

EUROPESE VERORDENINGEN EN NEDERLANDS VERMOGENSRECHT

Ruben de Graaff & Dorine Verheij*

Steeds meer verordeningen bevatten vermogensrechtelijke regels. In deze bijdrage brengen wij deze ontwikkeling in kaart en bespreken wij welke consequenties zij heeft voor de inzichtelijkheid, kenbaarheid en coherentie van het vermogensrecht. Ook geven wij aan hoe wetenschappers, wetgevingsjuristen en rechters met deze ontwikkeling kunnen omgaan.

1 Vijfentwintig jaar codificatie van Nederlands vermogensrecht

In 1992 trad de kern van het nieuwe Burgerlijk Wetboek in werking. De hercodificatie moest de wetgeving bij de tijd brengen en de inzichtelijkheid en kenbaarheid van het burgerlijk recht vergroten.¹ Overeenkomstig het ontwerp van Meijers werd het vermogensrecht gesystematiseerd door middel van een algemeen deel (Boek 3) en bijzondere delen over goederenrecht (Boek 5) en verbintenissenrecht (Boek 6). Daarnaast werden specifieke regels ingevoerd voor de meest voorkomende overeenkomsten (Boek 7) en voor verschillende wijzen van vervoer (Boek 8).

Vanaf de jaren tachtig ging ook de Europese wetgever zich steeds intensiever met het vermogensrecht bezighouden. Hij introduceerde diverse richtlijnen om de werking van de interne markt te verbeteren. De implementatie van deze richtlijnen in het Burgerlijk Wetboek riep bij meerdere auteurs weerstand op. Was de geestelijke erfenis van Meijers in gevaar?²

Terwijl men in Nederland discussieerde over de gevolgen van de introductie van richtlijnen, sprak de Europese Commissie haar voorkeur uit voor het gebruik van verordeningen. Inmiddels zijn verschillende onderdelen van het vermogensrecht door middel van verordeningen geharmoniseerd. Aan deze ontwikkeling is tot op heden weinig aandacht besteed, althans niet vanuit het perspectief van de eenheid van het vermogensrecht. In deze bijdrage geven wij daarom eerst een overzicht van de ontwikkeling van het gebruik van richtlijnen (par. 2) naar het

gebruik van verordeningen (par. 3). Vervolgens bespreken wij welke consequenties het gebruik van verordeningen heeft voor de inzichtelijkheid, kenbaarheid en coherentie van het geldende vermogensrecht (par. 4). Tot slot geven wij aan hoe wetenschappers, wetgevingsjuristen en rechters met deze ontwikkeling kunnen omgaan (par. 5).

Verschillende onderdelen van het vermogensrecht zijn door middel van verordeningen geharmoniseerd. Aan deze ontwikkeling is tot op heden weinig aandacht besteed, althans niet vanuit het perspectief van de eenheid van het vermogensrecht

2 Harmonisatie van vermogensrecht door richtlijnen

Het kerndoel van de Europese samenwerking is sinds jaar en dag het tot stand brengen van een gemeenschappelijke markt waarin het vrij verkeer van goederen, diensten, personen en kapitaal wordt verzekerd.³ Om de werking van deze markt te verbeteren, heeft de Europese wetgever de afgelopen decennia verschillende onderdelen

* Mr. R. de Graaff en mr. D.J. Verheij zijn als promovendi verbonden aan het Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Leiden. Beiden zijn oud-redacteur van dit blad.

1 A.S. Hartkamp, *Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht* (Mon. Nieuw BW, deel A1), Deventer: Wolters Kluwer 2017/4.

2 C. Bollen & G.R. de Groot, 'Verknoeit het Europese recht ons Burgerlijk Wetboek?', *NTBR* 1995, p. 1-10; J.E. Fesevur, 'De waarde van een systeem en de noodzaak van handboeken', *NTBR* 2005, p. 287, die vond dat de Nederlandse wetgever 'beklemd zit tussen ons nationale systeem en een dictaat vanuit "Europa"'; W.L. Valk, 'Europa en de erfenis van Meijers', *NTBR* 2007/5, p. 45: 'Er blijkt inmiddels een houten paard Troje te zijn binnengebracht'; H.N. Schelhaas, 'Inconsistenties in het verbintenissenrecht: de wetswijziging betaaldiensten', *NTBR* 2010/1, p. 1.

3 Zie voor deze doelstelling art. 26 VWEU (en voorlopers).

4 Een actueel overzicht is te vinden in H.B. Krans e.a. (red.), *Tekst & Commentaar Vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 2845 e.v.

5 H. Rösler, 'Europeanisation of Private Law Through Directives – Determining Factors and Modalities of Implementation', *European Journal of Law Reform* 2010, p. 305-322, 312-315; M.W. Hesselink, 'The Ideal of Codification and the Dynamics of Europeanisation: The Dutch Experience', *European Law Journal* 2006, p. 279-305, 295-304.

6 Zie reeds HvJ EEG 30 mei 1991, C-59/89, ECLI:EU:C:1991:225 (*Commissie/Duitsland*), r.o. 18; HvJ EEG 28 februari 1991, C-131/88, ECLI:EU:C:1991:87 (*Commissie/Duitsland*), r.o. 6.

7 P. Craig & G. De Búrca, *EU Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2015, p. 626-627.

8 Dit streven komt ook tot uitdrukking in Aanwijzing 333 (aansluiting bij bestaande instrumenten), *Aanwijzingen voor de re-*



Foto: Manon Heinsman | © Ars Aequi

gelgeving (Kenniscentrum Wetgeving en Juridische Zaken, 2014), beschikbaar via www.kcvj.nl/kennisbank/aanwijzingen-voor-de-regelgeving, laatst geraadpleegd op 1 oktober 2017.

- 9 Zoals bevestigd door de minister van Justitie tijdens de parlementaire behandeling van de implementatie van Richtlijn 2002/47/EG over financiële zekerheids-overeenkomsten: *Handelingen I* 2004/05, 17, p. 759-760.
- 10 HvJ EG 10 mei 2001, C-144/99, ECLI: EU:C:2001:257 (*Commissie/Nederland*).
- 11 Hesselink 2006, p. 282-286.
- 12 *Kamerstukken II* 2015/16, 34292, 3, p. 5 (MvT) over de omzetting van Richtlijn 2014/17/EU over hypothecair consumentenkrediet in afdeling 7.2B.3 BW; *Kamerstukken II* 2008/09, 31892, 3, p. 29 (MvT) over de omzetting van Richtlijn 2007/64/EG over betalingsdiensten in Titel 7B BW. Dezelfde aanpak is gekozen bij de omzetting van Richtlijn 2011/83/EU over consumentenrechten in o.a. Afdeling 6.2B BW, zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33520, 3, p. 6 (MvT).
- 13 Voor een wetboek van consumentenrecht: W.H. van Boom, 'Algemene en bijzondere regelingen in het vermogensrecht', *RMThemis* 2003, p. 297-306, 300; M.W. Hesselink, 'Naar een (Europees) wetboek van consumentenrecht?', *NJB* 2007/693, p. 850-857. Voor een wetboek van Europees vermogensrecht: J.M. Smits, 'Europese integratie in het vermogensrecht: een pleidooi voor keuzevrijheid', in: *Europese Integratie* (Handelingen

van het vermogensrecht door middel van richtlijnen geharmoniseerd. Deze richtlijnen moeten ervoor zorgen dat consumenten en ondernemingen een betere toegang hebben tot en meer vertrouwen krijgen in de interne markt, hetgeen tot meer grensoverschrijdende transacties zou moeten leiden. De meeste vermogensrechtelijke richtlijnen zien daarom op het overeenkomstenrecht en met name op consumentenovereenkomsten. Ook bepaalde onderdelen van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht en een enkel aspect van het goederenrecht zijn geharmoniseerd. Zo is inmiddels een scala aan onderwerpen op Europees niveau geregeld: van misleidende reclame tot oneerlijke handelspraktijken, van productaansprakelijkheid tot aansprakelijkheid wegens inbreuken op het mededingingsrecht, van teruggave van cultuurobjecten tot pakketreizen.⁴

De nationale wetgever moet een richtlijn binnen een bepaalde termijn omzetten in wetgeving. Op grond van artikel 288 VWEU is hij daarbij gebonden aan het 'te bereiken resultaat', maar behoudt hij de bevoegdheid 'vorm en middelen te kiezen'. De wetgever mag bij de implementatie dus bepaalde keuzes maken.⁵ Hij mag de richtlijnbevestigingen inpassen in de nationale codificatie of opnemen in een aparte wet. Hij mag de reikwijdte van de richtlijn volgen of deze verruimen. Hij mag de bewoordingen van de richtlijn overnemen, maar hij mag ook aansluiten bij de terminologie die in het nationale recht gangbaar is. De wetgever hoeft een richtlijn im-

mers niet 'formeel en woordelijk' over te nemen.⁶ Is er sprake van minimumharmonisatie, dan mag de wetgever bovendien een hoger beschermingsniveau bieden of behouden dan op grond van de richtlijn verplicht is.⁷

De Nederlandse wetgever heeft ervoor gekozen Europese richtlijnen te integreren in de bestaande regelgeving. Vermogensrechtelijke richtlijnbevestigingen worden dus in beginsel in het Burgerlijk Wetboek opgenomen

De Nederlandse wetgever heeft ervoor gekozen Europese richtlijnen te integreren in de bestaande regelgeving.⁸ Vermogensrechtelijke richtlijnbevestigingen worden dus in beginsel in het Burgerlijk Wetboek opgenomen.⁹ De wetgever stelde zich daarbij aanvankelijk terughoudend op. De regering vond het bijvoorbeeld niet noodzakelijk de Richtlijn oneerlijke bedingen om te zetten, omdat dezelfde doelstellingen evengoed zouden kunnen worden bereikt door een welwillende uitleg van de pas ingevoerde algemenevoorwaardenregeling en het algemene overeenkomstenrecht. Het kwam Nederland op

een inbreukprocedure en een reprimande van het Hof van Justitie te staan.¹⁰ Ook wat betreft de terminologie wilde de wetgever aanvaankelijk zoveel mogelijk aansluiten bij het Burgerlijk Wetboek.¹¹ Tegenwoordig volgt hij juist 'zoveel mogelijk letterlijk de bepalingen van de richtlijn', aangezien de implementatiewetgeving steeds in overeenstemming met de achterliggende richtlijn moet worden uitgelegd.¹²

Inmiddels kent het Burgerlijk Wetboek verschillende Europeesrechtelijke eilandjes, die niet als zodanig herkenbaar zijn, maar qua terminologie en systematiek wel kunnen afwijken van het algemene vermogensrecht. Deze ontwikkeling heeft tot discussie geleid. Meerdere auteurs vroegen zich af of implementatie in een apart wetboek niet overzichtelijker zou zijn.¹³ Andere auteurs pleitten juist tegen een gescheiden behandeling van Europees en Nederlands vermogensrecht. Het Europese vermogensrecht moet volgens hen worden geïntegreerd in het Burgerlijk Wetboek, teneinde de innerlijke consistentie en coherentie van de codificatie te behouden.¹⁴ Volgens Valk zetten de Europese richtlijnen fundamentele waarden als inzichtelijkheid, kenbaarheid en innerlijke consistentie juist steeds verder onder druk. 'Ons BW loopt ernstig gevaar', waarschuwde hij, en 'dat gevaar heet Europa'. Hij riep op tot 'een breed debat over de toekomst van onze codificatie'.¹⁵ In zijn reactie koos Loos de vlucht naar voren. De wetgever zou de implementatie van richtlijnen moeten aangrijpen om het algemene vermogensrecht opnieuw te doordenken en waar mogelijk te moderniseren. Wil de wetgever inconsistenties voorkomen, dan zou hij het Nederlandse recht zoveel mogelijk op een lijn moeten brengen met het Europese recht.¹⁶

Inmiddels kent het Burgerlijk Wetboek verschillende Europeesrechtelijke eilandjes, die niet als zodanig herkenbaar zijn, maar qua terminologie en systematiek wel kunnen afwijken van het algemene vermogensrecht

Bij deze discussie moet een kanttekening worden geplaatst. Het Burgerlijk Wetboek is zelf ook een lappendeken van algemene en bijzondere regelingen. Zo is er burgerlijk recht voor consumenten en voor grote ondernemingen, voor werknemers en zelfstandigen, voor verschillende typen kopers en huurders. Er is daarnaast een apart wetboek over verkeersmiddelen en vervoer dat grotendeels is gebaseerd op internationale verdragen en een geheel eigen systematiek kent. Het Burgerlijk Wetboek is bovendien niet alomvattend. Delen van het geldende vermogensrecht zijn nog steeds opgenomen in andere wetten uit andere tijden, zoals de Belemmeringenwet Privaatrecht, de Faillissementswet, de

Onteiningswet en het Wetboek van Koophandel. Het bestaan van bijzondere regelingen is dus niet vreemd. Met de afstemming tussen bijzondere regels en het algemene vermogensrecht is de rechtspraktijk al geruime tijd vertrouwd. De ophef over de implementatie van richtlijnen moet in zoverre worden gerelativeerd: enige mate van verbrokkeling is eigen aan elke codificatie.¹⁷

De ophef over de implementatie van richtlijnen moet worden gerelativeerd: enige mate van verbrokkeling is eigen aan elke codificatie

3 Harmonisatie van vermogensrecht door verordeningen

Terwijl men in Nederland discussieerde over de gevolgen van de introductie van richtlijnen, sprak de Europese Commissie in Brussel haar voorkeur uit voor het gebruik van verordeningen, zowel voor het invoeren van nieuwe regels als voor het vervangen van bestaande richtlijnen.¹⁸ Ook voormalig eurocommissaris Monti adviseerde verordeningen te gebruiken om de interne markt te reguleren:

'Verordeningen hebben het voordeel dat ze duidelijk, voorspelbaar en doeltreffend zijn. Ze scheppen gelijke voorwaarden voor burgers en bedrijven en bieden meer mogelijkheden voor privaatrechtelijke rechtshandhaving.'¹⁹

Deze voorkeur komt in de eerste plaats voort uit een onvrede over de werking van richtlijnen. Richtlijnen zijn voor hun effect vrijwel volledig afhankelijk van implementatie, omdat ze niet rechtstreeks mogen worden toegepast in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen.²⁰ Zo blijven er verschillen bestaan tussen de nationale rechtssystemen. Naast kennis van het richtlijnenrecht blijft kennis van het internationaal privaatrecht en van het toepasselijke nationale recht daarom noodzakelijk.

De voorkeur voor verordeningen sluit in de tweede plaats aan bij ontwikkelingen binnen het richtlijnenrecht. Richtlijnen zijn steeds meer op verordeningen gaan lijken.²¹ Ze werden gedetailleerder en lieten daardoor minder ruimte voor het nationale recht.²² De strenge rechtspraak van het Hof van Justitie leert bovendien dat de uitleg van de implementatiewetgeving eigenlijk niet tot andere resultaten mag leiden dan de richtlijn voorschrijft.²³ Tegen deze achtergrond is het niet verwonderlijk dat de Nederlandse wetgever tegenwoordig zoveel mogelijk de letter van de richtlijnbeoordeling volgt.

De stap naar rechtstreekse toepassing van Unierecht wordt zo wel erg klein. Dan ligt de keuze voor een verordening meer voor de hand. Een verordening is namelijk 'verbindend in al haar onderdelen' en 'rechtstreeks toepasselijk in elke lidstaat'.²⁴ Anders dan een richtlijn treedt een verordening dus in werking 'zonder dat daartoe enige maatregel tot opnemning in

Nederlandse Juristen-Vereeniging 2006-I), Deventer: Kluwer 2006, p. 103-104.

14 M.B.M. Loos, 'De invloed van het Europese richtlijnenrecht op de coherentie van het Nederlandse privaatrecht', *NTBR* 2007/20, p. 176-179; M.H. Wissink, 'Over volledige harmonisatie en herinrichting van het BW', *Vermogensrechtelijke Analyses* 2009, p. 69-70.

15 Valk 2007, p. 45.

16 Loos 2007, p. 176-179. Zo ook W. van Gerven, 'Over codificatie, convergentie en algemene beginselen in een meergelagd privaatrecht', *SEW* 2008/187, p. 414-424.

17 In die zin ook W. Snijders, 'Een blik op het BW', *NJB* 2007, p. 10-16.

18 Mededeling van de Commissie – Een Europa van resultaten – toepassing van het gemeenschapsrecht, 5 september 2007, COM(2007)502 definitief, p. 5 en noot 12. Tien jaar eerder spraken de lidstaten juist hun voorkeur uit voor het gebruik van richtlijnen in plaats van verordeningen, in het aan het Verdrag van Amsterdam gehechte Protocol betreffende de toepassing van het subsidiariteits- en evenredigheidsbeginsel, *PbEG* 1997, C 340/105.

19 M. Monti, *Een nieuwe strategie voor de eengemaakte markt* (rapport t.b.v. de Europese Commissie, 9 mei 2010), beschikbaar via http://ec.europa.eu/internal_market/strategy/docs/monti_report_final_10_05_2010_nl.pdf, laatst geraadpleegd op 1 oktober 2017.

20 HvJ EEG 13 november 1990, C-106/89, ECLI:EU:C:1990:395 (*Marleasing/Comercial Internacional de Alimentación*), r.o. 6 en HvJ EEG 26 februari 1986, C-152/84, ECLI:EU:C:1986:84 (*Marshall/Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*), r.o. 48.

21 *Handleiding Wetgeving en Europa. De voorbereiding, totstandkoming en nationale implementatie van Europese regelgeving*, p. 71-72, beschikbaar via www.kcwj.nl/sites/default/files/HWEuropa_opmaak.pdf, laatst geraadpleegd op 1 oktober 2017.

22 C. Twigg-Flesner, 'Good-Bye Harmonisation by Directives, Hello Cross-Border only Regulation?', *European Review of Contract Law* 2011, p. 245; F. Wilman, 'The end of the absence? The growing body of EU legislation on private enforcement and the main remedies it provides for', *Common Market Law Review* 2016, p. 887-935, 893.

23 Zie recentelijk nog HvJ EU (Grote Kamer) 19 april 2016, C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278 (*Danski Industri*), r.o. 28-34. De Deense Hoge Raad blijft overigens bij zijn standpunt dat het Deense recht niet in overeenstemming met Richtlijn 2000/78/EG over gelijke behandeling kan worden uitgelegd: Hoge Raad (Denemarken) 6 december 2016, zaak 15/2014 (*Danski Industri*).

24 Art. 288 VWEU.

25 HvJ EU 14 juli 2011, C-4/10 en C-27/10, ECLI:EU:C:2011:484 (*Bureau national interprofessionnel du Cognac*), r.o. 66; zie reeds HvJ EEG 7 februari 1973, 39/72, ECLI:EU:C:1973:13 (*Commissie/Italië*), r.o. 10; HvJ EEG 10 oktober 1973, C-34/73, ECLI:EU:C:1973:101 (*Fratelli Variola S.p.A.*), r.o. 10.

26 Dit zogenaamde 'overschrijverbod' volgt

uit HvJ EEG 7 februari 1973, 39/72, ECLI:EU:C:1973:13 (*Commissie/Italië*), r.o. 17; HvJ EEG 10 oktober 1973, C-34/73, ECLI:EU:C:1973:101 (*Fratelli Variola S.p.A.*), r.o. 11.

27 R. Král, 'National normative implementation of EC Regulations: An exceptional or rather common matter?', *European Law Review* 2008, p. 243-256.

28 Zie reeds J.A. Winter, 'Direct Applicability and Direct Effect. Two Distinct and Different Concepts in Community Law', *Common Market Law Review* 1972, p. 425-438.

29 Een ander voorbeeld biedt het intellectuele-eigendomsrecht. De bestaande verordeningen roepen wel veel vermogensrechtelijke vragen op. D.J.G. Visser & J.B. Spath, 'Waar is Boek 9 dan gebleven?', *AA 2017*, p. 381-385 (AA20170381), pleiten daarom voor de invoering van Boek 9 BW.

30 Verordening (EEG) 295/91 tot vaststelling van gemeenschappelijke regels voor compensatie bij instapweigering in het geregeld luchtvervoer (inmiddels Verordening (EG) 261/2004 tot vaststelling van gemeenschappelijke regels inzake compensatie en bijstand aan luchtreizigers bij instapweigering en annulering of langdurige vertraging van vluchten).

31 Verordening (EG) 1371/2007 over de rechten en verplichtingen van reizigers in het treinverkeer.

32 Verordening (EU) 1177/2010 over de rechten van passagiers die over zee of binnenwateren reizen.

33 Verordening (EU) 181/2011 over de rechten van autobus- en touringcar-passagiers.

34 Zie voor een overzicht van de regelgeving I. Koning, M.J. Boon & M.D.A. van Bodegraven, 'Europese passagiersverordeningen. Spoor, weg, zee en binnenwateren in de sliptstream van het luchtvervoer', *Tijdschrift Vervoer & Recht* 2011, p. 127-143.

35 Meestal onderdeel van de hiervoor genoemde verordeningen, soms apart geregeld: Verordening (EG) 1107/2006 inzake de rechten van gehandicapten en personen met beperkte mobiliteit die per luchtvervoer reizen.

36 Soms onderdeel van de hiervoor genoemde verordeningen, soms apart geregeld: Verordening (EG) 889/2002 over de aansprakelijkheid van luchtvervoerders bij ongevallen; Verordening (EG) 392/2009 over de aansprakelijkheid van vervoerders van passagiers over zee bij ongevallen. Deze verordeningen implementeren internationale verdragen waarbij de EU partij is (m.u.v. Verordening (EU) 181/2011).

37 Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende een gemeenschappelijk Europees kooprecht, 11 oktober 2011, COM(2011)635 definitief.

38 Zie voor enkele voorbeelden op het gebied van het betalingsverkeer: Asser/Hartkamp 3-/2015/192.

39 Art. 35bis Verordening (EU) 462/2013 tot wijziging van Verordening (EG) 1060/2009 inzake ratingbureaus.

40 Art. 11 lid 2 Verordening (EU) 1286/2014 over essentiële-informatiedocumenten voor verpakte retailbeleggingsproducten

het nationale recht is vereist.²⁵ Omzetting in nationale wetgeving is zelfs uit den boze, omdat dit zou kunnen leiden tot misverstanden over de rechtstreekse werking en uniforme toepassing van verordeningen.²⁶ Door de keuze voor een verordening worden implementatieperikelen en discussies over conforme interpretatie dus grotendeels vermeden. Grotendeels, omdat uitvoeringsmaatregelen wel degelijk nodig kunnen zijn als een verordening bepaalde kwesties aan het nationale recht overlaat.²⁷ Niet elke bepaling van een verordening zal voldoende duidelijk, nauwkeurig en onvoorwaardelijk zijn geformuleerd om zonder meer in een concreet geval te kunnen worden toegepast.²⁸

Door de keuze voor een verordening worden implementatieperikelen en discussies over conforme interpretatie grotendeels vermeden

Op sommige terreinen van het vermogensrecht geniet de verordening al langere tijd de voorkeur. Zo zijn de rechten en verplichtingen van passagiers en vervoersondernemingen hoofdzakelijk neergelegd in verordeningen.²⁹ Al vroeg in de jaren negentig bepaalde de Europese wetgever dat passagiers recht hebben op compensatie en bijstand bij instapweigering door een luchtvaartmaatschappij.³⁰ Later volgden verordeningen over de rechten van reizigers in het treinverkeer,³¹ van passagiers die over zee of binnenwateren reizen³² en van autobus- en touringcarpassagiers.³³ Op grond van deze verordeningen kunnen passagiers verschillende prestaties vorderen van vervoersondernemingen. Zij hebben onder bepaalde voorwaarden recht op restitutie van de ticketprijs, op alternatief vervoer en op verzorging tijdens en compensatie voor opgelopen vertraging.³⁴ Daarnaast bestaan er specifieke regels over de aansprakelijkheid van vervoerders voor schade aan rolstoelen,³⁵ voor verlies of beschadiging van bagage en voor overlijden of letsel van een passagier.³⁶

Ook op andere terreinen wordt de laatste jaren vaker voor verordeningen gekozen. Het meest verstrekkende voorstel van de Europese Commissie – de invoering van een Gemeenschappelijk Europees Kooprecht – heeft het niet gehaald.³⁷ Verschillende andere voorstellen zijn wel aangenomen, bijvoorbeeld op het gebied van het financieel recht.³⁸ Zo heeft de Uniewetgever niet alleen bepaald aan welke verplichtingen ratingbureaus zich moeten houden, maar ook onder welke voorwaarden ze door uitgevende instellingen en investeerders aansprakelijk kunnen worden gesteld. Deze aansprakelijkheidsgrond bestaat naast eventuele aansprakelijkheden op grond van het toepasselijke nationale recht.³⁹ Verder heeft de Uniewetgever vastgesteld dat retailbeleggers

onder bepaalde voorwaarden schadevergoeding kunnen vorderen van ontwikkelaars van retailbeleggingsproducten en verzekeringsgebaseerde beleggingsproducten.⁴⁰ Ook de digitale interne markt wordt deels via verordeningen gereguleerd. Sommige van deze verordeningen bevatten vermogensrechtelijke regels. De verordening over grensoverschrijdende 'portabiliteit' van online-inhoudsdiensten bepaalt bijvoorbeeld dat alle contractuele bepalingen die strijdig zijn met de verordening 'onafdwingbaar' zijn.⁴¹

Het is niet altijd duidelijk dat een verordening vermogensrechtelijke regels bevat. Zo verwacht men wellicht geen materiële aansprakelijkheidsregels in verordeningen op het gebied van justitiële samenwerking in burgerlijke zaken. Toch zit in de verordening over grensoverschrijdende insolventieprocedures de regel verscholen dat de curator – de 'insolventiefunctionaris' – aansprakelijk is voor 'alle aan plaatselijke schuldeisers toegebrachte schade' als hij de regels uit de verordening schendt.⁴² Ook de verordening over grensoverschrijdend conservatoir beslag op tegoeden op bankrekeningen bepaalt dat de schuldeiser aansprakelijk is 'voor iedere schade die de schuldenaar door het bevel tot conservatoir beslag lijdt en die te wijten is aan de schuldeiser'. Deze aansprakelijkheid laat eventuele aansprakelijkheden op grond van het toepasselijke nationale recht onverlet.⁴³

Het is niet altijd duidelijk dat een verordening vermogensrechtelijke regels bevat

De Uniewetgever heeft de laatste jaren ook bestaande richtlijnen vervangen door verordeningen. Zo is de Algemene verordening gegevensbescherming in de plaats gekomen van de Richtlijn bescherming persoonsgegevens.⁴⁴ Vanaf 25 mei 2018 kunnen natuurlijke personen op grond van deze verordening inzage, rectificatie, verwijdering en overdracht van hun persoonsgegevens vorderen van de partij die voor de verwerking van deze gegevens verantwoordelijk is.⁴⁵ Daarnaast bepaalt de verordening dat deze partij aansprakelijk is voor schade die is ontstaan als gevolg van een inbreuk op de verordening en bevat zij regels over hoofdelijke aansprakelijkheid en over de omvang van de verschuldigde schadevergoeding.⁴⁶ Deze aansprakelijkheid kan bijvoorbeeld in beeld komen als de betrokkene geen toestemming heeft gegeven voor de verwerking van zijn of haar persoonsgegevens.⁴⁷ Het geven van deze toestemming is in wezen een rechtshandeling.⁴⁸ Ten slotte is de Richtlijn elektronische handtekeningen vervangen door een verordening die het grensoverschrijdende gebruik van elektronische identificatiemiddelen en vertrouwensdiensten moet bevorderen.⁴⁹ Niet-naleving van de verplichtingen uit deze verordening kan onder bepaalde voorwaarden leiden tot aansprakelijkheid van een lidstaat of van een dienstverlener.⁵⁰

4 Inzichtelijkheid, kenbaarheid en coherentie

De betekenis van de verordening als bron van vermogensrechtelijke regels is de afgelopen jaren dus toegenomen.⁵¹ Deze ontwikkeling heeft nog niet tot discussie geleid. Toch heeft zij belangrijke consequenties voor de bestudering en beoefening van het geldende vermogensrecht.

De regels komen niet meer terecht in het Burgerlijk Wetboek. Sommige Europeesrechtelijke eilandjes verdwijnen zelfs uit het Burgerlijk Wetboek. Ze kalven af en slibben elders aan. Zo heeft de wetgever artikel 6:196b BW over de aansprakelijkheid van certificatiebureaus geschrapt, aangezien de onderliggende richtlijn is vervangen door een verordening die 'eigen regels met dwingende en rechtstreekse werking geeft op het terrein van de aansprakelijkheid'.⁵² Zoals gezegd, is het op zichzelf niet uitzonderlijk om vermogensrechtelijke regels buiten het Burgerlijk Wetboek aan te treffen. Bij de implementatie van richtlijnen heeft de wetgever dergelijke regels ook weleens elders ondergebracht, bijvoorbeeld in de Aanbestedingswet,⁵³ in de Wet bescherming persoonsgegevens⁵⁴ en in de Wet op het financieel toezicht.⁵⁵ Het verschil is dat de wetgever deze keuze bij verordeningen niet mag maken. De doelstelling om het geldende vermogensrecht bijeen te brengen en te systematiseren in het Burgerlijk Wetboek is in zoverre niet meer haalbaar.

Sommige Europeesrechtelijke eilandjes verdwijnen uit het Burgerlijk Wetboek. Ze kalven af en slibben elders aan

Wat komt hiervoor in de plaats? Het Unierecht kent geen onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht, laat staan een systeem van vermogensrecht dat zowel het verbintenissenrecht als het goederenrecht omvat. Europese wetgevingsinstrumenten zijn bijzondere regelingen. Ze zijn gericht op en worden gerechtvaardigd door specifieke verdragsdoelstellingen. Net als richtlijnen bevatten verordeningen allerlei verschillende regels die de Uniewetgever noodzakelijk acht voor het bereiken van deze doelstellingen. Vermogensrechtelijke regels kunnen de hoofdmoot vormen – denk aan de verordeningen over pasagiersrechten – of onderdeel uitmaken van een wettelijk kader dat allerlei typen verplichtingen neerlegt en het publieke toezicht op de naleving van die verplichtingen regelt – denk aan de Algemene verordening gegevensbescherming. De keuze voor een verordening is op het eerste gezicht dus niet bevorderlijk voor de inzichtelijkheid en kenbaarheid van het *vermogensrecht*. Het alternatief – een richtlijn die wordt opgeknipt en verdeeld over verschillende nationale wetten – zet juist de inzichtelijkheid en kenbaarheid van het *Unierecht* op het spel. Hier strijden twee belangen om voorrang. Neemt men de doelmatigheid van het Unierecht tot uitgangspunt, dan is de keuze voor een verordening evenwel goed te rechtvaardigen.

Ook coherentie kan op verschillende niveaus worden nagestreefd. In de eerste plaats moet het verordeningenrecht zelf voldoende coherent zijn. Het is de vraag of dat op dit moment het geval is. Zo bestaan er nu al aanzienlijke verschillen tussen de aansprakelijkheidsregels uit de genoemde verordeningen. Sommige regels zijn vrij gedetailleerd,⁵⁶ andere vrij summier.⁵⁷ Sommige regels geven aan welke schade moet worden vergoed,⁵⁸ andere niet.⁵⁹ Sommige regels bepalen wat het toepasselijke recht is,⁶⁰ welke rechter bevoegd is⁶¹ en hoe moet worden omgegaan met hoofdelijkheid,⁶² andere regels niet.⁶³ Sommige regels zeggen iets over de samenloop met andere aansprakelijkheden, andere regels zwijgen hierover.⁶⁴

Het streven naar coherentie binnen het verordeningenrecht wordt bemoeilijkt doordat de Uniewetgever er soms voor kiest bepaalde kwesties over te laten aan het nationale recht. Terwijl sommige richtlijnen zo gedetailleerd zijn als verordeningen, lijken sommige verordeningen meer op richtlijnen. Neem bijvoorbeeld artikel 35bis van de Verordening inzake ratingbureaus, dat de voorwaarden voor de aansprakelijkheid van ratingbureaus bepaalt maar de uitleg van centrale begrippen als 'schade', 'opzet' en 'grove nalatigheid' overlaat aan het toepasselijke nationale recht.⁶⁵ Vraagt deze bepaling om concretisering in nationale wetgeving? De Nederlandse wetgever vond van niet, maar de Britse wetgever regelde de kwestie uitvoerig.⁶⁶ Hoewel zo aansluiting wordt gezocht bij het toepasselijke nationale recht is het de vraag of de doelstellingen die met de keuze voor een verordening worden nagestreefd – rechtstreekse werking en uniforme toepassing – op deze manier worden bereikt.

In plaats van de noodklok te luiden vanwege de verbrokkeling van de erfenis van Meijers kunnen we ons beter afvragen hoe we met de groeiende invloed van verordeningen op het vermogensrecht kunnen omgaan

5 Omgaan met verordeningen

Evenals richtlijnen kunnen verordeningen fundamentele waarden als inzichtelijkheid, kenbaarheid en coherentie dus onder druk zetten, zowel op Europees niveau als binnen de Nederlandse rechtsorde. De keuze voor een verordening kan echter gerechtvaardigd zijn als zij leidt tot een goed functionerende bijzondere regeling die rechtstreeks van toepassing is in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen. Wij verwachten bovendien niet dat deze ontwikkeling een keer neemt. In plaats van de noodklok te luiden

en verzekeringsgebaseerde beleggingsproducten (PRIIP's).

- 41 Art. 7 lid 1 Verordening (EU) 2017/1128 over grensoverschrijdende portabiliteit van online-inhoudsdiensten in de interne markt.
- 42 Art. 36 lid 10 Verordening (EU) 2015/848 over insolventieprocedures (herschikking).
- 43 Art. 13 Verordening (EU) 655/2014 tot vaststelling van een procedure betreffende het Europees bevel tot conservatoir beslag op bankrekeningen om de grensoverschrijdende inning van schuldverordeningen in burgerlijke en handelszaken te vergemakkelijken.
- 44 Verordening (EU) 2016/679 over de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en over het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (Algemene verordening gegevensbescherming). Binnenkort volgt waarschijnlijk de ePrivacy verordening, die vergelijkbare regels zal bevatten (Voorstel voor een verordening met betrekking tot de eerbiediging van het privéleven en de bescherming van persoonsgegevens in elektronische communicatie, en tot intrekking van Richtlijn 2002/58/EG, 10 januari 2017, COM(2017)10 definitief).
- 45 Art. 15-20 Algemene verordening gegevensbescherming.
- 46 Art. 82 Algemene verordening gegevensbescherming.
- 47 Zoals vereist door art. 6-9 Algemene verordening gegevensbescherming.
- 48 Vgl. Titel 2 van Boek 3 BW.
- 49 Verordening (EU) 910/2014 over elektronische identificatie en vertrouwensdiensten voor elektronische transacties in de interne markt en tot intrekking van Richtlijn 1999/93/EG.
- 50 Art. 11 en 13 Verordening (EU) 910/2014.
- 51 Asser/Hartkamp 3-/2015/191 noemt de betekenis van de verordening, vergeleken met die van de richtlijn, nog 'gering'.
- 52 Kamerstukken II 2015/16, 34413, 3, p. 26 (MvT). Het gaat hier om de eerder genoemde Richtlijn 1999/93/EG over een gemeenschappelijk kader voor elektronische handtekeningen, die is vervangen door de eerder genoemde Verordening (EU) 910/2014.
- 53 Bijv. art. 4.15 Aanbestedingswet 2012 over de vernietigbaarheid van een als resultaat van een gunningsbeslissing gesloten overeenkomst, een implementatie van Richtlijn 2007/66/EG tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten.
- 54 Bijv. art. 49 Wet bescherming persoonsgegevens over de aansprakelijkheid van voor de verwerking van persoonsgegevens verantwoordelijke personen, een implementatie van Richtlijn 95/46/EG over de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en over het vrije verkeer van die gegevens.
- 55 Bijv. art. 4:61p Wft over de aansprakelijkheid van bewaarders van Nederlandse beleggingsinstellingen of icbe's, een implementatie van de richtlijnen UCITS V

(Richtlijn 2014/91/EU) en AIFMD (Richtlijn 2011/61/EU).

56 Art. 35bis Verordening (EU) 462/2013.

57 Art. 36 lid 10 Verordening (EU) 2015/848.

58 Art. 82 Algemene verordening gegevensbescherming.

59 Art. 35bis Verordening (EU) 462/2013.

60 Art. 13 lid 4 Verordening (EU) 655/2014.

61 Art. 82 lid 6 jo. art. 79 lid 2 Algemene verordening gegevensbescherming.

62 Art. 82 lid 4 Algemene verordening gegevensbescherming.

63 Art. 35bis Verordening (EU) 462/2013.

64 Vgl. art. 11 lid 4 (de bepaling doet 'niet af aan de aansprakelijkheid uit hoofde van nationale wetgeving') en art. 13 (geen aandacht voor de mogelijke samenloop met andere aansprakelijkheden) van Verordening (EU) 910/2014.

65 Verordening (EU) 462/2013. Ook art. 11 lid 3 Verordening (EU) 1286/2014 verwijst voor de uitleg van de voorwaarden voor aansprakelijkheid naar het toepasselijke nationale recht.

66 *Credit Rating Agencies (Civil Liability) Regulations 2013*, beschikbaar via www.legislation.gov.uk/uk/si/2013/1637/pdfs/uk/si_20131637_en.pdf, laatst geraadpleegd op 1 oktober 2017.

67 Art. 3:15a BW; 6:193k BW; 6:230i lid 2 BW; 7:9 lid 4 BW; 7:50i lid 1 BW; 7:655 lid 3 BW; 7:932 lid 1 BW; 8:99 BW; 8:500a BW; 8:1139 BW; 8:1346 BW.

68 Art. 10:113 onder b BW en 10:114 onder c BW.

69 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad. Europees verbintenissenrecht en de herziening van het acquis: verdere maatregelen, 11 oktober 2004, COM(2004)651 definitief; Groenboek Herziening van het consumentenacquis, 8 februari 2007, COM(2006)744 definitief.

70 *REFIT Fitness Check of consumer law*, zie http://ec.europa.eu/consumers/consumer_rights/review/index_en.htm, laatst geraadpleegd op 1 oktober 2017.

71 Witboek. Stappenplan voor een interne Europese vervoersruimte – werken aan een concurrerend en zuinig vervoerssysteem, 28 maart 2011, COM(2011)144 definitief, p. 24-25.

72 Zie bijv. HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9865 (*T-Mobile/Klomp*), r.o. 4.1, waarin de Hoge Raad het niet-geharmoniseerde art. 7:442 BW uitlegt overeenkomstig Richtlijn 86/653/EEG over zelfstandige handelsagenten en HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, AA20160363, m.nt. W.H. van Boom (*Lindorff/A*), r.o. 3.11.2, waarin de Hoge Raad de Unierechtelijke plicht tot ambtshalve beoordeling uitbreidt naar de Nederlandse regeling van de koop op afbetaling, omdat dit 'de hanterbaarheid van de onderhavige regels ten goede komt'.

vanwege de verbodskeling van de erfenis van Meijers kunnen we ons beter afvragen hoe we met de groeiende invloed van verordeningen op het vermogensrecht kunnen omgaan. Hoe kunnen we de inzichtelijkheid, kenbaarheid en coherentie van het geldende vermogensrecht bevorderen?

Dit is in de eerste plaats een vraag voor de Nederlandse wetgever. Hij mag verordeningen weliswaar niet implementeren, maar hij mag wel naar ze verwijzen. De wetgever heeft dit op enkele plaatsen al gedaan om het toepassingsbereik van de desbetreffende regels te verduidelijken.⁶⁷ Het is zelfs denkbaar dat de wetgever in het Burgerlijk Wetboek aangeeft welke verordeningen een bepaald onderwerp beheersen, zoals hij heeft gedaan in enkele afdelingen van Boek 10 BW met verordeningen op het terrein van het internationaal privaatrecht.⁶⁸ Aan de andere kant is het vooruitzicht van een Burgerlijk Wetboek met tientallen doorverwijzingen niet erg aantrekkelijk. Het is niet de bedoeling dat het Burgerlijk Wetboek eruit gaat zien als een syllabus.

Wij pleiten voor de ontwikkeling van een elektronische database die een overzicht biedt van de verordeningen op de verschillende deelterreinen van het vermogensrecht

Wij verwachten dan ook meer van andere mogelijkheden die de kenbaarheid van verordeningen kunnen vergroten. Wij pleiten in de eerste plaats voor de ontwikkeling van een elektronische database die een overzicht biedt van de verordeningen op de verschillende deelterreinen van het vermogensrecht. Aan deze database zouden wetenschappers en juristen van de Directie Wetgeving en Juridische Zaken (Justitie en Veiligheid) en de Directie Juridische Zaken (Buitenlandse Zaken) kunnen meewerken. Ook in Europees verband zouden wetgevingsjuristen kunnen nadenken over de vraag hoe zij – naast de bestaande overzichten van wetgeving per beleidsterrein of directoraat-generaal – inzicht kunnen bieden in de wetgeving die geldt op een bepaald deelgebied van het recht, zoals het aansprakelijkheidsrecht of het contractenrecht. Rechtswetenschappers kunnen de inzichtelijkheid en kenbaarheid van het vermogensrecht verder bevorderen door de relevante regels op te sporen en een plaats te geven in onderwijs en onderzoek, en in studieboeken, wetgevingsbundels en commentaren.

Daarnaast kan de coherentie van de vermogensrechtelijke regels uit het verordeningenrecht worden verbeterd. Dit begint bij het wetgevingsproces en dus bij de Europese Commissie, het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie. Verschillen tussen verordeningen kunnen gerechtsvaardig zijn vanwege de aard van de desbetreffende regelingen. Sommige

verschillen kunnen echter beter worden vermeden. Dit leren de ervaringen met het richtlijnenrecht. De vereenvoudiging van het consumentenacquis staat al geruime tijd op de agenda.⁶⁹ Momenteel evalueert de Europese Commissie opnieuw verschillende consumentenbeschermingsrichtlijnen om inconsistenties op te sporen en de richtlijnen beter op elkaar af te stemmen.⁷⁰ Voorkomen moet worden dat het verordeningenrecht op dezelfde wijze verbodskelt. Op sommige terreinen heeft de Europese Commissie deze handschoenen overigens al opgepakt. Zo wil zij de verordeningen over passagiersrechten beter op elkaar afstemmen en de gemeenschappelijke regels bijeenbrengen in een 'charter'. Op termijn overweegt zij de invoering van een 'EU-codex', een EU-kaderverordening die de rechten van alle passagiers regelt.⁷¹

Ook rechters en wetenschappers kunnen de coherentie van het vermogensrecht bevorderen. Het Hof van Justitie zou richting kunnen geven door, waar mogelijk, vermogensrechtelijke concepten uniform uit te leggen. Wetenschappers kunnen niet alleen reageren op nieuwe wetsvoorstellen, maar ook de verschillen tussen de reeds bestaande verordeningen en hun toepassing in de verschillende lidstaten in kaart brengen. Hoe groter het aantal verschillende vermogensrechtelijke regels in verordeningen, hoe luider hun roep om meer rechtseenheid zal klinken. De ontwikkeling van het verordeningenrecht kan op termijn zelfs een nieuwe impuls geven aan de discussie over de invoering van een Europees Burgerlijk Wetboek. Die weg is echter nog lang en onzeker, zodat wij verwachten dat rechtseenheid stap voor stap, door wetgever en rechter moet worden bereikt.

De keuze voor een verordening neemt de prikkel weg om het Burgerlijk Wetboek op een lijn te brengen met het Unierecht

Tot slot is het zaak de afstemming tussen het verordeningenrecht en het algemene Nederlandse vermogensrecht te bewaken. Dit is uiteraard geen prioriteit van de Nieuwetgever. Aangezien de Nederlandse wetgever verordeningen niet mag implementeren in het Burgerlijk Wetboek rest hem niets anders dan het Nederlandse vermogensrecht zo nodig af te stemmen op het Unierecht. De wetgever wordt echter niet aangeemoedigd om deze vraag onder ogen te zien, juist omdat implementatiewetgeving in beginsel niet noodzakelijk is. Zelfs als de wetgever ervoor zou kiezen het Nederlandse vermogensrecht aan te passen, dan blijven er nog steeds twee toepasselijke regelingen bestaan: een Europese verordening en een Nederlandse regeling. In zoverre neemt de keuze voor een verordening de prikkel weg om het Burgerlijk Wetboek op een lijn te brengen met het Unierecht. Daarom verwachten wij dat het vooral op de weg van de Hoge Raad zal liggen om het Nederlandse recht zo nodig af te stemmen op het Unierecht.⁷²

6 Een vermogensrecht met meerdere snelheden

Terwijl wij deze bijdrage schreven, publiceerde de Europese Commissie een voorstel voor een verordening over een pan-Europees persoonlijk pensioenproduct (PEPP).⁷³ Het doel is een Europese markt te creëren voor het aanbieden van pensioenproducten aan consumenten. Naast regels over vergunningen, toezicht en bestuursrechtelijke handhaving treffen we in het voorstel ook vermogensrechtelijke regels aan. Het is de bedoeling dat de verordening de overdracht van opgebouwde activa regelt, de regels over de aanstelling van een bewaarder en zijn aansprakelijkheid voorschrijft, de maximale kosten bepaalt voor het overstappen naar een andere aanbieder, voorziet in de aansprakelijkheid voor de daarbij door de spaarder geleden verliezen en de vormen van uitbetaling van het pensioen aanwijst.⁷⁴

Dit voorstel past in de ontwikkeling die wij in deze bijdrage hebben geschetst. De betekenis van de verordening voor het vermogensrecht is de afgelopen jaren toegenomen. Verschillende onderdelen van het vermogensrecht zijn intussen in verordeningen geregeld: van de rechten en verplichtingen van passagiers en vervoersondernemingen tot de remedies bij schendingen van het recht op privacy, van de aansprakelijkheid van ratingbureaus tot de aansprakelijkheid van de curator bij grensoverschrijdende insolventieprocedures. Deze regels komen niet in het Burgerlijk Wetboek terecht, omdat de Nederlandse wetgever ze niet mag omzetten in

nationale wetgeving. Op deze manier verrijzen dus Europeesrechtelijke eilandjes van vermogensrecht buiten het Burgerlijk Wetboek.

De groeiende invloed van verordeningen roept nieuwe vragen op. Wij hebben aangegeven hoe rechtswetenschappers, wetgevingsjuristen en rechters met deze vragen kunnen omgaan

Coördinatie is op meerdere niveaus nodig, tussen verordeningen onderling, tussen verordeningen en richtlijnen, en tussen verordeningen en het algemene vermogensrecht. Met de coördinatie van algemene en bijzondere regelingen zijn we reeds vertrouwd. Ook het Nederlandse vermogensrecht kent immers meerdere snelheden. Maar de groeiende invloed van verordeningen roept wel nieuwe vragen op. Wij hebben aangegeven hoe rechtswetenschappers, wetgevingsjuristen en rechters met deze vragen kunnen omgaan. Zo kunnen zij – in de geest van Meijers – de inzichtelijkheid, kenbaarheid en coherentie van het geldende vermogensrecht bevorderen, zowel op Europees niveau als binnen de Nederlandse rechtsorde.

⁷³ Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad inzake een pan-Europees persoonlijk pensioenproduct (PEPP), 29 juni 2017, COM(2017)343 definitief.

⁷⁴ Art. 16, art. 41 lid 3, art. 48 resp. art. 52 van het PEPP-voorstel.