 215-242.

Hein Kötz en Axel Flessner, Europäisches Vertragsrecht (aangekondigd).

Thijmen Koopmans, The Birth Of European Law At The CrossRoads Of Legal Traditions, 39 American Journal of Comparative Law 493-507 (1991).

Ernst A. Kramer, Europäische Privatrechtsvereinheitlichung, Juristische Blätter 1988, blz. 477-489.

Ole Lando, Principles of European Contract Law, in: Liber Memorialis François Laurent, Brussel 1989, blz. 555-568.

Ole Lando, Principles of European Contract Law/An Alternative or a Precursor of European Legislation, RabelsZ 1992, blz. 261-273.

J.H.A. Lokin, W.J. Zwalve, Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis, Groningen 1986.

A.G. Lubbers, W. Westbroek (red.), Company Law in a European Perspec-

tive, Deventer 1993.

Marcus Lutter, Die Auslegung angeglichenen Rechts, Juristen Zeitung 1992, blz. 593-607.

Filip De Ly, Europese Gemeenschap en privaatrecht, inaugurele rede Rotterdam, Zwolle 1993.

H.P. Mansel, Rechtsvergleichung und europäische Rechtseinheit, Juristen Zeitung 1991, blz. 529-534.

Jacques Massip, L'harmonisation du droit des personnes et de la famille: la contribution de la C.I.E.C., in: La Commission Internationale de l'Etat Civil, Strasbourg 1982, blz. 15-30.

Luigi Mengoni, L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?, Centro di studie e ricerche di diritto comparato e straniero, Roma 1993.

P.C. Müller-Graff, Privatrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht/ Gemeinschaftsprivatrecht, 2e druk Baden-Baden 1991.

P.C. Müller-Graff, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht, NJW 1993, blz. 13-23.

Peter-Christian Müller-Graff, Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft: Ebenen und gemeinschaftsprivatrechtliche Grundfragen, in: Festschrift für Bodo Börner zum 70. Geburtstag, Köln/Berlin/Bonn/München 1993, blz. 303-343.

Peter-Christiaan Müller-Graff (red.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden 1993.

Projet de directive sur le rapprochement des lois et règles des Etats-Membres concernant certains aspects de la procédure civile, Rapport final (Commissie-Storme), Gent 1992.

Hanns Prütting, Auf dem Weg zu einer Europäischen Zivilprozeßordnung/ Dargestellt am Beispiel des Mahnverfahrens, in: Festschrift Baumgärtel, 1990, blz. 457-469.

Norbert Reich, Europäisches Verbraucherschutzrecht/Binnenmarkt und Verbraucherinteresse, Baden-Baden 1993.

Olivier Remien, Ansätze für ein Europäisches Vertragsrecht, Zeitschrift für die Vergleichende Rechtswissenschaft 1988, blz. 105-122.

Olivier Remien, Möglichkeit und Grenzen eines europäischen Privatrechts, in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1991, blz. 11-42.

Olivier Remien, Illusion und Realität eines europäischen Privatrechts, Juristen Zeitung 1992, blz. 277-284.

Olivier Remien, Rechtseinheit ohne Einheitsgesetze?, RabelsZ 1992, blz. 300-316.

Geoffrey Samuel, Jac Rinkes, Contractual and non-contractual obligations in English law, diss. Maastricht, Nijmegen 1992.

H.D.C. Roscam Abbing, Patiënt en gezondheidszorg in het recht van de Europese Gemeenschap, preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht 1993.

J.G. Sauveplanne, Van verscheidenheid naar eenheid van privaatrecht, Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, Mededeling van de Afdeling Letterkunde, Nieuwe Reeks, 55 no 9, Amsterdam 1992.

Uwe Schneider, Europäische und internationale Harmonisierung des Bankvertragsrechts/Zugleich ein Beitrag zur Angleichung des Privatrechts in der Europäischen Gemeinschaft, Neue Juristische Wochenschrift 1991, blz. 1985-1993.

Reiner Schulze, Die europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte - zu den gemeinsamen Grundlagen europäischer Rechtskultur, Saarbrücken 1991.

Reiner Schulze, European Legal History - A New Field of Research in Germany, 13 Journal of Legal History 270-295 (1992).

Jürgen Schwarze, European Administrative Law, London/Luxembourg 1992 (vertaald uit het Duits).

G.M.F. Snijders, De Europese dimensie van de pacht, inaugurele rede Nijmegen, Deventer 1993.

G.J.W. Steenhoff, Naar een Europees privaatrecht?, in: Recht als norm en als aspiratie, Nijmegen 1986, blz. 85-101.

Marcel Storme, Lord Mansfield, Portalis of von Savigny? Overwegingen over de eenmaking van het recht in Europa i.h.b. via de vergelijkende rechtspraak, Tijdschrift voor Privaatrecht 1991, blz. 849-887.

Denis Tallon, Vers un droit européen du contrat?, in: Mélanges offerts à André Colomer, Paris 1992, blz. 485-494.

Jochen Taupitz, Europäische Privatrechtsvereinheitlichung heute und morgen, Tübingen 1993.

Winfried Tillmann, Zur Entwicklung eines europäischen Zivilrechts, in: Festschrift Oppenhoff zum 80. Geburtstag, 1985, blz. 497-507.

Winfried Tillmann, Wirtschaftsrecht, Berlin/Heidelberg/New York/Tokyo 1986.

Winfried Tillmann, EG-Kodifikation des wirtschaftsnahen Zivilrechts, Juristen Zeitung 1991, blz. 1023.

B.W.M. Trompenaars, Pluriforme unificatie en uniforme interpretatie, diss. Utrecht, Deventer 1993.

Peter Ulmer, Vom deutschen zum europäischen Privatrecht?, Juristen Zeitung 1992, blz. 1-8.

F.J.A. van der Velden, Europa 1992 en het eenvormig privaatrecht, in: D. Kokkini-Iatridou en F.W. Grosheide (red.), Eenvormig en vergelijkend privaatrecht 1990, Lelystad 1990, blz. 3-28.

B. Wachter, Elk volk krijgt het recht dat bij zijn aard past, afscheidscollege Tilburg, Zwolle 1992.

A.J.O. van Wassenae van Catwijck, Naar een Europees verkeersschade-recht, afscheidscollege Vrije Universiteit, Deventer 1993.

W. Wedekind, Bouwrecht op weg naar "1992", BR 1990, blz. 811-821.

Wege zu einem europäischen Zivilprozeßrecht/Tübinger Symposium zum 80. Geburtstag von Fritz Baur, Tübingen 1992.

Wolfgang Wiegand, The Reception of American Law in Europe, 39 American Journal of Comparative Law 229-248 (1991).

Michael R. Will, Autonome Rechtsangleichung in Europa, in: Fritz Schwind (red.), Österreichs Weg in die EG - Beiträge zur europäischen Rechtsentwicklung, Wien 1991, blz. 53-109.

Bruno de Witte, Caroline Forder (red.), The common law of Europe and the future of legal education/Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique, Deventer 1992.

V. Zeno-Zencovich, Il diritto europeo dei contratti verso la distinzione fra "contratti commerciali" e "contratti dei consumatori", in: Studie in onore di R. Sacco (ter perse).

Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations/Roman Foundations of the Civilian Tradition, Cape Town/Wetton/Johannesburg 1990.

Reinhard Zimmermann, Das römisch-katholische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit, Juristen Zeitung 1992, blz. 8-20.

W.J. Zwolve, De natie en de toekomst van haar codificatie, NTBR 1992, blz. 92-97.

K. Zweigert en H. Kötz, An Introduction to Comparative Law, tweede druk Oxford 1992 (vertaling door T. Weir).

mr L.A.D. Keus

1. Inleiding

Onderwerp van dit preadvies is de stand van ontwikkeling van het Europese privaatrecht.

Na enkele meer algemene opmerkingen over de verhouding tussen gemeenschapsrecht en (nationaal) privaatrecht (hoofdstuk 2) zullen vier soorten van Europees privaatrecht worden onderscheiden (hoofdstuk 3). Vervolgens zal (in hoofdstuk 4) worden gezien welke problemen zich bij de toepassing van de verschillende soorten Europees privaatrecht door de nationale rechter kunnen voordoen.

Een aantal ontwikkelingen in de rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt voor de verdere ontwikkeling van het Europese privaatrecht zozeer van belang dat daaraan (in hoofdstuk 5) afzonderlijk aandacht zal worden geschonken.

Het preadvies zal (in hoofdstuk 6) met enkele conclusies en een korte aanduiding van het toekomstperspectief besluiten.

Voor zover het Europese recht aan de orde is, zullen de beschouwingen zich beperken tot het materiële recht van de Europese Gemeenschappen. Daarbij zullen het EEG-Verdrag en de daarop gebaseerde regelgeving centraal staan. Supranationaal privaatrecht uit andere bronnen blijft buiten beschouwing, evenals nationaal en supranationaal IPR.

2. Privaatrecht en gemeenschapsrecht

De Europeesrechtelijke jurist, die met de suprematie van het gemeenschapsrecht vertrouwd is, zal licht geneigd zijn het privaatrecht te beschouwen als nationaal recht dat de doorwerking van het gemeenschapsrecht lijdzaam moet ondergaan. Daarmee wordt de betekenis van het nationale privaatrecht voor het gemeenschapsrecht echter in verregaande mate onderschat. De werkelijke verhouding tussen gemeenschapsrecht en privaatrecht blijkt in meer opzichten een geheel andere.

De verhouding tussen gemeenschapsrecht en nationaal privaatrecht is zeker geen eenrichtingsverkeer. Het privaatrecht heeft een niet te onderschatten bijdrage aan de totstandkoming van de communautaire rechtsorde geleverd

en levert die bijdrage nog steeds.

2.1 Het nationale privaatrecht en het ontstaan van de communautaire rechtsorde

Er is in de literatuur wel op gewezen dat de communautaire rechtsorde mede dankzij het privaatrecht is kunnen ontstaan.¹⁾ De communautaire rechtsorde dankt haar succes mede aan de betrekkelijk eenvoudige opzet van de oprichtingsverdragen. Dat met een betrekkelijk eenvoudige opzet kon worden volstaan, had weer alles te maken met het feit dat de privaatrechtsstelsels van de oorspronkelijke Lid-Staten in hoge mate vergelijkbaar waren.

Neemt men in aanmerking wat de afgelopen decennia is bereikt, dan is het inderdaad opmerkelijk met hoe weinig de communautaire rechtsorde van start is gegaan. Veel meer dan een handjevol direct werkende verdragsbepalingen, gericht op het opruimen van tussenstaatse handelsbelemmeringen, was er niet.

Dankzij de betrekkelijk eenvoudige opzet van de basis-verdragen bleven de verschillende nationale rechtsstelsels ingrijpende wijzigingen bespaard. Zonder enige twijfel heeft dit de start van het Europese integratieproces aanmerkelijk vergemakkelijkt.

Tegenover het beperkte instrumentarium van de basis-verdragen stond een grote mate van overeenstemming tussen het privaatrecht van de oorspronkelijke Lid-Staten. De oorspronkelijke Lid-Staten hadden dezelfde (continentaal-Europese) achtergrond van het "ius commune". Zij deelden belangrijke privaatrechtelijke noties als contractsvrijheid, vrijheid van eigendom en vrijheid van mededinging, die door de bepalingen van de basis-verdragen werden voorondersteld. Het (in hoge mate vergelijkbare) privaatrecht van de oorspronkelijke Lid-Staten vormde de vruchtbare aarde waarin het zaadje van het Europese recht en (meer in het algemeen) van de Europese integratie kon ontkiemen.

2.2 Het nationale privaatrecht als inspiratiebron

Ook in de latere stadia van het Europese integratieproces heeft het nationale privaatrecht van de verschillende Lid-Staten aan de vorming van het gemeenschapsrecht bijgedragen.

Het gemeenschapsrecht is voor een belangrijk deel "rechtersrecht". Het is vooral dankzij het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen dat

het communautaire recht is opgebloeid. Het Hof van Justitie, lange tijd fungerend als motor van het Europese integratieproces, heeft het Europese recht gemaakt tot wat het nu is, daarbij de grenzen telkens verleggend. In de inbreng van de verschillende rechters van het Hof, eminente juristen uit de Lid-Staten, zal ongetwijfeld ook de eigen nationale (privaat)rechtstraditie hebben doorgewerkt, nog daargelaten dat het EEG-Verdrag (in artikel 215) zelf naar 'de algemene beginselen welke de rechtsstelsels der Lid-Staten gemeen hebben', verwijst.

2.3 Het nationale privaatrecht als voertuig van het gemeenschapsrecht

Het nationale privaatrecht vormt niet alleen een nuttige voedingsbodem voor het gemeenschapsrecht. In bepaalde opzichten is het gemeenschapsrecht direct van het nationale privaatrecht afhankelijk.

Meer dan eens heeft het gemeenschapsrecht het nationale recht nodig als "voertuig" en is het van dat nationale recht afhankelijk om tot gelding te komen. Het nationale privaatrecht moet vaak handen en voeten geven aan het gemeenschapsrecht. Acties en sancties om uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende aanspraken te realiseren, zullen vaak aan nationaal recht (en ook aan nationaal privaatrecht) moeten worden ontleend.

In het Verdrag betreffende de Europese Unie (Verdrag van Maastricht) duikt het beginsel van de subsidiariteit op.²⁾ Alhoewel dat beginsel niet zonder meer staat voor communautaire deregulering of voor een terugtreden van de Commissie als hoedster van het gemeenschapsrecht, valt het in verband met die subsidiariteit niet te verwachten dat de doorwerking van het gemeenschapsrecht via nationaal privaatrecht aan betekenis zal inboeten. Van oudsher is het gemeenschapsrecht voor zijn handhaving mede afhankelijk van de alerte burger en van de door deze voor zijn nationale rechter te voeren en aan zijn nationale (privaat)recht te ontlelen acties. In verband met de beoogde subsidiariteit zullen dergelijke acties in de toekomst, naar mag worden verwacht, verder worden aangemoedigd.

2.4 Naast nationaal ook Europees privaatrecht

De Europeesrechtelijke jurist zal de term privaatrecht doorgaans associëren met nationaal recht. Dat is niet onbegrijpelijk, omdat een compleet stelsel van Europees privaatrecht ontbreekt.

De werkzaamheden van de Raad en de Commissie zijn ook niet op het totstandbrengen van zo'n stelsel gericht, alhoewel het Europese Parlement bij resolutie van 26 mei 1989 tot een 'poging' tot harmonisatie van het privaatrecht

recht in de Lid-Staten opriep.³⁾ Zo antwoordde de Commissie ontwijkend, toen uit het Europese parlement naar een codificatie van het voor de economie relevante burgerlijk recht in de Gemeenschap werd gevraagd.⁴⁾ Ook bij eerdere gelegenheden werd weinig enthousiast gereageerd als vanuit het Parlement op harmonisatie van delen van het privaatrecht werd aangedrongen. Zo zou voor een harmonisatie van de gevolgen van de toekenning van de wettelijke meerderjarigheid een juridische basis ontbreken,⁵⁾ terwijl een harmonisatie van de nationale wetgevingen op het gebied van pachtcontracten weliswaar nuttig, maar niet strikt noodzakelijk werd geoordeeld.⁶⁾ Iets positiever was de Commissie in haar antwoord op de vraag naar een mogelijke aanpassing van de wetgevingen van de Lid-Staten inzake de schade-loosstelling voor aan particulieren toegebrachte immateriële schade.⁷⁾

Het EEG-Verdrag biedt geen grondslag voor een stelselmatige, communautaire bemoeienis met het privaatrecht. Het privaatrecht als zodanig geldt vooral als domein van de Lid-Staten. Ook een bepaling als artikel 222 van het EEG-Verdrag ('Dit Verdrag laat de regeling van het eigendomsrecht in de Lid-Staten onverlet') wijst in die richting.

Een en ander neemt echter niet weg dat de communautaire rechtsorde op uiteenlopende rechtsgrondslagen bemoeienis heeft of kan hebben met onderwerpen die wij tot het privaatrecht plegen te rekenen.

In bepaalde gevallen ligt die bemoeienis in het EEG-Verdrag zelf verankerd. Artikel 215 van het EEG-Verdrag, dat de contractuele en buiten-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap regelt, is privaatrechtelijk van aard. Ook een bepaling als artikel 119 van het EEG-Verdrag, dat een gelijke beloning voor gelijke arbeid van mannelijke en vrouwelijke werknemers wil verzekeren, werkt onontkoombaar in privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen door.

Het privaatrecht kan ook voorwerp zijn van een nader verdrag, zoals in artikel 220 van het EEG-Verdrag bedoeld. Artikel 220 van het EEG-Verdrag onderkent dat nadere verdragen over bepaalde onderwerpen gewenst kunnen zijn. Een van de onderwerpen die het artikel noemt, is de fusie van vennootschappen die onder verschillende nationale wetgevingen ressorteren.

In andere gevallen biedt het gemeenschapsrecht een grondslag om belemmeringen voor de instelling of de werking van de gemeenschappelijke (of interne) markt op te ruimen. Zo bieden de artikelen 100 en 100 A van het EEG-Verdrag een grondslag voor harmonisatie van nationale wetgevingen. En zo biedt artikel 235 van het EEG-Verdrag heel in het algemeen een basis voor maatregelen die noodzakelijk zijn om de doelstellingen van het

Verdrag te realiseren. Richtlijnen of andere maatregelen die op basis van deze bepalingen tot stand komen, kunnen (en zullen vaak) op onderdelen van het privaatrecht betrekking hebben. Dat geldt temeer, nu de belangen die de Gemeenschap zich in verband met die maatregelen aantrekt, een veelal natuurlijke verbinding met het privaatrecht vertonen. Zo ligt in artikel 100 A van het EEG-Verdrag verankerd dat een hoog niveau van consumentenbescherming uitgangspunt behoort te zijn bij harmonisatie van nationale wetgevingen in het belang van de instelling en goede werking van de interne markt. Communautaire maatregelen die een hoog niveau van consumentenbescherming beogen te waarborgen, zullen onvermijdelijk ook in het privaatrecht enige neerslag vinden.

Het privaatrecht behoort dus niet uitsluitend tot het domein van de Lid-Staten. Ook de Gemeenschap heeft daarmee vanuit verschillende invalshoeken en in wisselende intensiteit bemoeienis. Dat leidt tot een uiterst verbrokken beeld. Soms is binnen de Gemeenschap van eigen privaatrecht sprake, dan weer stelt de communautaire rechtsorde zich met een mindere of meerdere mate van beïnvloeding van nationaal privaatrecht tevreden.

Als men in dit verbrokken beeld enige ordening wil aanbrengen, kan men dat op verschillende manieren doen. Men zou bijvoorbeeld kunnen onderscheiden naar de invalshoek van het gemeenschapsrecht en het privaatrecht binnen de communautaire rechtsorde kunnen rubriceren, al naar gelang van de rechtsgrondslag waarop de communautaire bemoeienis is gebaseerd. Men zou ook de verschillende, binnen het privaatrecht te onderscheiden rechtsgebieden kunnen nalopen en per rechtsgebied het relevante gemeenschapsrecht kunnen inventariseren. Zelf zal ik voor een wat andere benadering kiezen.

Er is sprake van een uiteenlopende intensiteit waarin (wat ik verder zal noemen:) het Europese privaatrecht zich presenteert. Als ene uiterste is er het eigen, communautaire privaatrecht, dat slechts voor de relaties met de (instellingen van de) Gemeenschap van belang is. Als ander uiterste is er het geval dat het gemeenschapsrecht nationaal privaatrecht slechts zijdelings beïnvloedt. Binnen die uitersten laten zich verschillende soorten Europees privaatrecht onderscheiden, al naar gelang van de intensiteit daarvan.

In het navolgende zal ik trachten naar intensiteit verschillende soorten Europees privaatrecht te onderscheiden. Vervolgens zal ik de verschillende soorten Europees privaatrecht aan een nadere beschouwing onderwerpen, waarbij de toepassing daarvan door de nationale rechter centraal zal staan.

3. Europees privaatrecht

3.1 Het begrip privaatrecht

Alvorens het privaatrecht in de communautaire rechtsorde op te sporen, een vraag vooraf. Hoe ruim richten wij de blik bij onze speurtocht naar privaatrecht binnen de communautaire rechtsorde?

Het begrip privaatrecht kan men in ruimere en in engere zin opvatten. In engere zin omvat het in elk geval het vermogensrecht. Richt men de blik wat ruimer, dan moet men daaronder (op geleide van het nieuw BW) ook personen- en familierecht, rechtspersonenrecht, erfrecht, vervoersrecht en de rechten op voortbrengselen van de geest begrijpen.

Het communautaire recht is vooral economisch recht. Het dient een internationale ordening die op economische expansie is gericht. Naast de economische is er weliswaar een sociale dimensie, maar ook die blijkt (oorspronkelijk) door economische motieven te zijn bepaald. De belangrijkste sociale bepaling van de communautaire rechtsorde is artikel 119 van het EEG-Verdrag, dat een gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke arbeid voorschrijft. De bepaling is in het EEG-Verdrag opgenomen, niet uit een hang naar sociale rechtvaardigheid, maar omdat werd gevreesd dat Lid-Staten die het beginsel niet in acht zouden nemen, zich een economisch voordeel ten opzichte van andere Lid-Staten zouden kunnen verwerven.⁸⁾

Dat het economisch getinte gemeenschapsrecht raakvlakken met het vermogensrecht vertoont, zal niemand verbazen. Toch is het goed ook op raakvlakken met de andere onderdelen van het privaatrecht bedacht te zijn. Het EEG-Verdrag en de daarin gegarandeerde vrijheden, onder meer die van een grensoverschrijdende dienstverlening, blijken tot in de verste uithoeken van het privaatrecht door te werken.

Eén van die uithoeken is ongetwijfeld het naamrecht, alhoewel het BW daarmee (in boek 1, titel 2) nagenoeg opent. Een verband met het economische gemeenschapsrecht ligt niet voor de hand. Toch bleek de officiële Duitse transcriptie van een Griekse voornaam waartegen de naamgerechtigde zich verzette, met de verdragsbepalingen over het vrije dienstenverkeer in strijd.⁹⁾ Betrokkene, die zijn zaak zelf voor het Hof van Justitie bepleitte, moet daarbij blijk hebben gegeven van uitstekende retorische kwaliteiten.¹⁰⁾ Het zal echter niet alleen aan die retorische kwaliteiten hebben gelegen dat het Hof van Justitie het gemeenschapsrecht geschonden achtte.

In het navolgende zal dan ook van een ruim begrip privaatrecht worden uitgegaan. Ik zal mij niet tot het vermogensrecht beperken, alhoewel daarop veelal de nadruk zal liggen.

3.2 Vier soorten Europees privaatrecht

In de communautaire rechtsorde kan men verschillende soorten Europees privaatrecht onderscheiden.

In de eerste plaats is er het eigen privaatrecht van de communautaire rechtsorde. Ik versta daaronder het recht dat de privaatrechtelijke betrekkingen tussen de gemeenschappen en haar instellingen enerzijds en natuurlijke en rechtspersonen anderzijds, beheerst.

In de tweede plaats is er het uniforme, Europese privaatrecht. Daaronder begrijp ik het in de Lid-Staten rechtstreeks toepasselijke, in primair en secundair gemeenschapsrecht vervatte privaatrecht, dat in alle Lid-Staten gelijke gelding heeft.

In de derde plaats is er het in EG-verband geharmoniseerde privaatrecht. Dit privaatrecht is - naar de vorm - nationaal privaatrecht, maar de inhoud daarvan is op communautair niveau bepaald.

In de vierde plaats is er een brede periferie, waarin het gemeenschapsrecht (zonder tot uniformering of harmonisatie van het privaatrecht te strekken) het nationale privaatrecht direct of indirect beïnvloedt.

3.2.1 Het eigen privaatrecht van de communautaire rechtsorde

De Europese Economische Gemeenschap heeft rechtspersoonlijkheid.¹¹⁾ Binnen de nationale rechtsorde van de verschillende Lid-Staten heeft zij 'de ruimste handelingsbevoegdheid welke door de nationale wetgevingen aan rechtspersonen wordt toegekend'.¹²⁾

Voor de rechtsbetrekkingen tussen de Gemeenschap als rechtspersoon en derden voorziet de communautaire rechtsorde maar zeer ten dele in eigen privaatrecht.

Voor de contractuele aansprakelijkheid wordt verwezen naar de (nationale) wet die op het betrokken contract van toepassing is.¹³⁾

Slechts de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap is aan eigen, communautair privaatrecht onderworpen. Dat eigen privaatrecht van de Gemeenschap wordt gevormd 'door de algemene beginselen welke de

rechtsstelsels der Lid-Staten gemeen hebben', zulks ter discretie van het Hof van Justitie.¹⁴⁾

Op basis van artikel 215 van het EEG-Verdrag is in de jurisprudentie van het Hof van Justitie een eigen, communautair (overheids)aansprakelijkheidsrecht tot stand gekomen. Volgens dit communautaire aansprakelijkheidsrecht is de communautaire overheid onder omstandigheden ook voor "normatief handelen" (onrechtmatige wetgeving) aansprakelijk. Zoals hierna nog zal blijken, wijkt het communautaire aansprakelijkheidsrecht voor onrechtmatige wetgeving van het Nederlandse recht af.

3.2.2 Uniform Europees privaatrecht

Het uniforme, Europese privaatrecht onderscheidt zich van het eigen privaatrecht van de communautaire rechtsorde, doordat het (rechtstreeks en met voorrang boven afwijkend, nationaal privaatrecht¹⁵⁾) in de Lid-Staten op de rechtsbetrekkingen tussen justitiabelen en hun nationale overheden en tussen justitiabelen onderling van toepassing is.

Uniform Europees privaatrecht kan uit meer bronnen voortvloeien.

In de eerste plaats is er het EEG-Verdrag zelf. Het EEG-Verdrag bevat enkele bepalingen waarvan de inhoud als privaatrecht kan worden gekwalificeerd.

Welbekend zijn de verdragsbepalingen betreffende de mededinging.¹⁶⁾ Artikel 85, tweede lid, verklaart de in het eerste lid verboden overeenkomsten 'van rechtswege nietig'.

Voorts kan worden gewezen op de bepaling van artikel 119 van het EEG-Verdrag. Deze bepaling is door het Hof van Justitie zo uitgelegd, dat zij ook in de relatie tussen particulieren een dwingend gebod van gelijke beloning voor gelijke arbeid voor mannelijk en vrouwelijke werknemers impliceert. Bovendien heeft het Hof het begrip beloning een ruime betekenis toegekend; volgens het bekende Barber-arrest omvat het begrip onder meer de uitkeringen krachtens een aanvullende bedrijfspensioenregeling.¹⁷⁾

Een tweede bron van uniform Europees privaatrecht wordt gevormd door de specifieke Verdragen die de Lid-Staten in het bijzonder op voet van artikel 220 van het EEG-Verdrag kunnen sluiten. Naast het (succesvolle) EEG-Executieverdrag is op deze grondslag het nog niet in werking getreden EEG-Verdrag betreffende de onderlinge erkenning van vennootschappen en rechtspersonen tot stand gekomen.¹⁸⁾ Voorts kunnen worden genoemd het (in 1991 in werking getreden) EEG-Verbintenissenverdrag en het in 1982 gepubliceerde ontwerp van een Europees Verdrag inzake faillissement,

akkoord en andere soortgelijke procedures.¹⁹⁾

Onder de vlag van de Europese Politieke Samenwerking, ingesteld bij artikel 30 van de Europese Akte van 1986, functioneert ook een werkgroep voor burgerlijk recht. Onder auspiciën van deze werkgroep is een tweetal (nog niet in werking getreden) verdragen tot stand gebracht, één met betrekking tot de legalisatie van akten en één met betrekking tot het verhaal van vorderingen inzake onderhoudsverplichtingen.²⁰⁾ Het Verdrag van Maastricht maakt 'justitiële samenwerking in burgerlijke zaken' uitdrukkelijk tot onderdeel van de Europese Politieke Samenwerking: het voorziet in overeenkomsten daarover, onverminderd artikel 220 van het EEG-Verdrag.²¹⁾

In de derde plaats kan ook het secundaire gemeenschapsrecht bron van uniform communautair privaatrecht zijn. Verordeningen, die rechtstreeks toepasselijk zijn in de Lid-Staten,²²⁾ kunnen materieel gezien ook privaatrecht omvatten. Zo is rechtstreeks toepasselijk communautair rechtspersonenrecht te vinden in de verordening tot instelling van Europese economische samenwerkingsverbanden (EESV).²³⁾ De in die verordening vervatte regeling impliceert overigens niet dat in alle landen van de Gemeenschap EESV's zouden bestaan die werkelijk en in ieder opzicht uniform zouden zijn. In de verordening is ervoor gekozen verschillende aspecten (oprichting, inwendig bestel) aan het nationale recht over te laten. Het nationale recht van de Lid-Staat waar de EESV wordt gevestigd, speelt als "achtergrondrecht" een belangrijke rol.²⁴⁾ Aldus vormt de EESV weliswaar een Europese rechtsvorm, maar een Europese rechtsvorm die van Lid-Staat tot Lid-Staat verschilt. Inmiddels zijn door de Commissie voorstellen ingediend voor verordeningen inzake Europese vennootschappen, Europese verenigingen, Europese coöperatieve vennootschappen en Europese onderlinge maatschappijen.²⁵⁾ Ook in deze voorstellen speelt het nationale recht van de Lid-Staat waar het lichaam zetelt, een belangrijke aanvullende rol.²⁶⁾ Over de zin van dergelijke rechtsvormen, die weliswaar Europees zijn, maar van Lid-Staat tot Lid-Staat verschillen, wordt in de literatuur wel getwijfeld.²⁷⁾

Een vierde bron van uniform communautair privaatrecht is de rechtspraak van het Hof van Justitie. Het Hof van Justitie heeft in het inmiddels veelbesproken Francovich-arrest voor de aansprakelijkheid van de Lid-Staten voor verwijtbare, niet-tijdige uitvoering van richtlijnen eigen aansprakelijkheidsrecht ontwikkeld.²⁸⁾ De aanspraken op schadevergoeding die de gelaedeerde burger daaraan kan ontleenen, vinden - aldus het Hof - een directe grondslag in het gemeenschapsrecht.

3.2.3 Geharmoniseerd privaatrecht

Onder geharmoniseerd privaatrecht begrijp ik naar dwingende Europese richtlijnen gemodelleerd, maar naar de vorm nationaal privaatrecht.

Geharmoniseerd (nationaal) privaatrecht en uniform (communautair) privaatrecht liggen dicht tegen elkaar aan. Zeker geldt dat, als men geharmoniseerd privaatrecht vergelijkt met uniform privaatrecht dat uit verordeningen voortvloeit. Zoals hiervoor in verband met de EESV al aan de orde kwam, kan ook een in een verordening vervatte regeling zwaar op het nationale recht leunen. Weliswaar is een verordening, anders dan een richtlijn, op grond van artikel 189 van het EEG-Verdrag rechtstreeks toepasselijk, maar dit verschil blijkt betrekkelijk. Hierna zal nog aan de orde komen dat de rechtspraak van het Hof van Justitie de betekenis van de (als uitgangspunt niet rechtstreeks toepasselijke) richtlijn in de nationale rechtssfeer sterk heeft doen toenemen.²⁹⁾

Op tal van gebieden die tot het privaatrecht worden gerekend, verlangen communautaire richtlijnen harmonisatie van nationaal recht.

Het meest prominente voorbeeld van een dergelijke richtlijn is de richtlijn inzake produktenaansprakelijkheid.³⁰⁾ Deze richtlijn heeft in vele Lid-Staten belangrijke gevolgen gehad voor het (delictuele) aansprakelijkheidsrecht.

Ook het contractenrecht wordt door het communautaire recht niet ongemoeid gelaten. Als recent voorbeeld van een richtlijn met belangrijke effecten op het contractenrecht noem ik de richtlijn van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.³¹⁾ Deze richtlijn zal uiterlijk per 31 december 1994 in nationaal recht moeten zijn omgezet.

Het contractenrecht is ook aan de orde in de richtlijn die tot een harmonisatie van de rechtsfiguur van de agentuurovereenkomst heeft geleid.³²⁾

Richtlijnen inzake gelijke behandeling van vrouwelijke en mannelijke werknemers beïnvloedden het nationale arbeidsrecht.³³⁾ Op hetzelfde gebied kunnen ook de richtlijnen tot behoud van de rechten van werknemers bij de overgang van ondernemingen en tot bescherming van werknemers in geval van insolventie van de werkgever worden genoemd.³⁴⁾

Op het gebied van het vennootschapsrecht is een groot aantal richtlijnen tot stand gekomen. Deze richtlijnen betreffen onder meer de instandhouding en wijziging van het kapitaal, de jaarrekening, fusies en splitsingen van naamloze vennootschappen en de eenpersoonsvennootschappen met beperkte aansprakelijkheid.³⁵⁾ Al eerder werd erop gewezen, dat op het gebied van

het vennootschapsrecht ook uniform communautair privaatrecht is totstandgekomen.³⁶⁾

Een ander gebied waarop communautaire richtlijnen hun invloed doen gelden, is dat van de industriële en intellectuele eigendom. Terwijl, zoals later nog aan de orde komt, de uitoefening van de betrokken rechten door de verdragsbepalingen over het vrije goederenverkeer en de mededinging wordt ingeperkt, is er anderzijds sprake van harmonisatie van nationaal recht door richtlijnen. Een richtlijn uit 1987 betreft de bescherming van halfgeleiderprodukten, terwijl een richtlijn uit 1988 harmonisatie van een aantal aspecten van nationaal merkenrecht tot doel heeft.³⁷⁾ Recente voorbeelden zijn een richtlijn uit 1991 over de bescherming van computerprogramma's en een richtlijn uit 1992 over het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten.³⁸⁾

3.2.4 De periferie

Buiten de besproken vormen van communautair privaatrecht is er een brede periferie waarin het gemeenschapsrecht het nationale privaatrecht beïnvloedt, zonder op uniformering of harmonisatie van nationaal privaatrecht te zijn gericht. Die beïnvloeding van nationaal privaatrecht kan zich zowel passief als actief voltrekken.

Een passieve beïnvloeding doet zich voor als het communautaire recht het nationale recht inspireert of als het communautaire recht nieuwe rechtsfiguren aanreikt, waarop het nationale privaatrecht (receptief) reageert.

De vennootschapsrichtlijnen hebben in de nationale wetgeving tot meer aanpassingen geleid dan die waartoe zij verplichtten. Zo werd de B.V. op het punt van de kapitaalbescherming (onverplicht) in de uitvoering van die richtlijnen betrokken. Volgens Bouwes bevat thans 30% van de artikelen van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek voorschriften die (verplichte) uitvoering zijn van Europese vennootschapsrichtlijnen, terwijl zo'n 20% van die artikelen (vrijwillig) naar het voorbeeld van richtlijnen is gemodelleerd.³⁹⁾ Niet alleen in Nederland maar ook in (de meeste) andere Lid-Staten werden bepaalde rechtsvormen onverplicht aan Europese richtlijnen aangepast. Bouwes noemt als voorbeeld de uitbreiding van de beperking van de mogelijkheid tot inkoop van eigen aandelen tot de verwerving van aandelen door dochtermaatschappijen.⁴⁰⁾

Soms reageert het nationale privaatrecht op communautaire ontwikkelingen die zich in ander verband (bijvoorbeeld op het gebied van de landbouw en de visserij) voordoen. Zo hebben de beperkingen die in communautair verband werden gesteld aan de zeevisserij en aan de melkproductie nieuwe, veelal als vermogensrechten beschouwde produktierechten in het leven

geroepen.⁴¹⁾ In verschillende opzichten werken dergelijke communautaire ontwikkelingen in het nationale privaatrecht door. Zo heeft de noodzaak van verdeling van het melkquotum bij het einde van de pacht tot een herschikking van de rechten en verplichtingen van pachter en verpachter geleid.⁴²⁾ De superheffing op de produktie van melk (en de wens die te ontlopen) leidde(n) tot ingenieuze en tot dan in het nationale privaatrecht onbekende constructies als de verhuur van melkvee.⁴³⁾

Receptie van communautair recht in nationaal privaatrecht kan zich ook minder opvallend voltrekken. Zo valt het bepaald niet uit te sluiten dat in de nationale gedachtenvorming rond de toetsing van wetgeving aan ongeschreven rechtsbeginselen (ook) de notie van de communautaire rechtsbeginselen een rol heeft gespeeld.⁴⁴⁾ En wellicht heeft de Hoge Raad zich bij het creëren van rechterlijk overgangsrecht door de rechtspraak van het Hof van Justitie laten inspireren.⁴⁵⁾

Een actieve beïnvloeding doet zich voor als het communautaire recht door zijn rechtstreekse werking en zijn voorrang boven het nationale recht corrigerend in het nationale privaatrecht ingrijpt. Daarbij laten zich weer twee varianten onderscheiden: de correctie kan negatief en kan positief zijn.

Van een negatieve correctie is sprake als toepassing van nationaal privaatrecht leidt tot een resultaat, dat uit oogpunt van gemeenschapsrecht onaanvaardbaar is. In dat geval moet het nationale privaatrecht wijken. Het gemeenschapsrecht kort voor die situatie het nationale privaatrecht in.

Een voorbeeld is de rechtspraak van het Hof van Justitie over de nationale rechten van intellectuele en industriële eigendom. Het EEG-Verdrag erkent die rechten uitdrukkelijk en verleent daaraan tot op zekere hoogte ook voorrang boven het vrije verkeer van goederen.⁴⁶⁾ Waar de uitoefening van die rechten het tussenstaatse handelsverkeer belemmert, heeft het Hof van Justitie de uit die rechten voortvloeiende bescherming echter ingesnoeid tot de harde kern ("het specifieke voorwerp") van die rechten.⁴⁷⁾

Van een positieve correctie kan sprake zijn in situaties waarin het gemeenschapsrecht van nationaal privaatrecht afhankelijk is. In tal van situaties heeft het gemeenschapsrecht het nationale (privaat)recht nodig om volledig tot gelding te komen. Het nationale (privaat)recht is dan het voertuig waarop het gemeenschapsrecht meerijdt. Een positieve correctie wordt aangebracht, als het voertuig van het nationale recht niet voldoet aan de (uit oogpunt van de communautaire rechtsorde) minimaal daaraan te stellen eisen. Het gemeenschapsrecht leidt in een dergelijke situatie niet tot een inkorting, maar juist tot een uitbreiding van de mogelijkheden die het nationale (pri-

vaat)recht biedt.

Het gemeenschapsrecht is onder meer van het nationale (privaat)recht afhankelijk, als het gaat om de terugvordering van heffingen die in strijd met het gemeenschapsrecht (de artikelen 12 e.v. van het EEG-Verdrag, verbod van douanerechten en heffingen van gelijke werking, en artikel 95 van het EEG-Verdrag, verbod van discriminerende binnenlandse belastingen) zijn opgelegd. Heffingen die in strijd met het communautaire recht zijn opgelegd, kunnen volgens het Hof van Justitie worden teruggevorderd, al naar gelang het nationale recht een dergelijke actie toelaat. De nationaalrechtelijke modaliteiten (waaronder bijvoorbeeld beroepstermijnen) gelden in beginsel ook voor dergelijke, aan het communautaire recht ontleende aanspraken, zij het dat het Hof van Justitie randvoorwaarden aan die gelding stelt. Er mag geen verschil zijn tussen de afhandeling van dergelijke, aan het gemeenschapsrecht ontleende aanspraken en de afhandeling van aanspraken, die uitsluitend in nationaal recht haar grond vinden. Bovendien mogen de nationaalrechtelijke modaliteiten niet van dien aard zijn, dat zij iedere terugvordering illusoir zouden maken.⁴⁸⁾

In het (positief) corrigeren van nationaal (privaat)recht om de gelding van het gemeenschapsrecht zeker te stellen, is het Hof van Justitie weinig terughoudend gebleken. Zo heeft het Hof van Justitie getornd aan het schuldver-eiste bij (tot aansprakelijkheid leidende) schendingen van het beginsel van gelijke behandeling van vrouwelijke en mannelijke werknemers.⁴⁹⁾ Ook heeft het Hof de bijl gezet aan nationale beroepstermijnen (en de daarmee verband houdende "formele rechtskracht" van niet tijdig aangevochten beslissingen) in situaties waarin richtlijnen niet tijdig naar behoren zijn geïmplementeerd.⁵⁰⁾ In haar meest extreme vorm leidt een positieve correctie als hierbedoeld tot het formuleren van uniform Europees privaatrecht, zoals op het punt van de hiervoor reeds genoemde overheidsaansprakelijkheid in verband met het niet tijdig uitvoeren van richtlijnen.⁵¹⁾

4. Nationale rechter en Europees privaatrecht

De nationale rechter kan met elk van de besproken soorten van Europees privaatrecht te maken krijgen. De belangrijkste problemen die zich daarbij kunnen voordoen, worden in dit hoofdstuk geïnventariseerd.

4.1 Nationale rechter en het eigen communautaire privaatrecht

Aan de binnencirkel van het eigen privaatrecht van de communautaire rechtsorde is eigen, dat hij aan het Hof van Justitie is voorbehouden.

Slechts de gemeenschapsrechter geeft toepassing aan artikel 215, tweede

alineea, van het EEG-Verdrag en oordeelt over de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap. Voor de nationale rechter is hier geen taak weggelegd, zij het dat de nationale rechter aan de ontwikkeling van de algemene beginselen van zijn eigen rechtsstelsel kan bijdragen. De algemene beginselen van de rechtsstelsels van de Lid-Staten zijn van belang, omdat het Hof van Justitie daaruit volgens artikel 215, tweede alinea, het communautaire aansprakelijkheidsrecht put.

Uiteraard belet niets de nationale rechter zich op zijn beurt door de civiele rechtspraak van het Hof van Justitie te laten inspireren.

Zo was de rechtspraak van het Hof van Justitie over de aansprakelijkheid van de gemeenschapsinstellingen voor (eenvoudig gezegd) onrechtmatige wetgeving al uitgekristalliseerd, toen in Nederland de aansprakelijkheid van de wetgever voor onrechtmatige wetgeving (waarvoor al een grondslag was gelegd in het tweede Pocketboek-arrest⁵²⁾) nog goeddeels vorm moest krijgen. Het Hof van Justitie hanteerde in een reeds vaste rechtspraak een verzuwaard schuldvereiste, zich daarbij baserend op de algemene rechtsbeginselen die de rechtsstelsels van de verschillende Lid-Staten gemeen hebben.⁵³⁾ De nationale rechter had zich deze rechtspraak tot voorbeeld kunnen kiezen. Daarvoor was veel te zeggen, niet in de laatste plaats omdat de door het Hof gekozen oplossing althans pretendeerde de grootste gemene deler van de rechtsstelsels van de Lid-Staten te zijn. De Hoge Raad koos echter een eigen weg en omarmde een stelsel waarin voor aansprakelijkheid (bijna) volstaat dat de aangevochten regeling met hoger recht in strijd blijkt. Schuld is in dat geval in beginsel gegeven; verwijtbaarheid (schuld in subjectieve zin) speelt in beginsel geen rol.⁵⁴⁾

Dat de nationale rechter zich althans voor bepaalde vormen van (wegens strijd met het gemeenschapsrecht) onrechtmatige wetgeving alsnog aan de leer van het Hof van Justitie zal moeten conformeren, is niet geheel uitgesloten. Het Hof van Justitie heeft immers in het Francovich-arrest de aansprakelijkheid van de Lid-Staten voor (bepaalde vormen van) incorrecte implementatie van richtlijnen tot communautair recht verklaard.⁵⁵⁾ Dit communautaire overheidsaansprakelijkheidsrecht is nog niet in ieder opzicht uitgekristalliseerd. Bij het Hof van Justitie is een prejudiciële procedure ahangig, waarin onder meer wordt gevraagd of het schuldvereiste, al dan niet in verzwaarde vorm, voor de betrokken overheidsaansprakelijkheid een rol speelt.⁵⁶⁾ Als het Hof van Justitie hier (evenals in het op de instellingen van de Gemeenschap toepasselijke aansprakelijkheidsrecht) voor een gekwalificeerd schuldvereiste zou kiezen, zou de leer van de Hoge Raad in zoverre wellicht heroverweging verdienen.

4.2 Nationale rechter en uniform Europees privaatrecht

Het uniforme Europese privaatrecht is rechtstreeks toepasselijk in de verschillende Lid-Staten. De nationale rechter zal dit Europese privaatrecht op gelijke wijze als zijn eigen, nationale privaatrecht moeten toepassen.

Een belangrijk probleem binnen deze categorie wordt gevormd door de uitleg van het gemeenschapsrecht.

Verdragsbepalingen en verordeningen zijn niet altijd even duidelijk.⁵⁷⁾

Voorts staan de nationale rechter bij de uitleg van het uniforme Europese privaatrecht niet soortgelijke hulpmiddelen ter beschikking als die welke bij de uitleg van "vergelijkbaar" nationaal privaatrecht voorhanden zijn. Waar in het nationale recht veelal op de geschiedenis van totstandkoming van de betrokken norm kan worden teruggegrepen, zal de nationale rechter zich bij de uitleg van het gemeenschapsrecht moeten behelpen met het bepaald niet volledige beeld dat uit de in Publikatieblad en COM-serie gepubliceerde documenten blijkt.⁵⁸⁾ Daarbij mist de nationale rechter de steun van een vergelijking met naastgelegen, maar louter nationaal geregelde rechtsfiguren. Nationale rechtsbegrippen kunnen bij de uitleg van communautaire regelingen niet beslissend zijn. Wij raken hier aan het meer principiële aspect dat aan communautaire rechtsbegrippen vaak een eigen en autonome betekenis toekomt.⁵⁹⁾

Een belangrijke steun voor de nationale rechter is wel, dat hij zich voor de uitleg van het uniforme Europese privaatrecht kan (en soms ook moet) refereren aan het oordeel van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen.⁶⁰⁾ In de prejudiciële procedure neemt het Hof van Justitie de last van de uitleg van het gemeenschapsrecht als het ware van de nationale rechter over.

De mogelijkheid van een prejudiciële verwijzing neemt niet weg dat er omstandigheden kunnen zijn, waarin de nationale rechter zich zelfstandig een oordeel over communautair privaatrecht zal moeten vormen. Nog daargelaten dat partijen, zeker in zaken van gering materieel of principieel belang, de nationale rechter een prejudiciële verwijzing in verband met het daaraan verbonden tijdverlies en de daaraan verbonden kosten niet altijd in dank zullen afnemen en nog daargelaten dat de (lagere) nationale rechter met het oog op diezelfde bezwaren vaak van een prejudiciële verwijzing zal afzien, zijn er situaties waarin de vereiste spoed een prejudiciële procedure uitsluit. In zulke situaties zal de nationale (kort geding-)rechter zich zelfstandig een oordeel moeten (en mogen) vormen, zelfs als dat oordeel mede de geldigheid van gemeenschapswetgeving zou betreffen.⁶¹⁾

4.3 Nationale rechter en geharmoniseerd privaatrecht

Geharmoniseerd privaatrecht komt door twee acties tot stand. In de eerste plaats door een Europese richtlijn, in de tweede plaats door nationale wetgeving die daaraan uitvoering geeft.⁶²⁾ De nationale rechter die geharmoniseerd privaatrecht toepast, past als uitgangspunt nationale wetgeving toe, zij het dat die wetgeving naar Europese richtlijnen is gemodelleerd.

Uiteraard zal bij de uitleg van de nationale uitvoeringswetgeving de communautaire achtergrond van die wetgeving een belangrijk gegeven zijn. Uitleg van de nationale uitvoeringswetgeving is onmogelijk zonder uitleg van de communautaire richtlijnen waaraan die wetgeving uitvoering geeft of althans beoogt te geven. De uitlegproblemen die voor het uniforme Europese privaatrecht werden gesignaleerd, gelden dan ook mede voor het geharmoniseerde privaatrecht.

De noodzaak van nationale uitvoering van communautaire richtlijnen bergt het gevaar in zich dat die richtlijnen niet overeenkomstig de oorspronkelijke bedoeling van de communautaire wetgever worden geïmplementeerd. Soms worden richtlijnen niet correct, niet tijdig of in het geheel niet in nationaal recht omgezet. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie vloeit voort, dat de nationale rechter zich niet zonder meer bij een gebrekkige implementatie mag neerleggen.

In de eerste plaats wordt van de nationale rechter geëist dat hij zijn nationale wetgeving zoveel mogelijk "richtlijnconform" uitlegt.⁶³⁾ De nationale rechter moet al het mogelijke doen om de oorspronkelijke bedoelingen van de communautaire wetgever optimaal tot gelding te brengen.

In de tweede plaats (en dat is vooral van belang voor het geval dat ook een "richtlijnconforme" interpretatie tekortschiet) ontzegt het Hof van Justitie aan een niet tijdig of niet naar behoren uitgevoerde richtlijn althans in de relatie tussen overheid en burger niet ieder effect. Onder omstandigheden kan de burger zich jegens de overheid rechtstreeks op een niet tijdig en naar behoren in nationaal recht omgezette richtlijn beroepen, als die richtlijn hem onvoorwaardelijk bepaalde duidelijk omliggende rechten toekent.⁶⁴⁾

4.4 Nationale rechter en periferie

De perifere beïnvloeding van het nationale privaatrecht door gemeenschapsrecht levert voor de nationale rechter de meeste problemen op. In haar uitkomsten is zij het moeilijkst voorspelbaar.

Interessant zijn vooral die gevallen, waarin het gemeenschapsrecht actief op het nationale privaatrecht inwerkt en waarin het gemeenschapsrecht dat nationale privaatrecht in negatieve of in positieve zin corrigeert.

4.4.1 Negatieve correctie

In geval van een negatieve correctie wordt het nationale privaatrecht ingeperkt. De met het gemeenschapsrecht strijdige gevolgen van toepassing van het nationale privaatrecht worden geëcarteerd.

Een in dit verband al eerder genoemd voorbeeld betreft de rechten van industriële en intellectuele eigendom die door het Hof zijn ingesnoeid in situaties waarin de onverkorte uitoefening daarvan tot een disproportionele belemmering van het tussenstaatse handelsverkeer zou leiden.

In zijn rechtspraak over de beperking van de rechten van intellectuele en industriële eigendom in situaties met grensoverschrijdende aspecten heeft het Hof van Justitie getracht de op zichzelf toelaatbare doelstelling van bescherming van intellectuele en industriële eigendom met de doelstelling van een onbelemmerd tussenstaats handelsverkeer in balans te brengen. Het Hof heeft nauwkeurig aangegeven hoe diep het gemeenschapsrecht in de rechten van industriële en intellectuele eigendom ingrijpt en heeft die rechten daarbij zoveel mogelijk ontzien.⁶⁵⁾

4.4.2 De mate van doorwerking bij negatieve correctie

De mate waarin het gemeenschapsrecht doorwerkt, is één van de problemen waarvoor de corrigerende werking van het gemeenschapsrecht de nationale rechter plaatst. Niet altijd geeft het Hof van Justitie zo nauwkeurige aanwijzingen als die welke gelden voor de inperking van de intellectuele en industriële eigendom.

Het lijkt mij niet voor discussie vatbaar dat het gemeenschapsrecht zelf bepalend is voor de mate van zijn (verplichte) doorwerking. Niet het nationale recht, maar het gemeenschapsrecht is daarvoor beslissend.

Evenmin is voor betwisting vatbaar, dat het gemeenschapsrecht zover doorwerkt als nodig is om zijn "volle werking" in de nationale rechtssfeer te verzekeren. Ook privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen blijven daarbij niet buiten schot. Zo besliste het Hof in algemene bewoordingen dat overeenkomsten tussen particulieren nooit kunnen derogeren aan de dwingende verdragsbepalingen betreffende het vrije verkeer van goederen. Daaruit vloeit volgens het Hof voort dat een overeenkomst die de invoer verbiedt van een waar die op rechtmatige wijze in een andere Lid-Staat in het verkeer is gebracht, niet kan worden aangevoerd om de verkoop van die waar als een

onregelmatige of oneerlijke handelspraktijk te kwalificeren.⁶⁶⁾

Anderzijds is er een zekere neiging om het nationale recht en nationale rechtsbetrekkingen zoveel mogelijk te ontzien. Het gemeenschapsrecht werkt door voor zover nodig is om zijn volle werking te verzekeren, maar dringt zich daarbuiten niet op. Waar mogelijk wordt het nationale recht en worden nationale rechtsbetrekkingen geëerbiedigd. Ook in de rechtspraak van het Hof van Justitie vindt men die gedachte terug.

Een goed voorbeeld is de wijze waarop het Hof van Justitie met de communautaire mededingingsregels strijdige overeenkomsten benadert. Artikel 85, tweede lid, van het EEG-Verdrag bepaalt dat dergelijke overeenkomsten van rechtswege nietig zijn. Volgens het Hof van Justitie stelt het gemeenschapsrecht zich echter tevreden met de nietigheid van de bedingen die het conflict met de mededingingsregels belichamen en wordt het aan het nationale recht overgelaten of de betrokken overeenkomsten voor het overige (zonder die bedingen) al dan niet voortbestaan.⁶⁷⁾

Een vergelijkbare benadering wordt gevolgd, als sprake is van een discriminerende binnenlandse belasting in de zin van artikel 95 van het EEG-Verdrag. Het gemeenschapsrecht verlangt niet dat een dergelijke belasting geacht wordt in haar geheel onverschuldigd te zijn betaald. Als dat laatste maar het geval is voor het gedeelte van de belasting waarmee het ingevoerde produkt hoger is belast dan het nationale produkt, is dat uit oogpunt van het gemeenschapsrecht voldoende.⁶⁸⁾

Een ander voorbeeld is de nauwgezetheid waarmee het Hof van Justitie het gemeenschapsrecht buiten de deur houdt in louter nationale situaties die geen enkel aanknopingspunt met het gemeenschapsrecht vertonen. Veelal gaat het in die rechtspraak om nationale onderdanen die trachten te profiteren van gemeenschapsrecht dat tot een vrij verkeer van personen, goederen of diensten strekt, zonder dat zij in werkelijkheid bij dat vrije verkeer zijn betrokken.⁶⁹⁾

4.4.3 Communautaire rechtsbeginselen als begrenzing van negatieve correctie

Een onverkorte doorwerking van het gemeenschapsrecht kan voor de daarbij betrokken justitiabelen tot pijnlijke consequenties leiden. Soms is zelfs sprake van consequenties die in vergelijkbare (en slechts door nationaal recht beheerste) situaties niet zouden worden aanvaard.

Een voorbeeld is het geval dat aan een onderneming uitgekeerde staatssteun met het EEG-Verdrag in strijd blijkt. Het communautaire uitgangspunt is,

dat de overheid de in strijd met het Verdrag uitgekeerde steun van het begunstigde bedrijf moet terugvorderen.⁷⁰⁾ Naar nationaal (privaat)recht kunnen er voor een dergelijke terugvordering echter obstakels zijn. Wellicht heeft het begunstigde bedrijf erop mogen vertrouwen dat de overheid aan al haar verdragsverplichtingen had voldaan en heeft het zich, afgaande op dat vertrouwen, in een ongunstiger positie geplaatst, bijvoorbeeld door investeringsverplichtingen aan te gaan. Het dilemma dat zich in zo'n situatie voordoet, is duidelijk: als de nationale rechter het begunstigde bedrijf de steun zou (mogen) laten behouden, zou dat ertoe kunnen leiden dat afbreuk wordt gedaan aan het communautaire verbod van staatssteun.

Vergelijkbare problemen kunnen zich voordoen op het gebied van de landbouw. De communautaire landbouwwetgeving omvat tal van regelingen op grond waarvan onder nauwomlijnde voorwaarden steunbedragen en vrijstellingen van heffingen kunnen worden verkregen. Vaak verlangen deze regelingen dat de belanghebbende bedrijven zekerheid stellen voor de nakoming van hun verplichtingen. De uitvoering van deze regelingen pleegt te zijn opgedragen aan nationale instanties, jegens wie de belanghebbende bedrijven zich vaak (ook) contractueel binden. Als de verbonden bedrijven hun verplichtingen niet nakomen, moeten de nationale uitvoeringsinstanties de gestelde garanties opeisen, al uitbetaalde steunbedragen terugvorderen en alsnog aanspraak maken op heffingen waarvoor aanvankelijk een vrijstelling gold. Ook dergelijke acties van nationale uitvoeringsinstanties kunnen vanuit oogpunt van nationaal privaatrecht bezwaren oproepen. Zo staat het te maken verwijt wellicht in geen verhouding tot de (vaak gestelde) sanctie van een algeheel verlies van aanspraken. Ook hier is het de vraag, of de nationale rechter de belangen van het verbonden bedrijf kan laten prevaleren, zonder de oogmerken van de gemeenschapsregeling te doorkruisen.

Een laatste voorbeeld betreft de toepassing van de EEG-richtlijnen inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten.⁷¹⁾ Deze richtlijnen schrijven bepaalde procedures voor die de overheid (de "aanbestedende diensten") moet(en) volgen alvorens opdrachten boven bepaalde drempelwaarden te mogen plaatsen. De in deze richtlijnen voorgescreven procedures blijken niet steeds stipt in acht te worden genomen. Voor dat geval schrijft een aparte richtlijn voor in welke beroepsmogelijkheden de nationale wetgeving moet voorzien.⁷²⁾ Uit deze richtlijn kan men afleiden dat (rechterlijke) interventie in nog niet voltooide aanbestedingsprocedures mogelijk moet zijn.⁷³⁾ Als echter de overheid met een bepaald bedrijf reeds in een vergevorderd stadium van onderhandelingen was, kan dat bedrijf daaraan naar nationaal recht wellicht aanspraken ontlenen. Naar nationaal recht kan het bedrijf wellicht vorderen dat hem de opdracht toch wordt gegund. Ook hier moet minst genomen een zekere spanning met het

Europese recht worden geconstateerd. Toepassing van nationaal privaatrecht (bijvoorbeeld "over de band" van de precontractuele goede trouw) zou afbreuk kunnen doen aan het communautaire aanbestedingsregime.

Voor het Hof van Justitie lijkt in al deze situaties voorop te staan dat de communautaire regel moet worden geëffectueerd en dat regels (of beginselen) van nationaal (privaat)recht die zich daartegen verzetten, in beginsel moeten wijken. Voor bepaalde nationale regelingen laat het Hof echter ruimte. In het bijzonder laat het Hof ruimte voor nationale regelingen die rechtsbeginselen reflecteren die ook aan de communautaire rechtsorde eigen zijn. Aldus besliste het Hof van Justitie onder meer voor nationale regelingen die gewettigd vertrouwen en rechtszekerheid beschermen.⁷⁴⁾

Enige voorzichtigheid is hier echter op haar plaats. Ook waar gewettigd vertrouwen en rechtszekerheid in het geding zijn, moet de nationale rechter "ten volle" rekening houden met het belang van de Gemeenschap bij een onverkorte toepassing van de communautaire regel: de nationale rechter mag de balans kennelijk niet al te snel ten nadele van de communautaire regel laten doorslaan.⁷⁵⁾ Bovendien kunnen overtredingen van het gemeenschapsrecht die ook voor de burger kenbaar zijn, een beroep op gewettigd vertrouwen of op rechtszekerheid niet dragen. Het Hof heeft ooit met stelligheid beslist dat een met een gemeenschapsregeling strijdige praktijk van een Lid-Staat nooit tot het ontstaan van een door het gemeenschapsrecht beschermde rechtspositie kan leiden.⁷⁶⁾

4.4.4 Onvermoede implicaties van het gemeenschapsrecht

De mate waarin het gemeenschapsrecht doorwerkt is één van de problemen waarvoor de nationale rechter zich in verband met perifere aantastingen van nationaal privaatrecht door het gemeenschapsrecht ziet geplaatst. Een ander probleem wordt gevormd door de herkenning van de relevantie van het gemeenschapsrecht in het gegeven geval.

Voor al de algemene verdragsbepalingen kunnen onvermoede implicaties hebben. Het Hof van Justitie heeft aan bepalingen als die inzake een vrij verkeer van goederen en een vrij verrichten van diensten een ruime uitleg gegeven. Op grond van die uitleg kunnen alle beperkende nationale maatregelen waarvoor geen voldoende rechtvaardiging bestaat, door de in die bepalingen vervatte verboden worden getroffen.⁷⁷⁾ Deze ruime uitleg kan ook in de sfeer van het privaatrecht voor verrassingen zorgen. Zo werd al eerder gewezen op de bezwaren die een wat ongelukkige transcriptie van een Griekse naam in verband met de verdragsbepalingen over een vrij dienstenverkeer ontmoette.⁷⁸⁾ Een relatie tussen de civiele rechtspraak van de nationale rechter over verborgen gebreken en de verdragsbepalingen over

een vrij goederenverkeer ligt niet voor de hand; toch heeft het Hof van Justitie in een prejudiciële procedure de rechtspraak daarover van de Franse Cour de Cassation op haar verenigbaarheid met artikel 34 van het EEG-Verdrag onderzocht.⁷⁹⁾

4.4.5 Positieve correctie

Het Europese recht corrigeert niet alleen in negatieve, maar ook in positieve zin. Bij een correctie in positieve zin wordt van de nationale rechter verlangd dat hij iets aan het nationale recht "toevoegt". Wat precies en hoeveel valt niet altijd eenvoudig te bepalen. Wel is het Hof van Justitie de laatste jaren steeds meer van de nationale rechter gaan vragen.

4.4.6 Randvoorwaarden aan nationaal actie- en sanctierecht

Voor zijn verwerkelijking is het gemeenschapsrecht veelal op door het nationale recht geboden acties en sancties aangewezen. Een dergelijke afhankelijkheid bestaat, niet alleen voor zover strafrechtelijke handhaving van het gemeenschapsrecht aan de orde is,⁸⁰⁾ maar ook waar privaatrechtelijke acties en sancties aan een effectieve doorwerking van het gemeenschapsrecht moeten bijdragen.

Het Hof van Justitie stelt eisen aan de "kwaliteit" van het nationale recht voor zover het gemeenschapsrecht dat nationale recht als voertuig gebruikt. Zo is er een uitvoerige (en al wat oudere) rechtspraak over aanspraken op terugbetaling van bepaalde heffingen die aan het gemeenschapsrecht kunnen worden ontleend, maar die langs nationaal-(privaat)rechtelijke weg moeten worden gerealiseerd. Het nationale recht mag voor dergelijke, aan het gemeenschapsrecht ontleende aanspraken niet ongunstiger zijn dan voor vergelijkbare, maar in het nationale recht wortelende vorderingen. Bovendien mogen de modaliteiten van het nationale recht de aan het gemeenschapsrecht ontleende aanspraken niet illusoir maken.⁸¹⁾

In de loop van de jaren tachtig heeft het Hof van Justitie een principiële dimensie aan deze rechtspraak toegevoegd. Het Hof heeft als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht erkend, dat beroep in rechte mogelijk moet zijn in alle gevallen waarin de burger de uitoefening van fundamentele aan de communautaire rechtsorde ontleende rechten wordt geweigerd. Voor een legitimatie van dit beginsel wees het Hof op 'het constitutionele erfgoed dat alle Lid-Staten gemeen hebben' en op de artikelen 6 en 13 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens.⁸²⁾

4.4.7 De randvoorwaarden toegepast

Het Hof van Justitie heeft zich bij het toetsen van nationaal recht aan de door hem geformuleerde randvoorwaarden lange tijd zeer coulant betoond.

Zo sauveerde het Hof onder meer de in Nederlandse administratieve beroepsregelingen veelal voorkomende beroepstermijn van dertig dagen, ook voor zover het niet-inachtnemen van deze termijn tot onaantastbaarheid van de betrokken beschikking leidde en een (alsnog) daarover bij de burgerlijke rechter te voeren discussie uitsloot.⁸³⁾

Bepaald strenger was het Hof in die zaken, waarin de nationale, civielrechtelijke sancties op overtredingen van het gebod van gelijke behandeling van vrouwelijke en mannelijke werknemers aan de orde waren. Uit die rechtspraak laat zich afleiden dat het gemeenschapsrecht eisen stelt waaraan die sancties moeten voldoen. Een symbolische tegemoetkoming schiet in dat verband tekort. Met een symbolische tegemoetkoming zou een daadwerkelijke en doeltreffende rechtsbescherming niet zijn verzekerd.⁸⁴⁾

Nog weer verder ging het Hof toen het, wederom om een daadwerkelijke en doeltreffende rechtsbescherming te verzekeren, toemde aan het (nationaal-rechtelijke) schuldvereiste voor aansprakelijkheid voor een in diezelfde sfeer (gelijke behandeling) gelegen onrechtmatige daad.⁸⁵⁾

Het Hof berustte niet in de uit nationaal recht voor de kort geding-rechter voortvloeiende onmogelijkheid om in te grijpen in wetgeving die naar het (voorlopig) oordeel van de kort geding-rechter met gemeenschapsrecht in strijd is.⁸⁶⁾

Krachtig was ook de ingreep van het Hof toen opnieuw nationale beroepstermijnen aan de orde waren, nu in een situatie waarin een (gelijke behandelings)richtlijn niet tijdig was geïmplementeerd en betrokkene te lang had gewacht met haar poging de haar door die richtlijn toegedachte rechten te realiseren. In zo'n geval kan - volgens het Hof - de nationale beroepstermijn niet aan betrokkene worden tegengeworpen, zolang althans de richtlijn niet naar behoren is uitgevoerd.⁸⁷⁾

Nationaal recht dat discussie over de uit een (gelijke behandelings)richtlijn voortvloeiende rechten uitsluit, nog vóórdat de betrokken Lid-Staat die richtlijn (zoals artikel 189 van het EEG-Verdrag verlangt) in nationaal recht heeft omgezet, maakt die rechten in de visie van het Hof illusoir. Om die reden wordt dat nationale recht gecorrigeerd.

Als uiterste vorm van positieve correctie laat zich denken dat het Hof niet met een "oplappen" van nationaal actie- en sanctierecht volstaat maar dat nationale recht geheel of gedeeltelijk overboord zet en in plaats daarvan eigen actie- en sanctierecht formuleert. Dat was in wezen het geval in de al meermalen genoemde Francovich-zaak.⁸⁸⁾

Randvoorwaarden aan nationaal actie- en sanctierecht worden overigens niet alleen in de rechtspraak van het Hof van Justitie aangetroffen. In toeneemende mate verlangen ook communautaire regelingen een adequate rechtsbescherming van de burger voor zover aan het gemeenschapsrecht ontleende aanspraken in het geding zijn.⁸⁹⁾ Een positieve correctie van nationaal actie- en sanctierecht kan uiteraard ook langs de weg van harmonisatie worden aangebracht.

5. Enkele ontwikkelingen nader beschouwd

In verband met de totstandbrenging van de interne markt heeft de communautaire wetgever de afgelopen jaren een opmerkelijke activiteit aan de dag gelegd. Uitgangspunt was het zogenaamde Witboek van de Commissie, een uit 1985 daterend werkprogramma van maatregelen die voor de voltooiing van de interne markt nodig werden geacht.⁹⁰⁾ Het Witboek bevat 286 voorstellen en besluiten. Inmiddels is de magische datum van 1 januari 1993 verstreken, overigens zonder dat de wetgevende activiteiten van de Gemeenschap een einde hebben genomen: zo noemt het wetgevingsprogramma van de Commissie voor 1993 '100 nieuwe wetgevingsmaatregelen, waarbij moeten worden gevoegd 50 voorstellen voor wijziging, opneming of bijwerking van geldende besluiten, 19 codificatiemaatregelen en circa 50 gevallen van internationale overeenkomsten'.⁹¹⁾ De Commissie benadrukt dat haar programma zowel inhoudelijk als ten aanzien van het tijdschema 'indicatief' is en dat de daarin genoemde ontwerp-voorstellen nog zorgvuldig moeten worden onderzocht, onder meer in het licht van het subsidiariteitsbeginsel.

Het subsidiariteitsbeginsel zou inderdaad een rem kunnen blijken op nieuwe, wetgevende initiatieven op Europees niveau. Zo werd het beginsel met enige graagte aangegrepen door het Britse voorzitterschap dat een lijst presenteerde met zo'n 30 reeds ingediende of in voorbereiding zijnde voorstellen die in verband met het beginsel niet zouden moeten worden doorgezet.⁹²⁾ Enkele op deze lijst vermelde voorstellen (onder meer die met betrekking tot dierentuinen) lijken inderdaad kwetsbaar voor een toetsing aan het beginsel van de subsidiariteit. Anderzijds bevat de lijst ook voorstellen van grotere importantie, zoals die op het gebied van het vennootschapsrecht en die met betrekking tot de aansprakelijkheid voor diensten.

Het lijkt mij niet geheel zonder reden dat het subsidiariteitsbeginsel enige zorg oproept, onder meer vanuit oogpunt van consumentenbescherming. In een advies van het Economisch en Sociaal Comité van 24 november 1992 over 'De consument en de interne markt' wordt deze zorg verwoord.⁹³⁾ Het Comité wijst erop dat een eenzijdige interpretatie van het beginsel ertoe zou

kunnen leiden dat alle EG-maatregelen die niet absoluut nodig zijn voor de voltooiing van de interne markt in de ijskast belanden. Dit zou kunnen leiden tot een 'regulatory gap', nu anderzijds de algemene verdragsbepalingen de handelingsvrijheid van de Lid-Staten sterk beknotten.

Voor een bepaling van de richting waarin het Europese privaatrecht zich verder zal ontwikkelen, is het subsidiariteitsbeginsel zeker van belang. Het subsidiariteitsbeginsel zou tot een verkleining van de rol van de communautaire wetgever, ook bij de vorming van Europees privaatrecht, kunnen leiden.

Voorts is het van belang dat zich de afgelopen jaren een aantal belangrijke ontwikkelingen in de rechtspraak van het Hof van Justitie heeft voorgedaan. Deze ontwikkelingen zijn in de literatuur niet ten onrechte met de vorming van Europees privaatrecht in verband gebracht.⁹⁴⁾ Het Hof van Justitie lijkt (ook) bij de vorming van Europees privaatrecht een voorsprong op de gemeenschapswetgever te hebben genomen. Alhoewel de bedoelde ontwikkelingen bij de bespreking van de vier soorten Europees privaatrecht al werden aangestipt, zijn zij van zo groot belang dat een nadere bespreking daarvan niet achterwege mag blijven.

5.1 Verticale en horizontale werking van gemeenschapsrecht

Privaatrecht werkt vooral in de relatie tussen rechtssubjecten onderling. Het beheerst vooral horizontale betrekkingen.

Dat laatste geldt niet voor het gemeenschapsrecht. Alhoewel soms ook het gemeenschapsrecht horizontaal werkt, beheerst het toch vooral de "verticale" betrekking tussen de instellingen, de Lid-Staten en de burgers. Veel normen van gemeenschapsrecht zijn in overeenstemming hiermee tot de Lid-Staten (en niet tot de burgers) gericht.

Normen van gemeenschapsrecht die tot de Lid-Staten zijn gericht, werken veelal slechts verticaal. Die verticale werking houdt in dat de burger de betrokken norm slechts tegen de overheid en niet tegen andere particulieren kan inroepen. Het gemeenschapsrecht mist in zo'n geval horizontale werking.

Het probleem van de horizontale of verticale werking van het gemeenschapsrecht staat in beginsel los van de door het Hof van Justitie ontwikkelde leerstukken van de rechtstreekse werking en het primaat van het rechtstreeks werkende gemeenschapsrecht. Met de rechtstreekse werking en de voorrang van een tot de Lid-Staten gerichte norm van gemeenschapsrecht is

nog niet gegeven, dat deze norm ook tegen particulieren kan worden ingeroepen.

Horizontale werking ontbreekt onder meer in die gevallen waarin het Hof van Justitie aan (niet tijdig en correct in nationaal recht omgezette) richtlijn-bepalingen rechtstreekse werking toekent. Het ontbreken van horizontale werking van zulke bepalingen vloeit voort uit de gedachtengang op grond waarvan het Hof van Justitie (in weerwil van artikel 189 EEG-Verdrag) rechtstreekse werking van zich daarvoor lenende bepalingen van richtlijnen aanneemt. Kort gezegd komt die gedachtengang erop neer dat het niet zou aangaan als de in gebreke zijnde overheid zich achter het eigen verzuim zou kunnen verschuilen (het Angelsaksische "estoppel"-beginsel). De in gebreke zijnde overheid mag de burger die bepaalde, hem door een richtlijn toegedachte rechten wil realiseren, niet tegenwerpen dat de richtlijn (in strijd met artikel 189 EEG-Verdrag) nog niet in nationaal recht is omgezet. Daarentegen treft andere particulieren in zo'n situatie geen verwijt. Daarom kan een particulier zich er wel op beroepen dat een richtlijn die zijn wederpartij hem voorhoudt, nog niet in nationaal recht is omgezet.⁹⁵⁾

Bij de Hoge Raad was het ontbreken van horizontale werking van richtlijnen aan de orde in de zaak van Van den Brand tegen R.K. Parochie Zoete Naam Jezus te Oeffelt.⁹⁶⁾ Inzet van deze zaak was de gelding van artikel 2 lid 1 onder d BBA, zoals dit artikel tot 1 januari 1989 luidde. Volgens het artikel was de ontslagbescherming van het BBA niet van toepassing op arbeidsverhoudingen van 'vrouwelijke werknemers die uitsluitend of in hoofdzaak huishoudelijke of persoonlijke diensten in de huishouding van private personen verrichten'. Van den Brand, werkneemster van de parochie, verrichtte voor halve dagen huishoudelijke diensten ten behoeve van de pastoor. Na een periode van ziekte werd zij zonder toestemming van de directeur van het GAB ontslagen. In cassatie nam Van den Brand onder meer het standpunt in dat de genoemde bepaling van het BBA, waarin uitsluitend aan vrouwelijke werknemers een bepaalde vorm van ontslagbescherming werd onthouden, strijdig was met (gelijke behandelings)richtlijn 76/207/EEG.⁹⁷⁾ De parochie kon (in de visie van Van den Brand) in verband met die strijdigheid op de bepaling geen beroep doen, zodat het verleende ontslag wegens het ontbreken van de toestemming van de directeur van het GAB nietig was. De Hoge Raad verwees echter naar het Marshall-arrest en oordeelde dat de richtlijn niet rechtstreeks tegenover de parochie (een particulier in de zin van dat arrest) kon worden ingeroepen.

In theorie vormt het ontbreken van horizontale werking van veel bepalingen van gemeenschapsrecht een ernstige belemmering voor de groei van Europees privaatrecht. Voor haar werking in horizontale verhoudingen zijn

dergelijke bepalingen immers op nationale implementatie aangewezen. Bij ontbreken van een (correcte) implementatie in nationaal recht blijft op de door deze bepalingen bestreken gebieden in horizontale relaties niet geharmoniseerd (en van communautaire bepalingen afwijkend) nationaal privaatrecht van toepassing.

De leer van de verticale werking wordt echter met weinig gestrengheid toegepast. Zeker is dat het geval waar tot de Lid-Staten gerichte verdragsbepalingen in het geding zijn. Het Hof heeft er meer dan eens blijk van gegeven horizontale werking van zulke bepalingen niet uit te sluiten.

Zo is het Hof van Justitie er niet voor teruggeschrokken de "uitwassen" van de rechten van industriële en commerciële eigendom via de (tot de Lid-Staten gerichte) artikelen 30 e.v. van het EEG-Verdrag (vrij verkeer van goederen) aan te pakken. In een geschil tussen justitiabelen vindt de recht-hebbende het beroep op zijn rechten van industriële en commerciële eigen-dom geblokkeerd, omdat de nationale wetgeving die een bepaalde uitoe-fening van die rechten mogelijk maakt, als een verboden maatregel van gelij-ke werking als een kwantitatieve invoerbeperking wordt opgevat. De artike-len 30 e.v. werken aldus beschouwd wel degelijk in horizontale verhoudin-gen door.⁹⁸⁾

Al eerder werd erop gewezen dat het Hof ook aan artikel 119 van het EEG-Verdrag (gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers) horizontale werking heeft toegekend. Dit ondanks het feit dat de bepaling zich met zoveel woorden (slechts) tot 'iedere Lid-Staat' richt.⁹⁹⁾

Op grond van de rechtspraak van het Hof van Justitie is er evenmin twijfel over de horizontale werking van het in de artikelen 7, 48 en 59 van het Verdrag vervatte verbod van discriminatie naar nationaliteit.¹⁰⁰⁾ Ook deze bepalingen kunnen dus in geschillen tussen particulieren (bijvoorbeeld over uitsluiting van buitenlanders voor het lidmaatschap van een bepaalde beroepsvereniging) worden ingeroepen.

Meer volhardend is het Hof van Justitie in het afwijzen van horizontale werking van richtlijnen. Die volharding vloeit voort uit de motivering van de (onder omstandigheden) rechtstreekse werking van richtlijnen, die op het in gebreke zijn van de betrokken Lid-Staat teruggaat. Ook het ontbreken van horizontale werking van richtlijnen is echter een minder absoluut gegeven dan het lijkt: vooral de hierna te bespreken en door het Hof van Justitie van de nationale rechter verlangde "richtlijn-conforme" interpretatie van nationaal recht kan naar resultaat een horizontale werking van richtlijnbe-palingen benaderen.

5.2 Verdrags- en richtlijn-conforme interpretatie

De Hoge Raad is al vele jaren gewend nationaal recht verdrags- of richtlijn-conform te interpreteren.¹⁰¹⁾ Verdrags- en richtlijnconforme interpretatie kan dienen om (met supranationaal recht strijdige) nationale bepalingen langs de weg van interpretatie te repareren. Onvolkomenheden in de nationale wetgeving worden weggeïnterpreteerd, waarbij de nationale rechter uitgaat van de veronderstelde bedoeling van de nationale wetgever om zijn produkten met het hogere (internationale) recht in overeenstemming te laten zijn. Zeker waar nationale wetgeving ter uitvoering van communautaire richtlijnen aan de orde is, valt er veel voor die benadering te zeggen: inderdaad mag de nationale rechter er bij zijn interpretatie van die wetgeving van uitgaan dat de wetgever heeft bedoeld de desbetreffende richtlijnen correct om te zetten.

Naar Nederlands recht reiken de rechterlijke interpretatiemogelijkheden ver. Zelfs voor een contra legem-interpretatie zal de nationale rechter niet altijd terugschrikken. Daarbij doet de burgerlijke rechter niet voor de administra-tieve rechter onder. Waar nog van een zekere schroom sprake is, wordt die vooral bij de administratieve rechter aangetroffen.¹⁰²⁾

5.2.1 Richtlijnconforme interpretatie als communautaire verplichting

Of en in hoeverre de nationale rechter het gemeenschapsrecht langs inter-pretatieve weg een helpende hand biedt, is niet uitsluitend een kwestie van goedheid van de nationale rechter. Inmiddels is een rechterlijke uitleg van nationaal recht, zoveel mogelijk in overeenstemming met het gemeen-schapsrecht, door het Hof van Justitie tot rechtsplicht verheven.¹⁰³⁾ De natio-nale rechter maakt deel uit van dezelfde overheid als waartoe verdragsbepalingen en richtlijnen zich richten. Bovendien geldt ook voor de nationale rechter het beginsel van de gemeenschapstrouw, dat in artikel 5 van het EEG-Verdrag is verankerd en op grond waarvan de Lid-Staten (en dus ook hun rechterlijke macht) 'alle algemene of bijzondere maatregelen (treffen) welke geschikt zijn om de nakoming van de uit dit Verdrag of uit handelinge-n van de Instellingen der Gemeenschap voortvloeiende verplichtingen te verzekeren' en zij 'de vervulling van haar taak (vergemakkelijken)'. Ook de nationale rechter moet dus al het mogelijke doen om het gemeenschapsrecht (ook voor zover dit niet rechtstreeks en/of horizontaal werkt) tot gelding te brengen.

De grenzen aan deze verplichting van de nationale rechter zijn niet geheel duidelijk. Zo is het de vraag of de nationale rechter ermee kan volstaan het uiterste te doen binnen het raam van zijn nationale recht, dan wel de grenzen van zijn mogelijkheden naar nationaal recht zonodig moet doorbreken.

Ook is het de vraag of (wat naar mijn mening voor de hand ligt) richtlijnconforme interpretatie niet in elk geval zou moeten ophouden daar waar zij in wezen tot horizontale, rechtstreekse werking van niet uitgevoerde richtlijnen zou leiden. Het lijkt mij weinig consistent de horizontale werking van richtlijnen principieel van de hand te wijzen om de nationale rechter vervolgens te dwingen die horizontale werking langs de weg van rechterlijke interpretatie te realiseren, zonodig met doorbreking van de beperkingen die uit het nationale recht van de rechter voortvloeien.¹⁰⁴⁾

5.2.2 De zaak *Marleasing*

Het Hof van Justitie lijkt te verlangen dat de nationale rechter in de richtlijnconforme interpretatie van nationaal recht ver gaat.

Een goed voorbeeld is het arrest inzake *Marleasing*.¹⁰⁵⁾

De zaak *Marleasing* betrof de eerste richtlijn van de Raad tot harmonisatie van het vennootschapsrecht.¹⁰⁶⁾ Deze richtlijn somt in artikel 11 onder meer de gevallen op waarin de nietigheid van vennootschappen kan worden uitgesproken. Over het limitatieve karakter van deze opsomming kan geen misverstand bestaan: de laatste alinea van de genoemde bepaling luidt: 'Buiten deze gevallen van nietigheid geldt er voor de vennootschappen geen enkele grond van onbestaanbaarheid, van absolute nietigheid, van relatieve nietigheid of van vernietigbaarheid'.

De artikelen 1261 en 1275 van het Spaanse BW ontzeggen rechtsgevolg aan overeenkomsten zonder oorzaak of met een ongeoorloofde oorzaak. In het geschil dat tot de prejudiciële verwijzing leidde, vorderde *Marleasing* op grond van deze artikelen nietigverklaring van de overeenkomst tot oprichting van de vennootschap *La Comercial*, onder meer wegens het ontbreken van een oorzaak. Het ontbreken van een oorzaak komt in de uitputtende opsomming van artikel 11 van de richtlijn echter niet voor.

In het arrest, waarin het Hof van Justitie herhaalt dat de bepalingen van een richtlijn als zodanig niet tegen particulieren kunnen worden ingeroepen, benadrukt het anderzijds dat de nationale rechter verplicht is zijn nationale recht uit te leggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, 'teneinde te voorkomen dat de nietigheid van een naamloze vennootschap wordt uitgesproken op een andere dan de in artikel 11 genoemde gronden'.¹⁰⁷⁾ Dat laatste lijkt een resultaatsverplichting. Dat het Hof met minder dan een richtlijnconform resultaat waarschijnlijk geen genoegen neemt, blijkt ook uit de rechtsoverweging waarin het Hof concludeert 'dat het vereiste om het nationale recht overeenkomstig artikel 11 van richtlijn 68/151 uit te leggen, eraan in de weg staat om de nationale bepalingen

betreffende de naamloze vennootschap zodanig uit te leggen, dat de nietigheid van een naamloze vennootschap kan worden uitgesproken op andere dan de in artikel 11 van de betrokken richtlijn limitatief opgesomde gronden'.¹⁰⁸⁾

Ook na het arrest inzake *Marleasing* wordt in de literatuur wel verdedigd dat het Hof van Justitie niet van de nationale rechter verlangt zich te forceren.

Timmermans stelt in zijn annotatie van het arrest in SEW dat de verplichting van de nationale rechter tot richtlijnconforme uitleg slechts geldt in de mate van het mogelijke en dat over wat mogelijk is, het laatste woord aan de nationale rechter zelf is. Ook wijst Timmermans op de noodzakelijke aanwezigheid van een kapstok in het nationale recht ('een nationale opvangnorm'), waaraan de richtlijnconforme interpretatie kan worden opgehangen.¹⁰⁹⁾

Prechal meent eveneens dat het Hof van Justitie niet het onmogelijke vraagt van de nationale rechter: de nationale rechter hoeft niet van een koe een hond te maken. Zie ik het wel, dan verschilt zij echter in zoverre van mening met Timmermans dat in haar visie de vraag naar het mogelijke niet vanuit nationaalrechtelijk maar vanuit Europeesrechtelijk perspectief moet worden beantwoord. De nationale rechter die nationaal recht richtlijnconform interpreteert, doet dat krachtens de (onder meer) door artikel 5 van het EEG-Verdrag op de Lid-Staten gelegde verplichtingen; het ligt voor de hand dat de omvang van die verplichtingen (waaronder die van de rechterlijke macht van de Lid-Staten tot richtlijnconforme interpretatie van nationaal recht) niet naar nationaal recht maar naar gemeenschapsrecht wordt bepaald.¹¹⁰⁾

Zowel Timmermans als Prechal gaan ervan uit dat de door het Hof van Justitie opgelegde interpretatie van het Spaanse recht vallen binnen de grenzen van de interpretatiemogelijkheden van de Spaanse rechter.

Volgens Timmermans zou de richtlijnconforme interpretatie geen kans hebben gekregen als een analogische toepassing van het commune nietigheidsregime naar Spaans recht niet mogelijk ware geweest (mijns inziens had het probleem zich dan in het geheel niet voorgedaan!) of juist omgekeerd de nietigheidsgrond van de ongeoorloofde oorzaak in een vaste rechtspraak voor vennootschappen zo ruim zou zijn uitgelegd dat ook paulianeuze drijven daaronder zouden vallen.

Volgens Prechal zou uit het rapport ter terechtzitting en uit de conclusie van de A-G blijken dat het Spaanse recht wel degelijk ruimte voor een richtlijn-

conforme interpretatie bood. In haar visie heeft het Hof (dat impliciet in een beoordeling van het Spaanse recht zou zijn getreden) zich daardoor ook laten leiden. De mogelijkheden die het Spaanse recht bood, waren echter niet onomstreden. Ter zitting had de raadsman van Marleasing betoogd dat de verlangde richtlijnconforme interpretatie naar Spaans recht niet mogelijk was en de rechtszekerheid zou schenden. Volgens Prechal hebben A-G en Hof, die geheel aan dit betoog zijn voorbijgegaan, de door de raadsman van Marleasing bedoelde inbreuk op de rechtszekerheid kennelijk onvoldoende ernstig gevonden.

Graag zou ik met Timmermans en Prechal willen aannemen dat het Hof zich inderdaad rekenschap heeft gegeven van de mogelijkheden die het Spaanse recht bood. Ik worstel echter met het probleem dat ik daarvan in het arrest niets terugvind. Als de mogelijkheden van de Spaanse rechter (al dan niet vanuit Europeesrechtelijk perspectief bepaald) inderdaad essentieel zijn, dan had men toch tenminste mogen verwachten dat het Hof daarover iets zou hebben gezegd. Het Hof heeft echter gezwegen. Om (zoals Prechal doet) uit dat stilzwijgen af te leiden dat het Hof impliciet is getreden in een beoordeling van het Spaanse recht en dat het Hof zelfs een door één der partijen bepleite onmogelijkheid van richtlijnconforme uitleg naar nationaal recht (en een daardoor te plegen inbreuk op de rechtszekerheid) heeft gewogen en te licht heeft bevonden, gaat mij wat ver. Ik vrees dan ook dat ermee rekening moet worden gehouden dat de woorden 'zoveel mogelijk' in de opdracht aan de nationale rechter om zijn nationale recht 'zoveel mogelijk' richtlijnconform uit te leggen, bij een verdere ontwikkeling van de rechtspraak van het Hof betrekkelijk hol zullen blijken.

Als het Hof van Justitie in zijn opvatting van de verplichting om nationaal recht richtlijnconform uit te leggen zover gaat als ik vrees, dan vervagen de grenzen tussen verordeningen en richtlijnen. Het - als uitgangspunt - ontbreken van rechtstreekse toepasselijkheid van richtlijnen in de Lid-Staten en de beperking van de directe inroepbaarheid van richtlijnen tot geschillen tussen burger en overheid hebben weinig betekenis meer, als de nationale rechter langs de weg van interpretatie van nationaal recht het door de richtlijn beoogde resultaat hoe dan ook (en zonodig met doorbreking van nationaal-rechtelijke beperkingen) zal moeten bewerkstelligen.

5.2.3 Grenzen aan de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie

Niettemin zullen er ook bij de meest vergaande opvatting over de rechterlijke plicht tot richtlijnconforme interpretatie grenzen zijn aan de mogelijkheden.

In de eerste plaats lijken die grenzen mij daar te liggen, waar het realiseren

van het door de richtlijn beoogde resultaat de machten van de rechter in absolute zin te boven gaat en waar andere vormen van overheidsinterventie noodzakelijk zijn dan die welke de rechter kan bieden. Dit laatste was het geval in de Francovich-zaak.¹¹¹⁾ Als een Lid-Staat in gebreke blijft met het organiseren van een stelsel waarin bepaalde financiële aanspraken van werknemers bij insolventie van de werkgever zijn gewaarborgd, is er een gat waarin ook de nationale rechter niet kan voorzien. Hooguit kan de nationale rechter in zo'n situatie de Lid-Staat voor zijn verzuim aansprakelijk houden.

Een noodgedwongen terugtreden van de rechter is in de nationale rechts-sfeer overigens niet zonder precedent. Ook de nationale rechter moet het soms laten bij de constatering dat de door hem gesignaleerde strijd met hoger recht slechts door andere staatsorganen (met name de wetgever) kan worden opgelost. Een dergelijke constatering lag besloten in een arrest van de Hoge Raad over discriminatoire aspecten van de Nederlandse nationaliteitswetgeving.¹¹²⁾

Een tweede grens aan de mogelijkheden van richtlijnconforme interpretatie die - naar ik verwacht - niet licht zal worden doorbroken is van meer principiële aard. In het Kolpinghuis-arrest heeft het Hof van Justitie beslist dat de verplichting van de nationale rechter tot richtlijnconforme interpretatie haar begrenzing vindt in de algemene rechtsbeginselen, met name het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht.¹¹³⁾ Met het oog op die rechtsbeginselen achtte het Hof het niet toelaatbaar dat een strafvervolgning mede werd gegrond op de bepalingen van een niet uitgevoerde richtlijn. Volgens het Hof kan een richtlijn niet uit zichzelf en onafhankelijk van een door een Lid-Staat ter uitvoering van de richtlijn vastgestelde nationale wet bepalend zijn voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van degenen die in strijd met haar bepalingen handelen, noch deze aansprakelijkheid verzwaren.

Strikt genomen betrof het arrest inzake Kolpinghuis geen geval van horizontale werking. In het arrest was niet een (horizontale) verhouding tussen particulieren, maar de (verticale) verhouding tussen de (vervolgende) overheid en een (verdachte) burger aan de orde. Niet een andere particulier, maar de overheid (het openbaar ministerie) trachtte de bepalingen van een niet omgezette richtlijn rechtstreeks jegens een particulier te laten werken. Het Kolpinghuis-arrest betrof, zo zou men kunnen zeggen, een geval van "omgekeerd" verticale werking.

De vraag zou kunnen rijzen of de grenzen die het Hof van Justitie aan de verplichting van de nationale rechter tot richtlijnconforme interpretatie stelt,

verschillen al naar gelang de overheid dan wel een andere particulier die richtlijnconforme interpretatie inroept. De burger behoeft zich (zo zou de gedachtengang kunnen zijn) van de in gebreke zijnde overheid minder te laten "aanleunen" dan van een andere burger; om die reden zou een beroep van de overheid op richtlijnconforme interpretatie wellicht kritischer moeten worden beoordeeld dan wanneer een andere burger richtlijnconforme interpretatie van niet aangepast nationaal recht voorstaat. In deze gedachtengang is het de vraag, of de criteria van het Kolpinghuis-arrest onverkort van toepassing zijn op richtlijnconforme interpretatie van nationaal recht in werkelijk horizontale verhoudingen.

Naar mijn opvatting verschillen de grenzen aan de verplichting van de nationale rechter tot richtlijnconforme interpretatie niet, al naar gelang de overheid dan wel een andere burger die richtlijnconforme interpretatie inroept.

Met de rechtstreekse werking van een nog niet (naar behoren) uitgevoerde richtlijn in een strafzaak (omgekeerd verticale werking), zijn de door het Hof ingeroepen rechtsbeginselen, onder meer het beginsel van rechtszekerheid, stellig in het geding. Dat geldt echter evenzeer als de rechtstreekse werking van een nog niet (correct) uitgevoerde richtlijn civielrechtelijke verplichtingen jegens andere particulieren (horizontale werking) met zich meebrengt. Althans in economische zin is het een niet erger dan het ander. Civielrechtelijke verplichtingen kunnen op een bedrijf zwaarder drukken dan de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor een geringe overtreding. Als rechtsbeginselen zich tegen omgekeerd verticale werking verzetten, zie ik niet in waarom zij horizontale werking zouden toelaten.

5.2.4 Richtlijnconforme interpretatie en rechtszekerheid

Het is niet geheel duidelijk, wanneer de rechtszekerheid zich in de ogen van het Hof van Justitie tegen richtlijnconforme interpretatie verzet. Richtlijnconforme interpretatie mag de justitiabele kennelijk niet overrompelen. Het arrest inzake Marleasing lijkt erop te wijzen dat niet snel zal worden aangenomen dat een richtlijnconforme interpretatie de burger overrompelt. Dat is echter niet consistent met andere rechtspraak op grond waarvan de burger in beginsel niet bekend mag worden verondersteld met de inhoud van richtlijnen die (nog) niet correct in nationaal recht zijn omgezet.

In de Emmott-zaak besliste het Hof dat de Lid-Staten hun burgers nationale beroepstermijnen niet mogen tegenwerpen, als het beroep van de burger strekt tot het realiseren van rechten die uit nog niet naar behoren in nationaal recht omgezette richtlijnen voortvloeien: 'Zolang een richtlijn niet naar behoren in nationaal recht is omgezet, zijn particulieren niet in staat, de pre-

cieze omvang van hun rechten te kennen. Deze voor particulieren onzekere situatie blijft zelfs bestaan nadat het Hof in een arrest heeft beslist, dat de betrokken Lid-Staat niet aan zijn verplichtingen uit de richtlijn heeft voldaan, en zelfs indien het Hof heeft beslist, dat een van de bepalingen van de richtlijn voldoende duidelijk en onvoorwaardelijk is om voor de nationale rechter te kunnen worden ingeroepen'.¹¹⁴⁾

Naar het Hof vaststelt, bestaat door het niet naar behoren omzetten van een richtlijn in nationaal recht zoveel onzekerheid dat in verband daarmee zelfs nationale beroepstermijnen kunnen worden doorbroken. Diezelfde onzekerheid lijkt zich er ook tegen te verzetten dat de nog niet omgezette richtlijn (met de inhoud waarvan de justitiabelen dus niet bekend mogen worden verondersteld) als een duvel uit een doosje opduikt in het kader van een naar nationaal recht onwaarschijnlijke maar wel richtlijnconforme interpretatie.

De Emmott-leer gaat ervan uit dat de burger niet bekend is met de inhoud van richtlijnen die (nog) niet naar behoren in nationaal recht zijn omgezet. Als de nationale rechter dit uitgangspunt ook hanteert bij een vaststelling van de grenzen die het rechtszekerheidsbeginsel aan de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie stelt, dan moge duidelijk zijn dat hij die grenzen snel zal bereiken.

Of het beginsel van rechtszekerheid voldoende recht is gedaan in de al eerder besproken zaak Marleasing, is voor mij zeer de vraag. Ook is het voor mij de vraag of de Hoge Raad dat beginsel voldoende in acht heeft genomen in de zaak Dekker, waarin eveneens van richtlijnconforme interpretatie sprake was.¹¹⁵⁾

De zaak Dekker betrof de weigering van een werkgever om met een overigens geschikt bevonden sollicitante een arbeidsovereenkomst aan te gaan. Die weigering hield verband met de zwangerschap van de candidate en was om die reden (uit oogpunt van het beginsel van gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers) suspect. De werkgever beriep zich er echter op dat onder de omstandigheden van het geval voor de periode waarover de candidate (voorzienbaar) afwezig zou zijn geen recht op uitkering van ziekengeld zou bestaan en dat het daarom financieel onmogelijk zou zijn om voor die periode een vervanger aan te stellen. De afgewezen candidate verweet de werkgever niettemin een onrechtmatige daad, gelegen in een schending van de Wet op de gelijke behandeling van mannen en vrouwen en van het daarbij ingevoegde artikel 1637ij BW.

Rechtbank en Hof stelden de werkgever in het gelijk. Zij achtten het besluit

van de werkgever gerechtvaardigd en meenden althans dat de werkgever onder de omstandigheden van het geval geen schuld trof.

De Hoge Raad stelde voorop dat de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen blijkens haar considerans strekt tot aanpassing van de Nederlandse wetgeving aan de richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 9 februari 1976 inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Dit brengt volgens de Raad mee 'dat voor de uitleg van die wet en van art. 1637ij lid 1 eerste zin, klaarheid moet bestaan over de draagwijdte van de te dezen relevante bepalingen van de genoemde richtlijn van 9 febr. 1976 (76/207), in het bijzonder van de art. 2 en 3'. Daarom stelde de Hoge Raad prejudiciële vragen, er onder meer op neerkomende of het ontbreken van schuld of de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond aan toewijzing van een (op onrechtmatige daad gebaseerde) vordering als de onderhavige in de weg zou kunnen staan.

Het Hof van Justitie beantwoordde deze vragen in ontkennende zin. Het vereiste van schuld of van de afwezigheid van een rechtvaardigingsgrond zou volgens het Hof een daadwerkelijke en doeltreffende rechtsbescherming tegen inbreuken op het beginsel van gelijke behandeling en daarmee het nuttig effect van dit beginsel aantasten.

De Hoge Raad was vervolgens snel met de zaak klaar. Uit de prejudiciële uitspraak vloeide volgens de Hoge Raad voort dat de werkgever in strijd met artikel 1637ij BW had gehandeld en dat de gevolgen van dat handelen voor zijn rekening komen, ongeacht de vraag of aan zijn zijde schuld moet worden aangenomen.

In de literatuur is gesuggereerd dat het Hof van Justitie in zijn arrest inzake Dekker de grenzen van de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie nader zou hebben bepaald.¹¹⁶⁾ Dat lijkt mij onjuist. De Hoge Raad heeft niet meer gevraagd (en niet meer gekregen) dan een uitleg van de richtlijn. Dat de nationale wet richtlijnconform moet (en kennelijk ook kan) worden uitgelegd, heeft de Hoge Raad eigener beweging beslist. In het arrest inzake Dekker heeft het Hof van Justitie over de verplichting en de mogelijkheden van de nationale rechter tot richtlijnconforme interpretatie niets vastgesteld.

De Hoge Raad neemt kennelijk (en overigens stilzwijgend) aan dat richtlijnconforme interpretatie mogelijk is en dat (onder meer) het rechtszekerheidsbeginsel zich daartegen in het gegeven geval niet verzet. Die beslissing is minst genomen opmerkelijk.

De nationale wetgever heeft ervoor gekozen dat schendingen van het beginsel van gelijke behandeling langs "normale", privaatrechtelijke weg worden

gesanctioneerd. Acties van een afgewezen sollicitante moeten worden gegrond op (thans) artikel 6:162 BW en zijn aan de vereisten van die bepaling onderworpen. De geschiedenis van totstandkoming van de Wet op de gelijke behandeling van mannen en vrouwen biedt geen enkel aanknopingspunt voor de gedachte dat schuld in subjectieve zin daarbij geen rol zou spelen.¹¹⁷⁾ Ook de tekst van de betrokken richtlijn wijst niet in die richting. Weliswaar verplicht zij (in artikel 6) de Lid-Staten om een ieder die door een discriminatie meent te zijn benadeeld, de mogelijkheid te bieden 'zijn rechten voor het gerecht te doen gelden', maar dat is nog geen verplichting tot het aanvaarden van aansprakelijkheid zonder schuld in subjectieve zin. Ook uit de tot dan bekende rechtspraak van het Hof, waarin weliswaar een doeltreffende rechtsbescherming werd verlangd, kon zo'n verplichting niet worden afgeleid.

Dat een nationaalrechtelijk schuldvereiste het nuttig effect van het beginsel van gelijke behandeling in een voor het Hof ontoelaatbare mate zou bedreigen, lijkt mij een opvatting waarop de particuliere werkgever niet bedacht behoefde te zijn. Evenmin behoefde hij erop bedacht te zijn dat het op hem zou worden afgewenteld dat de toepasselijke regeling inzake ziekengeld voor het gegeven geval (nog) niet in uitkering van ziekengeld voorzag. A-G Mok noemde zo'n afwentelen in zijn conclusie voor het tussenarrest (waarin hij overigens - zonder een prejudiciële verwijzing voor te stellen - tot verwerping van het cassatieberoep van de afgewezen kandidaat concludeerde) niet aanvaardbaar.

In de zaak Kolpinghuis ging het om leidingwater waaraan koolzuur was toegevoegd en dat als natuurlijk mineraalwater werd verkocht. Van samenstelling ondeugdelijke waar mocht op grond van het toepasselijke nationale recht niet worden verhandeld. Om invulling te geven aan het begrip "ondeugdelijk" werd een beroep gedaan op een (nog) niet omgezette richtlijn, die eisen stelt aan produkten die onder de naam natuurlijk mineraalwater worden verkocht. Als in die feitelijke constellatie de rechtszekerheid zich tegen richtlijnconforme interpretatie verzet, meen ik dat dit a fortiori ook in de zaak Dekker het geval was.

5.2.5 Richtlijnconforme interpretatie: uitleg of bijzondere demarche?

In die gevallen waarin richtlijnconforme interpretatie is aangewezen, behoort die interpretatie naar mijn mening onderdeel te zijn van de "normale" uitleg van de betrokken rechtsnorm. Het zou niet zo moeten zijn, dat de rechter voor een bepaalde interpretatie kiest, om die interpretatie vervolgens en slechts voor het aan de orde zijnde geval "richtlijnconform" te corrigeren.

De nationale rechtsnorm zou steeds uitgangspunt moeten zijn, ook als het gaat om materie die binnen het bereik valt van communautaire richtlijnen waarvan de omzettingstermijn reeds is verstreken. Die nationale rechtsnorm moet vervolgens richtlijnconform worden geïnterpreteerd. Biedt die richtlijnconforme interpretatie geen soelaas, dan kan vervolgens de vraag rijzen naar de directe werking van de richtlijn. Ontbreekt ook directe werking, dan kan (in laatste instantie) wellicht de Francovich-leer uitkomst bieden.

In de rechterlijke praktijk worden de zaken soms omgekeerd.

Het komt voor dat de rechter niet de nationale uitvoeringswet maar de rechtstreeks werkende richtlijnbeplating als uitgangspunt kiest. De nationale uitvoeringswet blijft dan min of meer buiten beschouwing.¹¹⁸⁾ Alhoewel dit (in situaties waarin de richtlijnbeplating inderdaad rechtstreeks werkt en tegen de overheid wordt ingeroepen) naar resultaat geen verschil zou mogen maken, lijkt zo'n benadering mij niet juist.

Het lijkt mij ook niet juist om de vraag naar de richtlijnconforme interpretatie van de nationale norm bij die naar de directe werking van de richtlijnbeplating achter te stellen. Waartoe een dergelijke benadering kan leiden, blijkt uit een recente uitspraak van de Afdeling voor de geschillen van bestuur van de Raad van State.¹¹⁹⁾

Inzet van die zaak was artikel 16b van de Wet chemische afvalstoffen. Dat artikel voorziet in ruimere gronden om bezwaar te maken tegen uitvoer van gevaarlijke afvalstoffen dan een communautaire richtlijn toestaat. De Afdeling verwijst naar eerdere uitspraken waarin zij had geconstateerd dat het bedoelde wetsartikel zich niet verdraagt met de betrokken richtlijnbeplating 'en mitsdien, gelet op art. 94 van de Grondwet, buiten toepassing moet worden gelaten'. Na te hebben overwogen dat er geen aanleiding bestaat op die eerdere uitspraken terug te komen, oordeelt de Afdeling dat derhalve 'toepassing van art. 16b eerste lid van de Wet chemische afvalstoffen, waarbij aansluiting wordt gezocht bij de in bedoeld artikel van de Richtlijn gestelde eisen, of anders gezegd een zogenaamde richtlijnconforme interpretatie, evenmin (kan) plaatsvinden'.

De Afdeling lijkt richtlijnconforme interpretatie af te wijzen, omdat aan een (wegens strijd met de richtlijn) onverbindende nationale wet niets meer te interpreteren valt. Dat zet de zaken echter op hun kop. Pas na uitleg (die volgens het Hof van Justitie zoveel mogelijk richtlijnconform moet zijn) kan men een oordeel over de verenigbaarheid van de nationale norm (en de toepasselijkheid of, zo men wil, de verbindendheid daarvan) vellen.

Addink, die de uitspraak in Milieu en Recht heeft geannoteerd, stemt met de benadering van de Afdeling in.¹²⁰⁾ Als de vraag naar de rechtstreekse werking is beantwoord, komt men volgens Addink aan de richtlijnconforme interpretatie niet meer toe. Ik zie dat anders: richtlijnconforme interpretatie kan ertoe leiden dat aan de noodoplossing van de rechtstreekse toepassing van de richtlijnbeplating geen behoefte meer bestaat.

5.2.6 Vanaf welk moment richtlijnconforme interpretatie?

Zeker in de benadering dat richtlijnconforme interpretatie onderdeel zou moeten zijn van de "normale" uitleg die de rechter hoe dan ook aan toepasselijk nationaal recht moet geven, kan er aanleiding zijn richtlijnen in die uitleg te betrekken, al voordat de omzettingstermijn is verstreken. Een reeds in dat stadium richtlijnconforme interpretatie ligt zelfs voor de hand, als (tijdig totstandgekomen) nationale uitvoeringswetgeving aan de orde is. Als nationale uitvoeringswetgeving nog ontbreekt, kan de richtlijn al wel een duidelijk zicht geven op de contouren van de wetgeving zoals die in de toekomst zal (moeten) gelden; onder omstandigheden kan dat tot anticipatie aanleiding geven.¹²¹⁾

In de literatuur wordt wel verdedigd dat uit de rechtspraak van het Hof van Justitie (en met name uit het Kolpinghuis-arrest) zou voortvloeien dat de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie reeds vanaf de dag van inwerkingtreding van de richtlijn (en niet eerst vanaf het moment waarop de omzettingstermijn verstrijkt) zou gelden.¹²²⁾

Ik acht die opvatting onaannemelijk.¹²³⁾ Zij vloeit ook niet voort uit rechtsoverweging 15 van het Kolpinghuis-arrest, waarop in dit verband pleegt te worden gewezen. Inderdaad zegt het Hof in die rechtsoverweging dat het geen verschil maakt of de termijn voor omzetting al dan niet is verstreken. Het Hof relateert deze opmerking echter aan de antwoorden op de eerste drie vragen. In de antwoorden op de eerste twee vragen kwam aan de orde dat richtlijnbeplatingen als zodanig niet in horizontale verhoudingen kunnen worden toegepast. Daarvoor maakt het inderdaad geen verschil of de omzettingstermijn al dan niet is verstreken. De derde vraag betrof (aldus rechtsoverweging 15) 'de grenzen die het gemeenschapsrecht zou kunnen stellen aan de verplichting of de bevoegdheid van de nationale rechter om de voorschriften van zijn nationale recht in het licht van de richtlijn uit te leggen'. Ook voor die derde vraag maakt het volgens het Hof geen verschil of de omzettingstermijn reeds is verstreken. Dat betekent echter niet dat een verplichting tot richtlijnconforme interpretatie reeds voor het verstrijken van de omzettingstermijn geldt. Het Hof noemt immers in één adem 'verplichting' en 'bevoegdheid' tot richtlijnconforme interpretatie, en lijkt bovendien niet zozeer het bestaan van die 'verplichting' of die 'bevoegdheid', als wel de daaraan door het gemeenschapsrecht gestelde grenzen op het oog te hebben.

5.3 Positieve correctie van actie- en sanctierecht

Als ook richtlijnconforme interpretatie niet helpt, kan onder zekere voorwaarden een beroep worden gedaan op de Francovich-leer. Volgens deze leer kunnen de Lid-Staten krachtens gemeenschapsrecht aansprakelijk zijn voor (verwijtbare) inbreuken op het gemeenschapsrecht. Het Francovich-arrest heeft eigen, communautair overheidsaansprakelijkheidsrecht doen ontstaan, zij het dat voor het realiseren daarvan nationaal recht een belangrijke, aanvullende rol blijft spelen.

Men kan de Francovich-leer beschouwen als uiterste vorm van wat hiervoor als positieve correctie van nationaal actie- en sanctierecht werd aangeduid. In de Francovich-zaak heeft het Hof niet volstaan met het stellen van randvoorwaarden. Het Hof heeft daarin het nationale actie- en sanctierecht gedeeltelijk overboord gezet en (op het punt van de vestiging van aansprakelijkheid) door communautair recht vervangen. Zoals hiervoor al opgemerkt, is voor het nationale recht in verband met de Francovich-aansprakelijkheid een belangrijke, aanvullende rol weggelegd. In die rol blijft het nationale recht uiteraard aan de gebruikelijke randvoorwaarden onderworpen; het Hof van Justitie heeft dit uitdrukkelijk bevestigd.¹²⁴⁾

Het Francovich-arrest heeft veel aandacht getrokken.¹²⁵⁾ Het is echter niet het enige arrest dat in deze sfeer aandacht verdient. Er zijn andere arresten die eveneens tot een positieve correctie van actie- en sanctierecht strekken en waarvan de gevolgen tot in het materiële privaatrecht doorwerken.

Hiervoor werd al aangegeven dat het Hof van Justitie geleidelijk aan meer van het nationale actie- en sanctierecht is gaan verlangen. Nadat aanvankelijk met een coulante toepassing van enkele randvoorwaarden was volstaan, werden de eisen kennelijk opgevoerd en werd getornd aan nationale beperkingen van het recht op schadevergoeding, aan het nationale schuldvereiste voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, aan nationale beperkingen van de mogelijkheden van de kort geding-rechter en aan nationale beroepstermijnen. Een en ander werd gelegitimeerd met een beroep op het belang bij een daadwerkelijke en doeltreffende rechtsbescherming om aan het gemeenschapsrecht ontleende aanspraken zeker te stellen en aldus het nuttig effect van het gemeenschapsrecht te waarborgen.

5.3.1 Eerdere ingrepen in rechterlijke bevoegdheidsverdelingen

Aan de ontwikkeling van de hiervoor bedoelde rechtspraak zijn enkele arresten voorafgegaan waaruit al kon worden afgeleid dat het gemeenschapsrecht ook voor het nationale procesrecht niet zonder gevolgen zou blijven.

Al in 1974 besliste het Hof van Justitie in een prejudiciële procedure dat een nationale rechtsregel die de lagere rechter bindt aan het rechtsoordeel van de hogere rechter, de lagere rechter niet van het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie kan afhouden.¹²⁶⁾ Voor het nationale procesrecht wordt daaraan onder meer het gevolg verbonden dat de lagere rechter na verwijzing van een zaak na cassatie, ondanks zijn gebondenheid aan alle beslissingen van de Hoge Raad (artikel 424 Rv.), altijd prejudiciële vragen mag stellen, ook over thema's die door de Hoge Raad in cassatie zonder prejudiciële vragen zijn beslist.¹²⁷⁾

In 1983 wees het Hof van Justitie een prejudicieel arrest waaruit voortvloeit dat de Hoge Raad (in afwijking van artikel 419 lid 1 Rv.) zonodig ambtshalve moet casseren om de rechterlijke bevoegdheidsverdeling van het EEG-Executieverdrag (als een rechter van een andere Lid-Staat bij uitsluiting bevoegd blijkt) tot gelding te brengen.¹²⁸⁾ Het arrest betreft een supranationale norm van het EEG-Executieverdrag, die procesrechtelijk van aard is. In zoverre laat het arrest zich eenvoudig plaatsen: dat een nationale norm van procesrecht voor een supranationale norm van procesrecht moet wijken, is op zichzelf weinig schokkend. Mogelijk reikt de betekenis van het arrest echter verder. Het arrest zet aan tot de vraag of ambtshalve cassatie ook verplicht is, als niet een communautaire procesregel, maar een (direct werkende) regel van materieel gemeenschapsrecht blijkt te zijn geschonden. Schultsz, die het arrest in de NJ annoteerde,¹²⁹⁾ stelde zich die vraag en suggereerde haar bij gelegenheid aan het Hof van Justitie voor te leggen. In de literatuur is wel het standpunt ingenomen dat een positieve beantwoording in verband met het hiervoor genoemde arrest uit 1974 niet geheel valt uit te sluiten.¹³⁰⁾

Dat de Hoge Raad als rechtsmiddel een soort "cassatie in het belang der Gemeenschap" tot ontwikkeling zal brengen, ligt in het licht van recente rechtspraak niet voor de hand. De Hoge Raad lijkt weinig geneigd het nationale procesrecht te verruimen om de controle op de toepassing van het gemeenschapsrecht door de lagere rechter te vergroten. Cassatieberoepen tegen niet voor hoger beroep vatbare beslissingen van de Kantonrechter (waarvoor artikel 100 RO beperkte mogelijkheden biedt) lijken niet met meer welwillendheid te worden beoordeeld indien geklaagd wordt dat de Kantonrechter gemeenschapsrecht heeft geschonden.¹³¹⁾ En van het toelaten van een buitenwettelijk beroep tegen een op artikel 1639w BW gebaseerde ontbinding van een dienstverband om redenen die mogelijk aan een (ook) door het gemeenschapsrecht verboden discriminatie naar geslacht raken (het verzwijgen van zwangerschap tijdens een sollicitatie), wil de Hoge Raad niet weten.¹³²⁾

Overigens behoort het creëren van nieuwe proceswegen ter handhaving van op het gemeenschapsrecht gebaseerde rechten wel degelijk tot het arsenaal van de positieve correctie van nationaal actierecht. Volgens het arrest inzake *Factortame* moet de nationale rechter nationaalrechtelijke beperkingen die hem beletten voorlopige maatregelen te nemen ter bescherming van aan het gemeenschapsrecht ontleende rechten, van zich afschudden.¹³³⁾ Het is in dit verband een kwestie van geven en nemen: tegenover de correctie van het nationale recht staat dat de kort geding-rechter, zij het onder nauw-omlijnde voorwaarden, op grond van een voorlopig oordeel over de geldigheid van handelingen van de gemeenschapsinstellingen mag ingrijpen in daarop gebaseerde, nationale uitvoeringsbesluiten.¹³⁴⁾

5.3.2 Van schadevergoeding, schuld en termijnen

De beslissingen van het Hof van Justitie tot positieve correctie van nationaal actie- en sanctierecht grijpen diep in het materiële privaatrecht in.

Waar het gemeenschapsrecht leidt tot een opwaarderen van de nationale mogelijkheden tot het verkrijgen van schadevergoeding, spreekt dat vanzelf. En zo'n opwaardering kan geboden zijn, althans over de band van de richtlijnconforme interpretatie.

De desbetreffende rechtspraak van het Hof van Justitie is opgehangen aan artikel 6 van (gelijke behandelings)richtlijn 76/207, welke bepaling verlangt dat het slachtoffer van een discriminatie de mogelijkheid wordt geboden 'zijn rechten voor het gerecht te doen gelden'.¹³⁵⁾ Dat stelt volgens het Hof ook eisen aan de sanctie. Anderzijds laat richtlijn 76/207 de Lid-Staten in de keuze van een (voldoende effectieve) sanctie geheel vrij. Tot dusverre heeft het Hof de lijn gevolgd dat die keuzevrijheid zich tegen directe werking van de richtlijn verzet, maar onverlet laat dat de rechter zijn nationale recht zoveel mogelijk conform het gebod van een effectieve sanctie moet interpreteren.

In zijn conclusie in een nog aanhangige prejudiciële procedure stelt A-G Van Gerven het Hof voor een stapje verder te gaan en de richtlijnbeepaling, ook voorzover deze op het vereiste van een effectieve sanctie wordt betrokken, rechtstreeks inroepbaar te maken tegen overheidslichamen van de Lid-Staat. Met een beroep op die bepaling zou de burger, slachtoffer van ongelijke behandeling, zich kunnen verzetten tegen een nationale maximering van de schadevergoeding die tot gevolg heeft 'dat de schadevergoeding, in acht genomen de belangrijkste schadevergoedingscomponenten waaronder vergoedende interessen, niet in een passende verhouding staat tot de geleden schade' of ertoe leidt 'dat gemeenschapsrecht minder krachtadig wordt gesanctioneerd dan overeenkomstig nationaal recht'.¹³⁶⁾

In het Dekker-arrest gaf het Hof een uitleg aan het gemeenschapsrecht die erop neerkomt dat dit recht zich verzet tegen het hanteren van een schuldvereiste voor de civielrechtelijke aansprakelijkheid voor onrechtmatige inbreuken op het beginsel van gelijke behandeling. Uiteraard heeft ook deze uitleg belangrijke materieelrechtelijke gevolgen.

Het Dekker-arrest was hiervoor (in verband met de richtlijnconforme interpretatie) al uitgebreid aan de orde.¹³⁷⁾ Daarom wordt hier met een enkele kanttekening volstaan.

De basisgedachte van het Dekker-arrest is, dat het hanteren van een schuldvereiste zozeer aan de effectiviteit van het nationale recht kan afdoen, dat dit niet langer geschikt is om als voertuig voor het gemeenschapsrecht te dienen.

Het Hof springt hier wel erg ruw om met wat naar mijn mening als grondbeginsel van ons aansprakelijkheidsrecht moet worden aangemerkt. Ook het voor de communautaire instellingen geldende, "eigen" aansprakelijkheidsrecht kent een schuldvereiste. In elk geval is dat aansprakelijkheidsrecht zo restrictief, dat ik mij niet kan voorstellen dat een instelling door het Hof aansprakelijk wordt gehouden zonder naar onze nationale maatstaven in subjectieve zin en in ruime mate schuld te hebben. Heukels signaleert overigens een revival van de notie "fout" als één van de bepalende elementen in de op artikel 215 van het EEG-Verdrag gebaseerde rechtspraak.¹³⁸⁾

Het gemeenschapsrecht wordt niet alleen langs privaatrechtelijke, maar ook langs strafrechtelijke weg gehandhaafd. Het strafrecht verbindt eveneens consequenties aan afwezigheid van schuld (en, in voorkomend geval, aan aanwezigheid van rechtvaardigingsgronden). Het lijkt mij echter ondenkbaar dat het Hof van Justitie ook in die sfeer het schuldvereiste (en rechtvaardigingsgronden) om zeep zal helpen. Natuurlijk zijn er verschillen tussen het privaatrecht en het strafrecht die het schuldvereiste (en rechtvaardigingsgronden) in het strafrecht een meer pregnante betekenis geven dan in het privaatrecht: zo speelt in het privaatrecht van oudsher naast schuld ook risico een rol. Toch blijft het opmerkelijk dat wat bij de strafrechtelijke handhaving van het gemeenschapsrecht (naar ik verwacht) als vanzelfsprekend zal worden aanvaard, bij de privaatrechtelijke handhaving als ontoelaatbare belemmering wordt gezien.

Materieelrechtelijke gevolgen zijn er ook van het Emmott-arrest.¹³⁹⁾ In dit arrest koppelde het Hof van Justitie het tijdstip van ingang van nationale beroepstermijnen terzake van acties die op een niet tijdig en naar behoren geïmplementeerde (gelijke behandelings)richtlijn zijn gebaseerd, aan het

moment waarop die richtlijn alsnog naar behoren wordt omgezet. Dat het arrest van belang is voor het materiële privaatrecht is evident. In dit verband kan aan het leerstuk van de formele rechtskracht worden herinnerd.¹⁴⁰⁾ Overigens is in de literatuur al geopperd dat het arrest mede op (civielrechtelijke) verjaringstermijnen moet worden betrokken.¹⁴¹⁾

Ook de ingreep van het Emmott-arrest in het nationale recht kan als ruw worden getypeerd.¹⁴²⁾ Waarschijnlijk bedoelde het Hof ook ruw te zijn om de discipline van de Lid-Staten bij de uitvoering van richtlijnen te vergroten. In zoverre hangt het arrest nauw met dat in de zaak Francovich samen.

Het Emmott-arrest betreft uitsluitend het geval dat richtlijnen niet tijdig naar behoren zijn omgezet. Het berust op de gedachte dat de burger zijn rechten uit een niet naar behoren omgezette richtlijn onvoldoende kan kennen en dat het onaanvaardbaar is, indien hangende die onzekerheid nationale beroepstermijnen zouden verstrijken.

Dat het Hof van Justitie de Lid-Staten de duimschroeven aandraait, kan men toejuichen of niet. Overtuigend lijkt de juridische onderbouwing mij echter in geen geval.

De vooronderstelling dat de Europese burger minder goed bekend zou (kunnen) zijn met zijn rechten uit (nog) niet naar behoren uitgevoerde richtlijnen dan met zijn rechten uit (bijvoorbeeld) communautaire verordeningen, verdragsbepalingen en nationale wetgeving, heeft een laag realiteitsgehalte. Richtlijnen zijn voor de burger niet minder toegankelijk dan (bijvoorbeeld) verordeningen en verdragsbepalingen. Richtlijnen zijn ook niet minder begrijpelijk. Door hun grote mate van detaillering zeggen zij de burger waarschijnlijk meer dan (bijvoorbeeld) de vaak kryptische verdragsbepalingen, waarvan inhoud en strekking slechts aan de hand van een jarenlange jurisprudentie kunnen worden vastgesteld. Soms is de uitleg van verdragsbepalingen zelfs zo verrassend, dat het Hof van Justitie aanleiding vindt de gevolgen van die uitleg in tijd te beperken.¹⁴³⁾

Ook het Emmott-arrest laat nog vele vragen open.

Zo is het de vraag, of de daarin ontwikkelde regel ook opgaat als schuld in subjectieve zin aan de zijde van de betrokken Lid-Staat ontbreekt. Het kan zijn dat de Lid-Staat loyaal heeft getracht een richtlijn naar behoren te implementeren en eerst achteraf wordt geconfronteerd met een opvatting van het Hof die onvoorzienbaar was. Nu wordt in het Emmott-arrest niet over schuld gesproken. Het Francovich-arrest daarentegen spreekt van inbreuken die 'imputable' zijn. Prechal suggereert in verband met het

Francovich-arrest dat onduidelijkheid van de richtlijn voor de Lid-Staat grond zou kunnen zijn zich te disculperen.¹⁴⁴⁾ Van Gerven acht de Lid-Staat niet aansprakelijk, als een 'normaal zorgvuldige overheid zich bij de uitvoering van de richtlijn kon vergissen omtrent de interpretatie daarvan'.¹⁴⁵⁾ Zeker als de Francovich-leer beschouwd wordt als ultimum remedium, is het de vraag of niet ook in de Emmott-leer een schuldvereiste zou moeten gelden.

Interessant is ook de verhouding tussen het Emmott-arrest en de leer van de richtlijnconforme interpretatie. Snijdt richtlijnconforme interpretatie een beroep op het Emmott-arrest al dan niet af? Voor de Emmott-leer zou wellicht ruimte zijn, indien nationaal recht dat richtlijnconform kan worden geïnterpreteerd, de burger niettemin in onzekerheid laat. In zo'n situatie zou de Lid-Staat gehouden zijn de betrokken richtlijn alsnog naar behoren in nationaal recht om te zetten. Tegen deze benadering pleit echter dat richtlijnconforme interpretatie zich steeds afspeelt binnen de grenzen die het rechtszekerheidsbeginsel stelt; richtlijnconforme uitleg kan per definitie niet tot (ontoelaatbare) rechtsonzekerheid leiden. Voorts pleit tegen de bedoelde benadering dat, alhoewel uitgangspunt inderdaad is dat de Lid-Staten richtlijnen met een voldoende mate van duidelijkheid in hun nationale recht moeten omzetten, het Hof geneigd lijkt de teugels iets te laten vieren. Een implementatie van een richtlijn die deels haar beslag krijgt in de vorm van aan hinderwetvergunningen te verbinden voorwaarden, vond in de ogen van het Hof genade.¹⁴⁶⁾

6. Enkele conclusies en toekomstperspectief

In de sfeer van het Europese privaatrecht en in de verhouding tussen nationaal privaatrecht en gemeenschapsrecht blijken de belangrijkste ontwikkelingen zich voor te doen in wat ik hiervoor de periferie heb genoemd. Die ontwikkelingen zijn zonder meer turbulent; zij hebben onder meer al geresulteerd in eigen, communautair overheidsaansprakelijkheidsrecht voor bepaalde schendingen van het gemeenschapsrecht door de Lid-Staten.

Inzet van die ontwikkelingen is een correctie van nationaal actie- en sanctierecht, zodanig dat dit nationale recht geschikt wordt om als voertuig voor het materiële gemeenschapsrecht te dienen. De instrumentele functie van het nationale (privaat)recht lijkt belangrijker dan de materiële inhoud daarvan. Vertrekpunt zijn veeleer de randvoorwaarden die vanuit het Europese recht aan het nationale privaatrecht worden gesteld, dan de beoogde, materiële inhoud van een totstand te brengen, privaatrechtelijke norm.

Met de steeds sterker wordende, perifere beïnvloeding van het nationale pri-

vaatrecht lijkt ook de verdere richting voor de ontwikkeling van het Europese privaatrecht te zijn bepaald. De ontwikkelingen buigen naar mijn mening steeds verder van een complete uniformering of harmonisatie van het privaatrecht (en daarmee van een Europees Burgerlijk Wetboek) af. Modificatie van nationaal privaatrecht lijkt het van codificatie van privaatrecht op Europees niveau te winnen.¹⁴⁷⁾

Het is ook de vraag of naar een Europees Burgerlijk Wetboek zou moeten worden gestreefd.

Gelet op de veelal moeizame ervaringen op deelgebieden,¹⁴⁸⁾ en mede gelet op de grote moeite die een (her)codificatie van het burgerlijk recht ook in de nationale rechtssfeer heeft gevraagd, lijkt een opgave, gericht op het totstandbrengen van een Europees Burgerlijk Wetboek, mij onmogelijk. Ik wees er al eerder op dat de instellingen een zo brede harmonisatie niet lijken te ambiëren.¹⁴⁹⁾ En zie ik het wel, dan wordt de illusie van een Europees Burgerlijk Wetboek ook in de literatuur niet (langer) serieus gekoesterd. De ambities zijn bijgesteld en inmiddels gericht op het formuleren van 'Restatements' naar Amerikaans model, een verzameling van niet-bindende omschrijvingen van een aantal fundamentele regels, beginselen en begrippen,¹⁵⁰⁾ een streven dat overigens door de Commissie wordt gesteund.¹⁵¹⁾

Zonder af te doen aan het nut van dergelijke Restatements (die niet in de laatste plaats de communautaire wetgever tot steun zouden kunnen zijn), meen ik dat de noodzaak van een Europees Burgerlijk Wetboek ook niet moeten worden overschat. Om te beginnen is er niet niets. Alhoewel het beeld verbrokken is, geldt op belangrijke deelgebieden supranationaal privaatrecht, al dan niet uit gemeenschapsbron. Daarnaast is er het nationale en supranationale IPR. Het IPR (dat buiten beschouwing bleef) maakt dat de internationale samenleving minst genomen met het naast elkaar voortbestaan van uiteenlopende nationale privaatrechtsstelsels kan leven.

Er wordt wel gewezen op de wenselijkheid van harmonisatie van privaatrecht in verband met de (handels)belemmeringen die uit het naast elkaar voortbestaan van verschillende nationale rechtssystemen voortvloeien. Beroemd is het beeld dat Voltaire ooit gebruikte naar aanleiding van het destijds ook op nationaal niveau sterk verbrokken recht: 'Par quelle étrange barbarie se peut-il que des compatriotes ne vivent pas sous la même loi ? ... Il en est ainsi de poste en poste dans le royaume; vous changez de jurisprudence en changeant de chevaux'.¹⁵²⁾ Als het gaat om belemmeringen voor grensoverschrijdende activiteiten, dan zou (om in het beeld van Voltaire te blijven) een gedwongen wisseling van de paarden wel eens een groter ongemak kunnen zijn dan een wisseling van toepasselijk privaatrecht.

Er zijn, kortom, wellicht andere prioriteiten dan een Europees Burgerlijk Wetboek. Een van die andere prioriteiten is ongetwijfeld het tot stand brengen van een Economische en Monetaire Unie.¹⁵³⁾ Wisselkoersen die fluctueren in een mate zoals wij die in het recente verleden hebben beleefd, lijken mij voor grensoverschrijdende ondernemersactiviteiten een veel grotere bedreiging dan uiteenlopende stelsels van nationaal privaatrecht.

Wellenstein beschreef in 1982 het 'proces van uitverkiezing' van de terreinen van Europese wetgeving.¹⁵⁴⁾ In zijn opstel juichte Wellenstein het toe dat de Gemeenschap 'zich met veel nieuwe, eigentijdse en liefst goed in de politieke markt liggende problemen' was gaan bezighouden. Anderzijds signaleerde Wellenstein het gevaar dat de gemeenschapswetgever de aandacht te zeer zou versnipperen en dat dit ten koste zou gaan van het streven het macro-economische en sociale beleid onder de werking van de communautaire regelgeving te brengen. Sedertdien is er veel veranderd, zowel binnen de Gemeenschap als in haar internationale omgeving. Niettemin lijkt de door Wellenstein aangegeven prioriteit in 'de keuze der terreinen van Europese wetgeving' mij nog altijd actueel.

's-Gravenhage, augustus 1993

Noten

- ¹⁾ Zie onder meer Peter-Christian Müller-Graff, *Common private Law in the European Community*, in: *The common law of Europe and the future of legal education*, Deventer 1992, p. 239.
- ²⁾ Artikel B, laatste alinea, en artikel G onder B.5 van het Verdrag van Maastricht. Bij deze laatste bepaling wordt een artikel 3 B in het EEG-Verdrag ingevoegd. Dat artikel onderwerpt het optreden van de Gemeenschap op gebieden die niet onder haar exclusieve bevoegdheid vallen, aan het subsidiariteitsbeginsel. Strekking en reikwijdte van dat beginsel zijn (nog) niet geheel duidelijk; zie - in kritische zin - L.A. Geelhoed, *Het subsidiariteitsbeginsel: een communautair principe ?*, SEW 1991, p. 422 e.v..
- ³⁾ Resolutie van het Europese Parlement van 26 mei 1989 over een poging tot harmonisatie van het privaatrecht in de lid-staten, doc. A2-157/89, Pb. 1989, C 158/400.
- ⁴⁾ Zie het antwoord van de Commissie op schriftelijke vraag nr. 1865/91 van mevrouw Ursula Braun-Moser, Pb. 1992, C 102/24.
- ⁵⁾ Zie het antwoord van de Commissie op schriftelijke vraag nr. 629/86 van mevrouw Nicole Fontaine, Pb. 1986, C 277/54.
- ⁶⁾ Zie het antwoord van de Commissie op schriftelijke vraag nr. 984/87 van mevrouw Anne André, Pb. 1988, C 86/31.
- ⁷⁾ Zie het antwoord van de Commissie op schriftelijke vraag nr. 2805/90 van de heer Francois-Xavier de Donnea, Pb. 1991, C 150/23.
- ⁸⁾ Zie Kapteyn - VerLoren van Themaat, *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen*, vierde druk, Deventer 1987, p. 417.
- ⁹⁾ HvJ EG inzake Konstantinidis, arrest van 30 maart 1993, zaak C-168/91, nog niet gepubliceerd.
- ¹⁰⁾ Volgens A-G Jacobs bepleitte Christos Konstantinidis zijn zaak 'avec une éloquence simple et une concision dont bien des avocats professionnels devraient s'inspirer' (conclusie van 9 december 1992, nog niet gepubliceerd, punt 12).
- ¹¹⁾ Artikel 210 EEG-Verdrag.
- ¹²⁾ Artikel 211 EEG-Verdrag.
- ¹³⁾ Artikel 215, eerste alinea, EEG-Verdrag.
- ¹⁴⁾ Artikel 178 jo. artikel 215, tweede alinea, EEG-Verdrag.

- ¹⁵⁾ De rechtstreekse werking van zich daartoe naar hun aard lenende bepalingen van gemeenschapsrecht en de voorrang van het gemeenschapsrecht boven het nationale recht vloeien voort uit het geheel eigen karakter van de communautaire rechtsorde. De basis voor de rechtspraak van het HvJ EG daarover werd gelegd in de arresten inzake Van Gend & Loos, 5 februari 1963, zaak 26-62, Jurisprudentie IX, p. 1 e.v. en Costa/ENEL, 15 juli 1964, zaak 6-64, Jurisprudentie X, p. 1199 e.v.. Voor de gevolgen van rechtstreekse werking en suprematie van gemeenschapsrecht in de nationale rechtssfeer is vooral van belang HvJ EG inzake Simmenthal, arrest van 9 maart 1978, zaak 106/77, Jurisprudentie 1978, p. 629 e.v..
- ¹⁶⁾ De artikelen 85 tot en met 94 EEG-Verdrag, meer in het bijzonder de artikelen 85 en 86.
- ¹⁷⁾ HvJ EG inzake Defrenne (II), arrest van 8 april 1976, zaak 43/75, Jurisprudentie 1976, pagina 455 e.v.; HvJ EG inzake Barber, arrest van 17 mei 1990, zaak 262/88, Jurisprudentie 1990, p. 1889 e.v., NJ 1992, 436.
- ¹⁸⁾ EEG-Verdrag betreffende de onderlinge erkenning van vennootschappen en rechtspersonen, Trb. 1968, 113, Trb. 1969, 204.
- ¹⁹⁾ EEG-Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit Overeenkomst, Trb. 1980, 156, Trb. 1991, 109; ontwerp van Verdrag inzake faillissement, accoord en andere soortgelijke procedures, supplement 2/82 Bulletin van de Europese Gemeenschappen.
- ²⁰⁾ Verdrag betreffende de afschaffing van de legalisatie van akten in de Lid-Staten van de Europese Gemeenschappen, Brussel, 25 mei 1987, Trb. 1987, 166; Verdrag tussen de Lid-Staten van de Europese Gemeenschappen betreffende de vereenvoudiging van de procedures voor het verhaal van vorderingen inzake onderhoudsverplichtingen, Rome, 6 november 1990, Trb. 1991, 58; zie over beide verdragen in kritische zin H. Duintjer Tebbens, De Haagse Conferentie, de Europese Gemeenschap en de subsidiariteit, NJB 1993, p. 671 e.v..
- ²¹⁾ Artikelen K.1, sub 6, en K.3, sub 2 onder c, van het Verdrag van Maastricht. Zie ook daarover Duintjer Tebbens, a.w. noot 20, p. 672.
- ²²⁾ Artikel 189, tweede alinea, EEG-Verdrag.
- ²³⁾ Verordening (EEG) nr. 2137/85 van de Raad van 25 juli 1985 tot instelling van Europese economische samenwerkingsverbanden (EESV), Pb. 1985, L 199/1.
- ²⁴⁾ Zie voor een aantal complicaties als gevolg van de gelijktijdige toepasselijkheid van Europees en nationaal recht Herman L. Kaemingk, IPR-aspecten van Europese rechtspersonen, AA 1993, p. 521 e.v..
- ²⁵⁾ Zie respectievelijk Pb. 1991, C 176/1 (SE), Pb. 1992, C 99/1 (EV), Pb. 1992, C 99/17 (ECV) en Pb. 1992, C 99/40 (EOM).
- ²⁶⁾ Zie respectievelijk de artikelen 7 (SE), 6 (EV), 4 (ECV) en 7 (EOM).
- ²⁷⁾ W.C.L. v.d. Grinten, Europese n.v.?, in: Grensoverschrijdend privaatrecht, Deventer 1993, p. 109 e.v..
- ²⁸⁾ HvJ EG inzake Francovich en Bonifaci, arrest van 19 november 1991, gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, Jurisprudentie 1991, p. I-5357 e.v. (Franse editie). Zie voor een betrekkelijk willekeurige greep uit de overvloedige literatuur noot 125.
- ²⁹⁾ Zie de in de noten 63 en 64 genoemde rechtspraak.
- ³⁰⁾ Richtlijn van de Raad van 25 juli 1985 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid-Staten inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken (85/374/EEG), Pb. 1985, L 210/29.
- ³¹⁾ Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, Pb. 1993, L 95/29.
- ³²⁾ Richtlijn van de Raad van 18 december 1986 inzake de coördinatie van de wetgevingen van de Lid-Staten inzake zelfstandige handelsagenten (86/653/EEG), Pb. 1986, L 382/17.
- ³³⁾ Zie onder meer de richtlijn van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden (76/207/EEG), Pb. 1976, L 39/40.
- ³⁴⁾ Richtlijn van de Raad van 14 februari 1977 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan (77/187/EEG), Pb. 1977, L 61/26; richtlijn van de Raad van 20 oktober 1980 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten inzake de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever (80/987/EEG), Pb. 1980, L 283/23, nadien gewijzigd.
- ³⁵⁾ Tweede richtlijn van de Raad van 13 december 1976 strekkende tot het coördineren van de waarborgen welke in de Lid-Staten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van artikel 58, tweede alinea, van het Verdrag om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden met betrekking tot de oprichting van de naamloze vennootschap, als ook de instandhouding en wijziging van haar kapitaal, zulks teneinde die waarborgen gelijkwaardig te maken (77/91/EEG), Pb. 1977, L 26/1, nadien gewijzigd; vierde richtlijn van de Raad van 25 juli 1978 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g, van het Verdrag betreffende de jaarrekening van bepaalde vennootschapsvormen (78/660/EEG), Pb. 1978, L 222/11, nadien gewijzigd; derde richtlijn van de Raad

van 9 oktober 1978 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g van het Verdrag betreffende fusies van naamloze vennootschappen (78/855/EEG), Pb. 1978, L 295/36, nadien gewijzigd; zesde richtlijn van de Raad van 17 december 1982 op grondslag van artikel 54, lid 3, sub g, van het Verdrag betreffende splitsingen van naamloze vennootschappen (82/891/EEG), Pb. 1982, L 378/47; twaalfde richtlijn van de Raad van 21 december 1989 inzake het vennootschapsrecht betreffende eenpersoonsvennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (89/667/EEG), Pb. 1989, L 395/40.

- ³⁶⁾ Zie hoofdstuk 3.2.2.
- ³⁷⁾ Richtlijn van de Raad van 16 december 1986 betreffende de rechtsbescherming van halfgeleiderproducten (87/54/EEG), Pb. 1987, L 24/36; eerste richtlijn van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der Lid-Staten (89/104/EEG), Pb. 1989, L 40/1.
- ³⁸⁾ Richtlijn van de Raad van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's (91/250/EEG), Pb. 1991, L 122/42; richtlijn 92/100/EEG van de Raad van 19 november 1992 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom, Pb. 1992, L 346/61.
- ³⁹⁾ M.T.J. Bouwes, De voortgang van de harmonisatie van het vennootschapsrecht, in: Grensoverschrijdend privaatrecht, Deventer 1993, p. 27 e.v., op p. 27/28.
- ⁴⁰⁾ Bouwes, a.w. noot 39, p. 39.
- ⁴¹⁾ Zie voor het rechtskarakter van het melkquotum onder meer H.J. Simon, Het juridisch karakter van produktierechten, Agrarisch recht 1988, p. 306 e.v., P. de Haan, Pacht en melkquotum, Agrarisch recht 1988, p. 330 e.v. en mevrouw A.M. Bakker, Het rechtskarakter van het melkquotum, Agrarisch recht 1989, p. 573 e.v.; zie voorts D. Knottenbelt, Enige civielrechtelijke aspecten van het melkquotum; gebruiksrechten, zekerheidsrechten, beslag en executie, Agrarisch recht 1992, p. 544 e.v..
- ⁴²⁾ Zie HR 13 oktober 1989, NJ 1990, 5. Zie voor een bespreking van de rechtspraak van de Pachtkamer van het Gerechtshof te Arnhem A.H.T. Heisterkamp, Overzicht en bespreking van de rechtspraak in pachtzaken, Pacht en Superheffing, Agrarisch recht 1991, p. 592 e.v. Zie voorts G.M.F. Snijders, De Europese dimensie van de pacht, inaugurele rede, Deventer 1993; Snijders meent dat de kwestie van de verdeling van het melkquotum bij het einde van de pacht zozeer is verweven met het Europese recht dat het Pachthof te Arnhem daarin ten onrechte een eigen koers heeft bepaald, zonder prejudiciële vragen te stellen.
- ⁴³⁾ De constructie hield in dat men zijn melkvee aan een ander "verhuurde", waarna men dat vee vervolgens zelf en op eigen kosten bleef stallen en melken. De opzet was dat de huurder, op wiens naam de melk werd afgeleverd, rechtens als producent van de melk zou gelden. De constructie was onder meer aan de orde in een (bij mijn weten niet gepubliceerde) uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 22 mei 1990, nr. 87/3166/13/021. De wisseling van het producentchap werd door het College (althans met het oog op de verschuldigdheid van superheffing) niet geaccepteerd.
- ⁴⁴⁾ Zie voor de betekenis van communautaire rechtsbeginselen voor de beoordeling van nationale regelingen H.G. Schermers, Algemene rechtsbeginselen als bron van gemeenschapsrecht, SEW 1983, p. 514 e.v., op p. 525, Sacha Prechal en T. Heukels, Algemene rechtsbeginselen in het Nederlandse recht en het Europese recht: rechtsvergelijking en interactie, SEW 1986, p. 287 e.v., op p. 310 e.v., en H.J. Bronkhorst, Deugdelijkheid van EG-regelgeving, in het bijzonder op het gebied van het gemeenschappelijk landbouwbeleid, Preadvies voor de Vereniging van agrarisch recht advocaten, Deventer 1993, p. 20 e.v..
- ⁴⁵⁾ Zie voor rechterlijk overgangsrecht HR 27 november 1981, NJ 1982, 503, m.nt. EAAL en WHH; zie voorts W. Alexander, Overgangsbepalingen in prejudiciële uitspraken - Een recept voor de nationale rechtspraak, in: In Orde, Liber Amicorum VerLoren van Themaat, Deventer 1982, p. 1 e.v..
- ⁴⁶⁾ Artikel 36 EEG-Verdrag.
- ⁴⁷⁾ R. Ludding, Het mededingingsrecht in de EEG en de rechten van industriële en commerciële eigendom, Deventer 1979. Het HvJ EG heeft op dit gebied over de jaren een serie arresten gewezen. De meest belangwekkende recente uitspraak is die van 17 oktober 1990 inzake CNL-SUCAL SA tegen HAG GF AG, zaak C-10/89, Jurisprudentie 1990, p. I-3752 e.v.. Zie ook de arresten van 18 februari 1992 in de zaken Commissie/Italië en Commissie/VK, C-235/89 en C-30/90, Jurisprudentie 1992, p. I-777 e.v. en p. I-829 e.v. (Franse editie).
- ⁴⁸⁾ HvJ EG inzake Rewe, arrest van 16 december 1976, zaak 33-76, Jurisprudentie 1976, p. 1989 e.v.. Een nationale beroepstermijn was aan de orde (en werd toelaatbaar geoordeeld) in HvJ EG inzake Comet, arrest van 16 december 1976, zaak 45-76, Jurisprudentie 1976, p. 2043 e.v.. Vooral (voor de burger) belastende bewijsregels bevinden zich in de gevarenzone; zie HvJ EG inzake San Giorgio, arrest van 9 november 1983, zaak 199/82, Jurisprudentie 1983, p. 3595 e.v..
- ⁴⁹⁾ HvJ EG inzake Dekker, arrest van 8 november 1990, zaak C-177/88, Jurisprudentie 1990, p. I-3941 e.v..
- ⁵⁰⁾ HvJ EG inzake Emmott, arrest van 25 juli 1991, zaak C-208/90, Jurisprudentie 1991, p. I-4269 e.v., AB 1992, I, m.nt. A.W.H. Meij.
- ⁵¹⁾ Francovich, noot 28.
- ⁵²⁾ HR 24 januari 1969, NJ 1969, 316, m.nt. H.D., AB 1969, p. 194, m.nt. Stellinga, AA 1969, p. 266.

- m.nt. M. Troostwijk en W.C.L. v.d. Grinten.
- ⁵³⁾ De rechtspraak van het HvJ EG over aansprakelijkheid voor onrechtmatige normatieve handelingen (wetgeving) werd ingeleid met het arrest van 2 december 1971 inzake Schöppenstadt, zaak 5/71, Jurisprudentie 1971, p. 975 e.v.. Een recent voorbeeld is het arrest van 19 mei 1992 inzake Mulder en Heinemann, Jurisprudentie 1992, p. I-3061 e.v. (Franse editie). Zie ook T. Heukels, De niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap ex art. 215, lid 2 EEG: Dynamiek en continuïteit (1983-1991) I en II, SEW 1992, p. 151 e.v. en p. 317 e.v..
- ⁵⁴⁾ HR inzake Van Gelder, 9 mei 1986, NJ 1987, 252, m.nt. M.S..
Zie voor de parallelle rechtspraak over aansprakelijkheid voor schade als gevolg van vernietigde beschikkingen onder meer HR 12 juni 1992, NJ 1993, 113, m.nt. CJHB, en HR 1 juli 1993, RvdW 1993, 160. Zie voorts Asser-Hartkamp III, achtste druk, Zwolle 1990, nrs. 79 en 290e.
- ⁵⁵⁾ Francovich, zie noot 28.
- ⁵⁶⁾ Verzoek van het Bundesgerichtshof van 28 januari 1993 om een préjudiciële beslissing in het geding tussen Firma Brasserie du Pêcheur SA en Bondsrepubliek Duitsland (zaak C-46/93), Pb. 1993, C 92/4.
- ⁵⁷⁾ Zie Bronkhorst, a.w. noot 44.
- ⁵⁸⁾ Gepubliceerde stukken die houvast kunnen bieden bij de uitleg van gemeenschapswetgeving zijn schaars. Zo zal men het, wat richtlijnen van de Raad betreft, vaak moeten doen met de in (de C-serie van) het Publikatieblad gepubliceerde voorstellen van de Commissie en de daarin voorts gepubliceerde resoluties van het Europese Parlement en adviezen van het Economisch en Sociaal Comité. Soms bieden ook als COM-documenten gepubliceerde voorontwerpen van de Commissie enig houvast. Een officiële toelichting ontbreekt echter, terwijl de notulen van de vergadering van de Raad -die uiteindelijk beslist- niet worden gepubliceerd. Vooral in het geval dat de uiteindelijke richtlijn sterk afwijkt van het (laatst gepubliceerde) voorstel van de Commissie, stuit de "wethistorische" uitleg van de richtlijn op problemen. Een voorbeeld van een richtlijn die van het laatst gepubliceerde Commissie-voorstel afwijkt, is richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, Pb. 1992, L 209/1.
- ⁵⁹⁾ HvJ EG inzake Ekro, arrest van 18 januari 1984, zaak 327/82, Jurisprudentie 1984, p. 107 e.v., r.o. 11 op p. 119: 'Met het oog op de eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht en het beginsel van gelijke behandeling is het als algemene regel noodzakelijk dat de termen van een gemeenschapsrechtelijke bepaling die voor de vaststelling van haar betekenis en draagwijdte niet uitdrukkelijk naar het recht van de Lid-Staten verwijst, in de gehele Gemeenschap autonoom en op eenvormige wijze worden uitgelegd, waarbij rekening moet worden gehouden met de context van de bepaling en met het doel van de betrokken regeling'. In verband met dit laatste kan de uitleg van begrippen verschillen, al naar gelang van de regeling waarin zij voorkomen; aldus voor het begrip "overmacht" HvJ EG inzake Kampffmeyer, arrest van 30 januari 1974, zaak 158-73, Jurisprudentie 1974, p. 101 e.v., r.o. 8 op p. 110.
- ⁶⁰⁾ Artikel 177 EEG-Verdrag.
- ⁶¹⁾ Zie de in de noten 86 en 134 genoemde arresten.
- ⁶²⁾ Artikel 189, derde alinea, EEG-Verdrag.
- ⁶³⁾ De bedoelde rechtspraak opende met het arrest inzake Colson (noot 84). Zie voorts de arresten inzake Kolpinghuis (noot 113) en Marleasing (noot 105).
- ⁶⁴⁾ Deze, inmiddels vaste jurisprudentie werd ingeleid met het arrest inzake Becker van 19 januari 1982, zaak 8/81, Jurisprudentie 1982, p. 53 e.v., SEW 1983, p. 273 e.v., m.nt. M.R. Mok.
- ⁶⁵⁾ Zie de in noot 47 genoemde rechtspraak.
- ⁶⁶⁾ HvJ EG inzake Dansk Supermarked, arrest van 22 januari 1981, zaak 58/80, Jurisprudentie 1981, p. 181 e.v..
- ⁶⁷⁾ HvJ EG inzake Société Technique Minière, arrest van 30 juli 1966, zaak 56-65, Jurisprudentie 1966, p. 392 e.v..
- ⁶⁸⁾ HvJ EG inzake Iannelli, arrest van 22 maart 1977, zaak 74/76, Jurisprudentie 1977, p. 557 e.v..
- ⁶⁹⁾ Zo faalde het beroep van een Portugese rijnschutser op het gemeenschapsrecht (vrij verkeer van personen en diensten en vrije mededinging) om zich aan bepaalde, in Portugal geldende beperkingen op het geven van rijnderricht te onttrekken; zie HvJ EG inzake Batista Morais, arrest van 19 maart 1992, zaak C-60/91, Jurisprudentie 1992, p. I-2085 (Franse editie). Een nationale onderdaan kan evenmin een beroep op het gemeenschapsrecht doen om zich aan het gebruik van een bepaalde taal in een dagvaarding te onttrekken; zie HvJ EG inzake Petit, arrest van 22 september 1992, zaak C-153/91, Jurisprudentie 1992, p. I-4973 e.v. (Franse editie).
- ⁷⁰⁾ Zie in dit verband de mededeling van de Commissie van 3 november 1983 inzake de systematische terugvordering van onwettig toegekende steun, Pb. 1983, C 318/3.
- ⁷¹⁾ De richtlijnen inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken zijn, evenals die inzake het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, onlangs algeheel herzien: zie de richtlijnen 93/36/EEG, 93/37/EEG en 93/38/EEG, Pb. 1993, L 199/1, 54 en 84. Zie voor overheidsopdrachten voor dienstverlening richt-

- lijn 92/50/EEG, Pb. 1992, L 209/1. Zie voorts, mede voor de implementatiewetgeving, Overheidsopdrachten, editie Schuurman & Jordens 131. De implementatie van de verschillende richtlijnen in Nederland wordt op nieuwe leest geschoeid: zie de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen van 31 maart 1993 (Stb. 212).
- ⁷²⁾ Richtlijn van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (89/665/EEG), Pb. 1989, L 395/33.
- ⁷³⁾ Artikel 2, lid 1 jo. lid 6, van de richtlijn.
- ⁷⁴⁾ HvJ EG inzake Deutsche Milchkontor, arrest van 21 september 1983, gevoegde zaken 205-215/82, Jurisprudentie 1983, p. 2633, e.v.
- ⁷⁵⁾ Deutsche Milchkontor, zie noot 74.
- ⁷⁶⁾ HvJ EG inzake Maizena, arrest van 15 december 1982, zaak 5/82, Jurisprudentie 1982, p. 4601 e.v..
- ⁷⁷⁾ Ook nationale regelingen die niet naar herkomst of bestemming discrimineren, kunnen met de verdragsbepalingen inzake een vrij verkeer van goederen en een vrij verkeer van diensten in strijd zijn. Zie Kapteyn-Verloren van Themaat, a.w. noot 8, i.h.bijz. p. 257-269 (vrij verkeer van goederen) en 290-295 (vrij dienstenverkeer).
- ⁷⁸⁾ Konstantinidis, zie noot 9.
- ⁷⁹⁾ HvJ EG inzake Alsthom Atlantique, arrest van 24 januari 1991, zaak C-339/89, Jurisprudentie 1991, p. I-107 e.v.; de uitspraak is geannoteerd door M.R. Mok in TVVS 1991, p. 166/167.
- ⁸⁰⁾ Zie daarover R.M.A. Guldenmund, Strafrechtelijke handhaving van gemeenschapsrecht, Arnhem 1992.
- ⁸¹⁾ Zie de in noot 48 genoemde arresten.
- ⁸²⁾ HvJ EG inzake Johnston, arrest van 15 mei 1986, zaak 222/84, Jurisprudentie 1986, p. 1651 e.v.; HvJ EG inzake Heylens, arrest van 15 oktober 1987, zaak 222/86, Jurisprudentie 1987, p. 4097 e.v..
- ⁸³⁾ Comet, zie noot 48.
- ⁸⁴⁾ HvJ EG inzake Colson, arrest van 10 april 1984, zaak 14/83, Jurisprudentie 1984, p. 1891 e.v.; HvJ EG inzake Harz, arrest van 10 april 1984, zaak 79/83, Jurisprudentie 1984, p. 1921 e.v.; HvJ EG inzake Johnston, arrest van 15 mei 1986, zaak 222/84, Jurisprudentie 1986, p. 1651 e.v.; conclusie van A-G W. van Gerven van 26 januari 1993 in zaak C-271/91 (Marshall II). Inmiddels heeft het Hof -op 2 augustus 1993- arrest gewezen.
- ⁸⁵⁾ Dekker, zie noot 49.
- ⁸⁶⁾ HvJ EG inzake Factortame, arrest van 19 juni 1990, zaak C-213/89, Jurisprudentie 1990, p. I-2433 e.v.; SEW 1991, p. 474 e.v., m.nt. R.H. Lauwaars.
- ⁸⁷⁾ Emmott, zie noot 50.
- ⁸⁸⁾ Francovich, zie noot 28.
- ⁸⁹⁾ In ander verband werd al gewezen op richtlijn 89/665/EEG over de beroepsprocedures i.v.m. overheidsaanbestedingen; zie noot 72. Een adequate rechtsbescherming wordt ook verlangd door de gelijke behandelingsrichtlijnen die imperatief voorschrijven dat de burger in staat moet worden gesteld 'zijn rechten voor het gerecht te doen gelden'; zie o.m. artikel 6 van de in noot 33 genoemde richtlijn 76/207/EEG. Vrij algemeen is overigens de richtlijnbevestiging op grond waarvan de nationale administratie (afwijzende) besluiten moet motiveren en de burger op beroepsmogelijkheden en de daarvoor geldende termijnen moet attenderen.
- ⁹⁰⁾ De voltooiing van de interne markt, Witboek van de Commissie voor de Europese Raad Milaan 28-29 juni 1985, COM (85) 310 def..
- ⁹¹⁾ Wetgevingsprogramma van de Commissie voor 1993 (93/C 125/02), Pb. 1993, C 125/9.
- ⁹²⁾ Aldus "Europe", 7/8 december 1992, nr. 5873, p. 13.
- ⁹³⁾ Advies van het ECOSOC over 'De consument en de interne markt', Brussel, 24 november 1992, CES 1320/92.
- ⁹⁴⁾ Zie met name G. Betlem, die de zaak Dekker in NTBR 1992, p. 151 e.v., bespreekt onder de titel 'Europees Onrechtmatig Daadsrecht'.
- ⁹⁵⁾ HvJ EG inzake Marshall, arrest van 26 februari 1986, zaak 152/84, Jurisprudentie 1986, p. 723 e.v.; HvJ EG inzake Foster, arrest van 12 juli 1990, zaak C-188/89, Jurisprudentie 1990, p. I-3313 e.v.; HvJ EG inzake Kolpinghuis, zie noot 113.
- ⁹⁶⁾ HR 23 november 1990, AB 1991, 298, m.nt. FHvdB.
- ⁹⁷⁾ Zie noot 33.
- ⁹⁸⁾ Zie de in noot 47 genoemde rechtspraak.
- ⁹⁹⁾ Defrenne, zie noot 17.
- ¹⁰⁰⁾ HvJ EG inzake Walrave en Koch, arrest van 12 december 1974, zaak 36-74, Jurisprudentie 1974, p. 1405 e.v.. Althans voor de horizontale werking van de artikelen 48 en 59 van het EEG-Verdrag is de betekenis van het arrest niet onomstreden; zie J. Stuyck en K. Geens, Vrij verkeer van advocaten in de EEG, SEW 1993, p. 111 e.v., op p. 116.
- ¹⁰¹⁾ T. Koopmans, aangehaald in Interview met mr. T. Koopmans, AA 1987, p. 138 e.v., op p. 142, r.k.; zie

- voor de verdragsconforme interpretatie door de HR i.v.m. het EVRM P. van Dijk, De houding van de Hoge Raad jegens de verdragen inzake de rechten van de mens, in: De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel: de veranderingen in de rol van de Hoge Raad als rechtsvormer. Zwolle 1988, p. 173 e.v., op p. 189/191.
- ¹⁰²⁾ Met name de Afdeling rechtspraak is terughoudend; zie in dit verband onder meer P. Nicolai, Beginselen van behoorlijk bestuur, NTB 1992, p. 234 e.v., op p. 238. Zie meer in het algemeen voor de contra legem werking van beginselen M.L.P. van Houten, Contra legem werking van beginselen, toetsing van de wet aan beginselen en beginselconforme interpretatie van de wet, AA 1992, p. 42 e.v..
- ¹⁰³⁾ Zie de arresten inzake Colson (noot 84), Kolpinghuis (noot 113) en Marleasing (noot 105).
- ¹⁰⁴⁾ In deze zin ook R.H. Lauwaars, 'Voor elck wat wils' ofwel de vertraagde uitvoering van EEG-richtlijnen, Fiscaal weekblad FED 1993, p. 705 e.v., op p. 707.
- ¹⁰⁵⁾ HvJ EG inzake Marleasing, arrest van 13 november 1990, zaak C-106/89, Jurisprudentie 1990, p. I-4135 e.v..
- ¹⁰⁶⁾ Eerste richtlijn van de Raad van 9 maart 1968 strekkende tot het coördineren van de waarborgen, welke in de Lid-Staten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 58 van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden, zulks teneinde die waarborgen gelijkwaardig te maken (68/151/EEG), Pb. 1968, L 65/8. R.o. 13 en dictum.
- ¹⁰⁷⁾ R.o. 9.
- ¹⁰⁸⁾ SEW 1992, p. 816 e.v..
- ¹⁰⁹⁾ Sacha Prechal, Richtlijnconforme uitleg: Alice in Wonderland, Weekblad Fiscaal Recht 1991/5984, p. 1596 e.v..
- ¹¹¹⁾ Francovich, zie noot 28.
- ¹¹²⁾ HR 12 oktober 1984, NJ 1985, 230. m.nt. G.
- ¹¹³⁾ HvJ EG inzake Kolpinghuis, arrest van 8 oktober 1987, zaak 80/86, Jurisprudentie 1987, p. 3969 e.v.; AA 1988, p. 329 e.v., m.nt. C.W.A. Timmermans.
- ¹¹⁴⁾ Emmott, zie noot 50, r.o. 21.
- ¹¹⁵⁾ HR 24 juni 1988, NJ 1988, 1002; HvJ EG 8 november 1990, zaak C-177/88, Jurisprudentie 1990, p. I-3941 e.v.; HR 13 september 1991, NJ 1992, 225. De zaak is onder meer besproken door G. Betlem in Europees Onrechtmatig Daadsrecht, NTBR 1992, p. 151 e.v..
- ¹¹⁶⁾ Zie Betlem, a.w. noot 115, p. 154.
- ¹¹⁷⁾ Uit de parlementaire behandeling van het wetsontwerp tot herziening van de wetgeving inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen (Stb. 1989, 168) blijkt veeleer een neiging de werkgever te ontzien, als deze geen opzet had om te discrimineren: 'Zeker in gevallen, waarin niet zozeer met opzet, maar door onbekendheid met de reikwijdte van de uit deze wetgeving voortvloeiende verplichtingen ongelijk behandeld is, zal het oordeel van de commissie (de Commissie gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid: LK) op vrijwillige basis opgevolgd worden en zou een proces bij de rechter een te zwaar middel zijn' (TK 1986-1987, 19 908, nr. 3, p. 7).
- ¹¹⁸⁾ Zie bijv. Vzt. CBB, 4 januari 1991, AB 1991, 185, Milieu en Recht 1991, p. 219 e.v. m.nt. Jans en Uylenburg, AA 1991, p. 576 e.v. m.nt. Th.G. Druipsteen. Bij de beantwoording van de vraag of een Electriciteitsplan als bedoeld in artikel 15 van de Electriciteitswet 1989 aan een zgn. milieu-effectbeoordeling diende te worden onderworpen, baseerde de Vzt. zich rechtstreeks op de desbetreffende richtlijn 85/337, zonder de nationale uitvoeringswetgeving (het Besluit milieu-effectrapportage) zelfs maar in de beschouwingen te betrekken. Voor het terzijde stellen van de nationale wetgeving bestond geen aanleiding, nu deze (ook volgens de annotatoren) niet met de richtlijn in strijd was. Overigens is het opmerkelijk dat de m.e.r.-plicht waartoe de Vzt. concludeerde, volgens de annotatoren niet uit de richtlijn, maar (wellicht) wel uit de nationale uitvoeringswetgeving kon worden afgeleid.
- ¹¹⁹⁾ Afdeling voor de geschillen van bestuur van de Raad van State, 17 februari 1993, Milieu en Recht 1993/5, p. 305, m.nt. G.H. Addink.
- ¹²⁰⁾ Addink, a.w. noot 119, p. 308.
- ¹²¹⁾ L. Dommering-Van Rongen legt een verband tussen richtlijnconforme interpretatie en de vuistregels van de HR voor anticipatie in Produktenaansprakelijkheid, Kluwer-Deventer 1991, p. 42. Van belang is in dit verband ook HR 25 september 1992, NJ 1992, 750, AA 1993, p. 207 e.v. m.nt. Th.M. de Boer; het arrest betreft anticipatie op een multilateraal verdrag, en wel het in noot 19 bedoelde EEG-Overeenkomstenverdrag.
- ¹²²⁾ Zie C.T. Dekker, Diagonale werking van Europese richtlijnen?, SEW 1991, p. 782 e.v. op p. 786 en G. Betlem, Een vierde type van rechtsvinding, NJB 1991, p. 1363 e.v., op p. 1364 r.k..
- ¹²³⁾ Aldus ook Dommering-Van Rongen, a.w. noot 121, p. 36.
- ¹²⁴⁾ Francovich, zie noot 28, r.o. 43.
- ¹²⁵⁾ Al in februari 1992 wijdde het NJB een themanummer (8) aan Francovich. Zie voorts onder meer Wattel, a.w. noot 140, Prechal, a.w. noot 144 en Van Gerven, a.w. noot 145.
- ¹²⁶⁾ HvJ EG inzake Rheinmühlen, arrest van 16 januari 1974, zaak 166-73, Jurisprudentie 1974, p. 33 e.v..

- ¹²⁷⁾ Zie D.J. Veegens, bew. E. Korthals Altes en H.A. Groen, Cassatie in burgerlijke zaken, derde druk, Zwolle 1989, nr. 174.
- ¹²⁸⁾ HvJ EG inzake Duijnste, zaak 288/82, arrest van 15 november 1983, Jurisprudentie 1983, p. 3663 e.v.. Het arrest werd ook gepubliceerd in NJ 1984, 695, m.nt. LWH/JCS.
- ¹²⁹⁾ Zie noot 128.
- ¹³⁰⁾ Veegens-Korthals Altes-Groen, a.w. noot 127, nr. 153.
- ¹³¹⁾ Zie bijvoorbeeld HR 8 januari 1988, NJ 1988, 942, m.nt. C.W.A. Timmermans.
- ¹³²⁾ HR 24 april 1992, NJ 1992, 672, m.nt. PAS.
- ¹³³⁾ Factortame, zie noot 86.
- ¹³⁴⁾ HvJ EG inzake Foto-Frost, arrest van 22 oktober 1987, zaak 314/85, Jurisprudentie 1987, p. 4199 e.v.; HvJ EG inzake Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG, arrest van 21 februari 1991, gevoegde zaken C-143/88 en C-92/89, Jurisprudentie 1991, p. I-415 e.v.
- ¹³⁵⁾ Zie de in noot 84 genoemde rechtspraak.
- ¹³⁶⁾ Zie de in noot 84 genoemde conclusie van A-G Van Gerven.
- ¹³⁷⁾ Zie hoofdstuk 5.2.4.
- ¹³⁸⁾ Heukels, a.w. noot 53, p. 319.
- ¹³⁹⁾ Emmott, zie noot 50.
- ¹⁴⁰⁾ C.M. Bitter en A.A. van Rossum, Formele rechtskracht en onverbindendheid van wetgeving (HR 16 oktober 1992, AB 1993, 40), NTB 93/6, p. 206 e.v., op p. 210; Peter Wattel, Het spectaculaire trio Emmott, Francovich & Bonifaci, Weekblad Fiscaal Recht 1992/6007, p. 626 e.v., op p. 629/630.
- ¹⁴¹⁾ Sacha Prechal in haar annotatie van het arrest in Actualiteitenkatern Nemesis 1992 nr 1, p.6 e.v., op p. 8 m.k.. Ook Wattel, a.w. noot 140, p. 632/633, oppert de mogelijkheid dat het arrest betekenis heeft voor nationale verjaringstermijnen, maar is wat voorzichtiger.
- ¹⁴²⁾ Meij spreekt in zijn annotatie van het arrest in AB (zie noot 50) van 'hardhandig'.
- ¹⁴³⁾ Zie bijvoorbeeld de arresten inzake Defrenne en Barber, noot 17.
- ¹⁴⁴⁾ Sacha Prechal in haar annotatie van het Francovich-arrest in Actualiteitenkatern Nemesis 1992 nr 1, p. 9 e.v., op p. 12 l.k..
- ¹⁴⁵⁾ Walter van Gerven, Bescherming van individuele rechten op basis van normatieve aansprakelijkheid in het Europese gemeenschapsrecht, Tijdschrift voor Privaatrecht 1993, p. 5 e.v., op p. 18/19.
- ¹⁴⁶⁾ HvJ EG inzake Commissie/Nederland, arrest van 20 mei 1992, zaak C-190/90, Jurisprudentie 1992, I-3265 e.v. (Franse editie).
- ¹⁴⁷⁾ Zie voor het begrippenpaar "modificatie" en "codificatie" in ander verband T. Koopmans, De rol van de wetgever, in: Honderd jaar rechtsleven, Zwolle 1970, p. 221 e.v.. Zie daarover voorts W. van Gerven, Aan de samenvloeiing van privaatrecht en publiekrecht: gelede normstelling en beginselen van behoorlijk handelen, in: In orde, Liber Amicorum Pieter VerLoren van Themaat, Deventer 1982, p. 99 e.v..
- ¹⁴⁸⁾ Zo kwam de in noot 32 genoemde richtlijn inzake zelfstandige handelsagenten eerst tot stand nadat na tien jaar onderhandelen de Duitse en Engelse standpunten waren verenigd. Het oorspronkelijke ontwerp was vooral op het Duitse recht (de figuur van de 'Handelsvertreter') gebaseerd en kon om die reden in Engelse ogen geen genade vinden. Het uiteindelijke (compromis-)resultaat is een laag niveau van harmonisatie. Zie daarover Ole Lando, Principles of European Contract Law, in: Liber Memorialis Francois Laurent, Brussel 1989, p. 555 e.v., op p. 560.
- ¹⁴⁹⁾ Zie noot 4.
- ¹⁵⁰⁾ J.H.M. van Erp, Europees privaatrecht in ontwikkeling?, in: Themis en Europa, Zwolle 1989, p. 61 e.v..
- ¹⁵¹⁾ Zie het in noot 4 bedoelde antwoord van de Commissie op de schriftelijke vraag van mevrouw Ursula Braun-Moser.
- ¹⁵²⁾ Aangehaald door Lando, a.w. noot 148, p. 556, noot 3.
- ¹⁵³⁾ Zie voor het waarom, de inhoud en de gevolgen van en de voorwaarden voor een EMU prof.dr. C.J. Oort, Economische en monetaire unie in Europa; het 'plan-Delors', SEW 1990, p. 46 e.v..
- ¹⁵⁴⁾ E.P. Wellenstein, De keuze der terreinen van Europese wetgeving, in: In orde, Liber Amicorum Pieter VerLoren van Themaat, Deventer 1982, p. 339 e.v..