

Rechtsvinding in een meerlagige rechtsorde

Rechtsvinding in een meerlagige rechtsorde

C.G. Breedveld-de Voogd, A.G. Castermans,
M.W. Knigge, T. van der Linden, J.H. Nieuwenhuis,
H.A. ten Oever
(red.)

met bijdragen van:

C.H. Bezemer
G.G.B. Boelens
V.Y.E. Caria
A.G. Castermans
T.C.A. Dijkhuizen
R. de Graaff
L.M. de Hoog

P.A.C.E. van der Kooij
B.A. Kuiper-Slendeboek
A.J. Kwak
T. van der Linden
E.A.G. van Schagen
T.H. Sikkema
D.J.G. Visser

Lay-out: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

© 2013 Breedveld-de Voogd, Castermans, Knigge, Van der Linden,
Nieuwenhuis, Ten Oever

ISBN 978 90 1311 482 9

ISBN 978 90 1311 483 6 (E-Publishing)

Kluwer b.v., Deventer

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden vervaelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische vervaelvoudingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

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

Inhoudsopgave

WOORD VOORAF	VII
DEEL I – EXTERNE PERSPECTIEVEN	1
1 Renaissance en barok in de Nederlandse rechtswetenschap. Hoe Europees was het Romeins-Hollandse recht? <i>C.H. Bezemer</i>	3
2 What goes up must come down. Over de methode van het Europees privaatrecht. <i>A.J. Kwak</i>	13
3 De ontwikkeling van het privaatrecht in een meergelaagde rechtsorde: inzichten van multilevel governance. <i>E.A.G. van Schagen</i>	29
DEEL II – METHODEN EN TECHNIEKEN	41
4 Samenloop in een meerlagige rechtsorde. Verval en verjaring in het Europees contractenrecht <i>A.G. Castermans & R. de Graaff</i>	43
5 De nationale rechter en het internationale recht: de verbindendheid en toepassing van bepalingen uit verdragen <i>B.A. Kuiper-Slendeboek</i>	67
6 Het legaliteitsbeginsel in de privaatrechtelijke rechtsvinding <i>T. van der Linden</i>	87
7 De invulling van financieelrechtelijke open normen in een meerlagige rechtsorde <i>T.C.A. Dijkhuizen & V.Y.E. Caria</i>	109

DEEL III – TOEPASSINGEN	123
8 Meerlagige rechtsvinding in het intellectuele eigendomsrecht <i>D.J.G. Visser & P.A.C.E. van der Kooij</i>	125
9 De aansprakelijkheid van de verkoper voor beperkingen die voortvloeien uit een bestemmingsplan <i>L.M. de Hoog</i>	141
10 Rechtsvinding en de Europese Erfrechtverordening <i>G.G.B. Boelens & T.H. Sikkema</i>	151

Woord vooraf

De jurist opereert in een meerlagige rechtsorde. Op één rechtsvraag zijn vaak meerdere rechtsregels van toepassing en soms zijn deze regels afkomstig van verschillende rechtssystemen. Dit is niet nieuw. Stellen wij een willekeurige vermogensrechtelijke vraag aan de orde, dan is het al sinds jaar en dag zo, dat daarop strikt genomen ten minste twee rechtssystemen van toepassing zijn. In de eerste plaats het Burgerlijk Wetboek waarin het systeem van het vermogensrecht is neergelegd en in de tweede plaats het staatsrecht op grond waarvan het Burgerlijk Wetboek kracht van wet heeft. Tegenwoordig is dit beeld vele malen complexer en grijpen meerdere rechtssystemen op elkaar in, waardoor de vraag rijst hoe de rechtssystemen elkaar juridisch beïnvloeden. Wisselwerking tussen publiekrecht en privaatrecht, tussen het Burgerlijk Wetboek en Europese regelgeving, tussen nationaal recht en internationaal recht: het is aan de orde van de dag en de verwachting is dat dit in de loop der jaren alleen maar toe zal nemen. Af en toe rijst zelfs de vraag of een nationale laag volledig in een transnationale moet opgaan. Zo wordt er wel gedacht over één Gemeenschappelijk Europees Kooprecht en gedroomd over één Europees Burgerlijk Wetboek.

Dit 28^e BWKJ gaat over deze meerlagige rechtsorde. Het is daarmee een vervolg op het 21^e BWKJ dat ging over 'Rechtseenheid en vermogensrecht'. Daar waar de laatstgenoemde bundel uitging van de *rechtseenheid* in het vermogensrecht, nemen de in deze bundel opgenomen beschouwingen de meerlagigheid van de rechtsorde tot uitgangspunt. Of in deze meerlagige rechtsorde eenheid mogelijk is, is slechts één mogelijke vraag.

Deel I – Externe perspectieven

In het eerste deel wordt de meerlagige rechtsorde, of een aspect daarvan, met een rechtshistorisch, politicologisch en taalfilosofisch oog gezien.

De juristen uit de tijd van de Republiek der Verenigde Nederlanden (1581-1795) lijken op het eerste oog Europese juristen met een Europese juridische blik. *Bezemer* trekt dit beeld in twijfel. Hij laat zien dat voor de juristen uit de Gouden Eeuw het primaat van het eigen recht gold, ook ten opzichte van het Romeinse recht. Verwijzingen naar buitenlandse bronnen strekten er hoofdzakelijk toe om het eigen recht te bevestigen en mogelijkserwijs aan te vullen daar waar dat nodig was. Bij een mogelijke eenwording van het Europese recht moet dan ook niet uit het oog worden verloren dat alle betrokken landen ten opzichte van het *ius commune* door een barok zijn gegaan: landen

zijn bij de vormgeving van het privaatrecht een eigen weg ingeslagen waardoor bepaalde tradities zijn ingeslepen. Als het Europese recht een sterkere positie verwerft, dan zullen landen tijd nodig hebben om zich aan te passen.

Wat kan er vanuit de taalfilosofie worden gezegd van de ambities om het privaatrecht geheel of ten dele te harmoniseren? Deelt een dergelijke onderneming een vergelijkbaar lot als de Toren van Babel? Als de uniformering van het privaatrecht tot stand wordt gebracht door abstracte regels die ver van de werkelijkheid af staan, dan dreigt inderdaad dit gevaar. *Kwak* laat aan de hand van inzichten uit de taalfilosofie zien, dat een dergelijke eenwording de diversiteit slechts in schijn oplost. Zodra de abstracte regels en beginselen in het werkelijke rechtsleven moeten worden toegepast, dan kan aan het licht komen dat één gelijkluidend juridisch begrip, in verschillende landen verschillend wordt uitgelegd. En zo zou het kunnen gebeuren dat bij de toepassing van geharmoniseerde rechtsregels juristen in veeltaligheid uiteen gaan.

De bijdrage van *Van Schagen* bekijkt de meerlagige rechtsorde vanuit een politicologisch perspectief. Ze vergelijkt, met behulp van inzichten uit de politicologie, de wijze waarop het privaatrecht zich in een traditionele rechtsorde ontwikkelt, met de wijze waarop dat in de Europese meergelaagde rechtsorde het geval is. Hoewel zij niet uitsluit dat de Europese meergelaagde rechtsorde een succes kan worden, stelt ze vast dat er aandacht moet komen voor enkele knelpunten die het gevolg zijn van het feit dat de structuur van de Europese rechtsorde fundamenteel anders is dan de structuur van een democratische rechtsstaat. Eenheid is in een meergelaagde Europese rechtsorde minder vanzelfsprekend. Er is bijvoorbeeld niet één hoogste rechter die jurisprudentie ontwikkelt over de volle omvang van het Europese Aquis. Ook is de Europese doctrine minder gestroomlijnd dan het nationale: er ontbreekt bijvoorbeeld een Europese 'Asser-serie' voor het Europese privaatrecht.

Deel II – Methoden en technieken

In het tweede deel staan methoden en technieken van rechtsvinding in een meerlagige context centraal. Op welke wijzen kan een rechtsregel van de ene laag doorwerken in de andere laag?

Hoe moeten samenloopproblemen worden opgelost als een rechtsvraag wordt beheerst door één of meer Europese instrumenten? In de bijdrage van *Castermans* en *De Graaff* worden naar aanleiding van een ongelukkig gebleken veilingkoop van een dressuurpaard de vragen van samenloop van verjarings- en vervaltermijnen bekeken, die kunnen rijzen in het kader van het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht en de implementatiewetgeving van de Europese richtlijn inzake oneerlijke bedingen. Als een Europese verjarings- of vervalregel samenloopt met een nationale regel, dan moet dit probleem in beginsel 'bottom up' worden opgelost: de nationale regels van samenloop bieden genoeg aanknopingspunten om dergelijke problemen van samenloop op te lossen.

Kuiper-Slendeboek onderzoekt hoe bepalingen uit internationale verdragen door de nationale rechter worden toegepast, waarbij zij zich toespitst op de Nederlandse rechtspraak over het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten. Ze gaat in het eerste deel van haar betoog in op de vraag welke maatstaven de nationale rechter aanlegt om te bepalen of een verdragsbepaling een ieder verbindend is in de zin van art. 93 en 94 GW. In het tweede deel van haar bijdrage staat de vraag centraal in hoeverre niet een ieder verbindende verdragsbepalingen werking kunnen hebben binnen de nationale rechtsorde. Zij betoogt – op basis van een analyse van Nederlandse rechtspraak – dat ook niet een ieder verbindende verdragsbepalingen werking kunnen hebben in de nationale rechtsorde.

Welke betekenis behoort het staatsrechtelijke legaliteitsbeginsel op de privaatrechtelijke rechtsvinding te hebben? *Van der Linden* onderzoekt in zijn bijdrage de betekenis van het staatsrechtelijke legaliteitsbeginsel voor de privaatrechtelijke rechtsvinding. Hij komt tot de conclusie dat de rechter een ‘progressief rechtsvindingscredo’ mag hanteren omdat hij over het instrumentarium behoort te beschikken om in een concreet geval tot een aanvaardbaar resultaat te komen. Daar staat tegenover dat het legaliteitsbeginsel een stare decisis beginsel impliceert. De bevoegdheid tot rechtsvorming is alleen toelaatbaar als daar een stare decisis beginsel tegenover staat. Geen bevoegdheid tot rechtsvorming zonder gebondenheid.

De Wet op het financieel toezicht (Wft) bevat, ten behoeve van een zekere flexibiliteit, verschillende open normen. *Dijkhuizen* en *Caria* stellen in hun bijdrage de vraag aan de orde in hoeverre deze normen daadwerkelijk open zijn, nu de Autoriteit Financiële Markten en de De Nederlandsche Bank hun interpretatie van de norm plegen vast te leggen. In hoeverre is de civiele rechter gebonden aan de gedetailleerde voorschriften die toezichthouders formuleren naar aanleiding van een open norm?

Deel III – Toepassingen

In het derde deel worden implicaties van de meerlagigheid van de rechtsorde onderzocht voor de rechtsvinding op het terrein van het intellectueel eigendomsrecht, onroerend goedrecht en erfrecht.

Visser en *Van der Kooij* brengen in hun bijdrage voor een aantal deelgebieden van het intellectuele eigendomsrecht in kaart welke nationale en internationale regelingen naast elkaar van toepassing zijn en tot welke vragen dit naast elkaar bestaan van verschillende regelingen aanleiding geeft. Het intellectuele eigendomsrecht is op veel verschillende niveaus geregeld. Er gelden niet alleen nationale wetten, maar ook een Benelux-verdrag, EU-richtlijnen, EU-verordeningen, een Europees (maar niet communautair) verdrag, andere internationale verdragen en mondiale verdragen.

Uit een bestemmingsplan kunnen ten aanzien van een onroerende zaak verschillende beperkingen voortvloeien. Hoe moet met dit probleem worden omgegaan in het privaatrecht? *De Hoog* stelt zich de vraag, of de aansprakelijk-

heid van de verkoper voor een dergelijke beperking behoort te worden opgelost in het kader van het leerstuk van de non-conformiteit van art. 7:17 BW of in het kader van de regel dat de verkoper de zaak vrij van alle bijzondere lasten en beperkingen moet leveren (art. 7:15 BW). Hoewel de rechtspraak voor de laatste optie kiest, betoogt De Hoog dat het veeleer gaat om een vraag van non-conformiteit.

Ten slotte bespreken *Boelens* en *Sikkema* wat de gevolgen zullen zijn van de op 4 juli 2012 vastgestelde Erfrechtverordening voor de vraag welk recht op een grensoverschrijdende erfopvolging van toepassing is. Aandacht wordt onder meer besteed aan de vraag of de verordening gevolgen heeft voor het moment waarnaar de uiterste wilsbeschikking moet worden uitgelegd bij de beoordeling van de materiële geldigheid van een uiterste wilsbeschikking. Daarnaast besteden zij aandacht aan de vraag hoe de Europese Erfrechtsverordening zich verhoudt tot het EU-Handvest en Het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.

C.G. Breedveld-de Voogd

A.G. Castermans

M.W. Knigge

T. van der Linden

J.H. Nieuwenhuis

H.A. ten Oever

DEEL I

Externe perspectieven

1 | Renaissance en barok in de Nederlandse rechtswetenschap

Hoe Europees was het Romeins-Hollandse recht?

C.H. Bezemer ■

1 INLEIDING

Op het eerste gezicht zijn de juridische auteurs uit de tijd van de Republiek der Verenigde Nederlanden [1581-1795] doorgewinterde Europeanen met een weidse blik die, volgens sommigen, het huidige Nederland zo node mist. In die tijd ging men bij heel Europa te rade om tot een oplossing van juridische problemen te komen. Althans, zo wil het de dominante beeldvorming van nu. Rechtsvinding als Europese rondedans. Neem nu Simon van Leeuwen [1626-1682]. Als hij in zijn meeste bekende werk, het *Rooms-Hollands-Regt* (eerste druk Leiden 1652), komt op de vraag of een erfpachter de pachtsom moet blijven betalen als de in erfpacht gegeven grond getroffen is door onheilen als overstroming of oorlogshandelingen, huldigt Van Leeuwen het standpunt dat het risico voor de erfpachter is zolang de grond voldoende oplevert voor het betalen van de pachtsom. Daartoe beroept hij zich op enige Digestenteksten, op een Codextekst met de commentaren daarop van de middeleeuwse Italiaanse juristen Bartolus en Salicetus en van de Fransman Automne. Tevens voert hij een commentaar van de eveneens Franse Antoine Favre aan, een tractaat van een Portugees en het werk van de Duitser Andreas Gail over de jurisprudentie van het *Reichskammergericht*.¹

Enigszins anders gaat het bij Arnold Vinnius [1588-1657]. Als die een onderwerp aanpakt als de inbezitneming van nalatenschappen (*bonorum*

■ C.H. Bezemer is universitair hoofddocent historische ontwikkeling van het recht, Universiteit Leiden.

1 S. van Leeuwen, *Rooms-Hollands-Regt*, Ed. Amsterdam 1720, p. 147 (Boek 2, Deel 10 nr. 5): 'So me(de) verstaan werd, dat bij enig ongeval, of geleden schade van inbreuk, overvloed, oorlog, of ander ongeval, op den uitgegeven Erf-pagt-grond, den Erf-pagter egter zijn gehele pagt moet betalen, so lang so veel in wesen overblijft, als waar uit den jaarlijksen pagt kan werden gevonden: want gelijk als hy het voor-deel geniet van alle aankomst, en verbetering, so moet hy ook de schade daar op vallende, alleen dragen. *arg.l.* 9. § 2. & 3. l. 13. § 5 *ff. de Usufruct.* [D. 7,1,9,2 + 3 en D. 7,1,13,5] *junct.l.* l. I. *Cod. De Jure Emphyteut.* [C. 4,66,1] & ibi Barthol. Salicet. Autum. *Confer(ence) du droict.* Anton. Faber. *ad Cod. lib. 4. tit. 43. defin. 36.* Alvar. Valasc. *tract. de Jure Emphyteut. quaest. 27. num. 4. in fin.* Andr. Gail. *lib. 2. observ. 23. num. 23.*'

possessio) volgen omstandige en geleerde uiteenzettingen over het Romeinse recht, slechts één keer onderbroken door een opmerking over het recht uit de tijd van Vinnius. Pas in het laatste commentaar krijgt dat recht de plaats die het verdient. Dan wordt geconstateerd dat ‘in deze streken’ de inbezitting van nalatenschappen geen toepassing vindt, net als in Duitsland en Frankrijk, waarna nog een uiteenzetting volgt over de *bonorum possessio Unde vir et uxor* (tussen echtgenoten), gelardeerd met verwijzingen naar vijf auteurs uit de Nederlanden en een rechtspraakverzameling van de Hoge Raad van Holland en Zeeland.²

Het heeft er de schijn van dat deze twee Hollanders, de eerste typisch een praktijkman, de ander uiteindelijk hoogleraar aan de Leidse Universiteit, met hun geschriften wilden uitdragen dat heel (christelijk) Europa hun werkterrein was en dat hun aanhalingen van auteurs uit alle streken van dat werelddeel beoogden de Europese volkeren tot elkaar te brengen door middel van het recht. Met andere woorden, als het ging om rechtsvinding lag de grens niet ten oosten van Woerden en ten zuiden van Dordrecht, maar zover de horizon reikte van de in Holland voorhanden gedrukte werken van niet-Hollandse juridische schrijvers.

Maar, was dat ook zo? Waarom deden de Hollandse juristen dit? Wat hadden hun lezers/studenten eraan te weten hoe het recht van Kulm (destijds in West-Pruisen gelegen; tegenwoordig in Noord-West Polen) over een bepaald onderwerp luidde? Of het recht van Granada? Als deze vragen al gesteld worden, dan komt men niet verder dan te verwijzen naar de enorme economische macht en belangen van de Republiek, zoals men dat tot voor kort deed ten aanzien van de Verenigde Staten van Noord-Amerika. Maar ik twijfel want een deel van de gezaghebbende juridische literatuur uit de Republiek heeft het karakter van de *censura*, destijds de term voor werken die bedoeld waren om aan te geven in welk opzicht in een bepaald land of een bepaalde streek/provincie werd afgeweken van het in andere opzichten gedeelde overwegend romeinsrechtelijke *ius commune*. Juist dit aspect is zichtbaar in een wijdverspreid werk als Voets commentaar op de Digesten. Met andere woorden: diende de ‘rechtsvergelijking’ wellicht (mede) een ander doel dan het zo wijd mogelijk uitwerpen van de netten van de rechtsvinding?

Het wordt tijd voor enige nadere analyse. Ik zal mij daarbij beperken tot auteurs uit de provincie Holland (en Zeeland). Niet uit Hollands (subsidiar Leids) chauvinisme, maar omdat hun werken het langst weerklank hebben

2 *In quattuor libros Institutionum imperialium commentarios*, Leiden 1726, p. 581 B (De bonorum possessionibus, nr. 7): ‘In hisce regionibus bonorum possessionis nullus usus est, sed utimur tantum aditione sive agnitione hereditatis civili. De Germania idem testatur Giphanius. De Gallia Baro & Bugnion. lib.5. leg. abrog. c. 17 in fin. Apud quosdam adhuc locus esse dicitur bonorum possessioni unde vir & uxor; apud nos tamen nunquam usurpata fuit etc.’ De terloopse opmerking bevindt zich op p. 577 B (nr. 2): ‘Itaque tres illae bonorum unde liberi, unde legitimi, unde cognati, nullam necessitatem, imo vix utilitatem ullam hodie habent ...’.

gevonden. Tot ver na de bloeitijd van de Republiek en tot in de tijd dat het (juridisch) nationalisme steeds krachtiger werd.

2 VAN CENSURA TOT COLLATIO

Het literatuurtype van de *censura* (letterlijk: beoordeling, recensie, kritiek) hoort tot de Barok van de Europese rechtswetenschap, omdat het is opgebouwd als de traditionele Romeinsrechtelijke commentaren, maar dan in negatieve, gespiegelde zin.³ Als een melodie in contrapunt. Het ging erom aan te geven welke romeinsrechtelijke teksten in een bepaald rechtsgebied niet meer van toepassing waren. Het meest zuivere voorbeeld dat Holland heeft voortgebracht is het *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus* (Verhandeling over de in Holland en aangrenzende streken afgeschafte en in onbruik geraakte Romeinse rechtsteksten) van Simon van Groenewegen (van der Made) [1613-1652]. Dit werk verscheen voor het eerst in 1649 in Leiden. Het oogt als een telefoonboek. Achtereenvolgens komen de onderdelen van het Corpus iuris aan de orde (Instituten, Digesten, Codex, Novellen en Libri feudorum), en titelgewijs worden de teksten aangeduid die hun gelding hebben verloren in het toenmalige Holland. Zo vinden wij de door Vinnius al geconstateerde niet-toepassing van de inbezitneming van nalatenschappen (*bonorum possessio*) terug in de *censura* op Inst. 3,10, zij het met toevoeging van drie extra auteurs, onder wie Vinnius.⁴

En zo voort, en zo verder. Honderden pagina's lang. In zijn voorwoord tot de *censura* van de Instituten geeft Van Groenewegen aan wat hij beoogd heeft met zijn werk. Hij stelt de vraag: 'Hoeveel gezag heeft het Romeinse recht tegenwoordig?'⁵ In zijn antwoord noemt hij een aantal landen en stelt hij vast dat in België (= de Nederlanden) dat gezag niet gering is, en het grootst in Friesland. Vervolgens vermeldt hij vele uitzonderingen die samengevat kunnen worden als: de eigen wetten en gewoonten gaan voor, en die dienen ruim uitgelegd te worden. Voor de rechtsvinding is ook van belang dat bij onduidelijkheid van de eigen gebruiken gekeken moet worden naar de gewoonten van naburige plaatsen. Om dat kracht bij te zetten volgt een lange reeks

3 Zie H. Coing (red.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, II,1 (Neuere Zeit 1500-1800, Wissenschaft), München: Beck 1977, p. 224-227 (Holthöfer) en 555-556 (Söllner).

4 Ed. Leiden 1649, p. 44: 'Ius civile & praetorium hodie in unam consonantiam redactum est; ideoque huius tituli nullus amplius est usus: etenim qui aliis ex testamento aut ab intestato succedunt, in universum heredes appellari solent. Baro & Vinnius in fin. hoc tit. Fons pract. des Cours hic n. 1. Bugn. De ll. abrog. l. I sat. 205 & l. 5. cent. 17 in fin. Autumn. Confer. D. hoc. tit. & C. de Bon. poss. secund. tab. cum. tit. seqq.'. Vgl. hierboven noot 2.

5 S. Groenewegen van der Made, *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus*, Ed. Leiden 1649, p. 1 (nr. 1): 'Hic nobis opportune occurrit necessaria atque utilissima quaestio, scilicet quantam auctoritatem hae Institutiones, adeoque et totum jus civile Romanorum hodie obtineat.'

bewijsplaatsen waaronder een romeinsrechtelijke en een kanoniekrechtelijke tekst, en twee edicten van Karel V.⁶

Nu we weten wat een *censura* in haar zuivere gedaante is, kunnen we de overstap wagen naar een werk dat ook een zogeheten *collatio* (letterlijk: vergelijking) is. Dat wil zeggen een commentaar op het recht van een bepaald gebied waarbij tevens een vergelijking wordt getrokken met één of meer andere rechtsstelsels, niet zelden het *ius commune*. Een fraai voorbeeld is de *Censura forensis* van Simon van Leeuwen (eerste editie Leiden 1662). Wie de volledige titel leest ziet dat er sprake is van een mengvorm met de *collatio*,⁷ waardoor dit werk het Latijnse equivalent is van Van Leeuwens *Rooms-Hollands-Regt*. Het is echter wel aanzienlijk wijdloper. Waar Van Leeuwen in zijn Nederlandstalige werk bij voorbeeld weinig woorden vuil maakt aan de in het Romeinse én Hollandse recht verboden schenking tussen echtgenoten (Boek 4, deel 24, nr. 14), bevat het Latijnse werk verwijzingen naar het recht van Gelderland, de Bourbonnais, Brabant, Pavia en Parma, de Bourgogne, Nivernais en andere Franse streken, Vlaanderen en Saksen. Om uiteindelijk terug te keren tot het Hollandse recht, dat het Romeinse volgt, plus de redenen waarom.⁸ Ik kan me niet aan de indruk onttrekken dat Van Leeuwen hier zijn niet geringe boekenschat over ons uitstort.⁹

Ondanks de accentverschillen tussen de besproken auteurs is het duidelijk dat bij vrijwel ieder onderwerp elders in Europa geldend recht wordt vermeld. Ik stel opnieuw de vraag: waarom? Op grond van de gegeven voorbeelden kunnen enige mogelijkheden worden geopperd. 1° het vreemde recht is identiek aan het Hollandse, en dient als 'bevestiging' daarvan; 2° het vreemde recht is anders dan het Hollandse, maar in overeenstemming met het *ius commune*; 3° het vreemde recht is anders dan het Hollandse, en ook anders dan het *ius commune*. Het hangt uiteraard af van het individuele geval, maar het is meestal de eerste optie die we tegenkomen in de hierboven behandelde werken. Scherper gezegd: het was niet de bedoeling om de lezer op de hoogte te stellen van wat er zoal elders in Europa voor interessant recht gold. Het ging bovenal om een bevestiging van het Hollandse recht. Soms kon dit met een verwijzing

6 Groenewegen van der Made (1649), p. 3 (nr. 16): 'Atque hinc saepe obscuri sunt mores nostri, ita ut in hisce ambiguitatibus ad vicinorum locorum consuetudines recurrendum sit, arg. l. 32 de quibus [D. 1,3,32], et ibi Doctores etc. etc.'

7 Ik geef de titel van de editie Amsterdam 1685: *Censura forensis theoretico-practica id est totius juris civilis Romani, usuque recepti, et practici methodica collatio* (cursief toegevoegd).

8 Zie S. van Leeuwen, *Censura forensis theoretico-practica* ed. Leiden: 1741, p. 388-389 (nr. 4 en 5), in het hoofdstuk over schenkingen (Boek 5, hoofdstuk 12). Ik zie er vanaf de betreffende passage hier weer te geven. Wie zijn nieuwsgierigheid niet kan bedwingen, kan de geciteerde editie op het internet vinden via Google Books.

9 We weten dat hij een voor zijn tijd zeer omvangrijke bibliotheek bezat. Zie M. Ahsmann, 'De jurist en zijn bibliotheek. Nederlandse veilingcatalogi 1599-1800', in: Berkvens, Gehlen (red.), *Tot beter directie van de saken van justiciën... handelingen van het XIIe Belgisch-Nederlands rechtshistorisch congres, Rijksuniversiteit Limburg Maastricht, 20-21 november 1992, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 1994*, p. 76.

naar het *ius commune*, maar dat is niet om een verlangen uit te drukken naar een door het Romeinse recht beheerst Europa.

Ja, maar, zal men tegenwerpen, wat hadden lezers/studenten elders in Europa er dan aan? Voor het antwoord op deze vraag ga ik over op de al genoemde Johannes Voet [1647-1713], wiens *Commentarius ad Pandectas* (eerste druk Leiden/Den Haag 1698 en 1704) een enorme verspreiding buiten Holland heeft beleefd. Zo is het in de achttiende eeuw gedrukt in Brussel, in Genève, in Venetië, in Halle en in Napels.¹⁰ Men zag er iets in elders. Maar wat? Voor ik een vermoeden ga uitspreken, dienen we Voet aan het woord te laten. Deze schrijft in zijn voorwoord dat hij, na het uiteenzetten van de beginselen en regels van het Romeinse en hedendaagse recht 'dikwijls op grond van hun eigen grondslagen (*rationes*)', de meest bemerkenswaardige soort zaken die in het Romeinse recht voorkomen, of die los daarvan bij de gerechten in gebruik zijn, heeft toegevoegd.¹¹ In datzelfde voorwoord benadrukt hij dat het niet zozeer gaat om het Romeinse recht en het hedendaagse, als wel om de daaraan ten grondslag liggende redenen.

Voet heeft met andere woorden geprobeerd de alom geconstateerde verschillen met het *ius commune* te overbruggen door middel van 'hogere beginselen', in het bijzonder de (natuurlijke) rede. Dat dit een riskante onderneming was heb ik al eens laten zien aan de hand van het familienaastingsrecht: de gezochte beginselen kunnen dusdanig van elkaar verschillen dat een overkoepelende oplossing onhaalbaar is.¹² Dit is wat hedendaagse Europese wetgevingssmeden in hun oren zouden moeten knopen als zij menen dat oude nationale rechtstradities met een paar soepel geformuleerde *principles* tot elkaar kunnen worden gebracht, ook, en ik zeg dit met nadruk, ook als er in een verder verleden dat romeinsrechtelijke *ius commune* op de achtergrond was. Dit verdient nadere toelichting.

3 EXCURSIE NAAR FRIESLAND

Friesland was, zo meenden zijn trotse juristen, de provincie van de Republiek die het sterkst geromaniseerd was. Anders gezegd: meer Renaissance (van Romeins recht) dan Barok. Daar moet te zien zijn hoever men wenste te gaan

10 Zie daarvoor R. Feenstra/C.J.D. Waal, *Seventeenth-century Leyden law professors and their influence on the development of the civil law. A study of Bronchorst, Vinnius and Voet*, Amsterdam/Oxford: North-Holland Publishing Company 1975, p. 71-80 and 114-115.

11 Ed. Leiden 1698, fo. **1 verso: '... ut praemissis tum Romani tum hodierni juris principiis ac regulis, saepe per suas rationes expositis, subjunxerim notabiliores plerasque factorum species in legibus occurrentes, aut extra legum Romanorum tabulas usum in foro praebentes'.

12 C.H. Bezemer, 'Romeins recht vs. sociale rechtvaardigheid. Een voorbeeld uit de Republiek', in: I.S.J. Houben, K.J.O. Jansen, P. Memelink, e.a. (red), *Europees contractenrecht. Techniek en moraal*, Deventer: Kluwer 2007, p. 127-128.

in de verdediging van het nationale rechtserfgoed. Kende Friesland ook zijn *censurae*? Onze raadsman hierin is Ulrik Huber [1636-1694]. Zijn bekendste werk de *Heedensdaegse rechtsgeleertheyt, soo elders als in Frieslandt gebruikelyk* (eerste druk Leeuwarden 1686), kan het best getypeerd worden als een *collatio*, dus een commentaar op het Friese recht, in dit geval gebaseerd op het systeem van de Instituten van Justinianus.

Op het eerste gezicht verwijderde Huber zich niet ver van de eigen kerktoren. Veelvuldig citeert hij uit de jurisprudentieverzameling van het Hof van Friesland aangelegd door Johan van den Sande [1568-1639] en voor het eerst gepubliceerd in 1635 (Leeuwarden).¹³ Wie het werk van Van den Sande opslaat wordt evenwel geconfronteerd met menig Italiaans en Frans auteur. Daarom kunnen we beter kijken naar Hubers in het Latijn gestelde, en daardoor niet aan de Nederlanden gebonden *Praelectiones iuris civilis* ('Colleges over het Romeinse recht' 1678-1690). Hierin is de optiek van Huber zichtbaar breder, maar, ondanks alle aandacht voor het Romeinse recht, blijft het ankerpunt Friesland, en, bij ontstentenis van (Romeins)-Fries recht, kijkt hij naar de andere provincies van de Republiek, en, in sommige gevallen, naar andere streken van Europa.¹⁴ We zien een zelfde patroon als bij Van Leeuwen en Voet: 1^o recht van de eigen provincie, al dan niet in overeenstemming met het Romeinse recht; 2^o recht van de andere provincies van de Republiek; 3^o recht van buiten de Republiek. Deze volgorde in de rechtsvinding, die teruggaat op de Franse traditie om eerst naar naburige rechten te kijken voordat het Romeinse recht subsidiair in beeld komt, heeft eerder ten doel het eigen recht te versterken dan om 'vreemd' recht aan te bevelen. Dit komt goed tot uitdrukking in Hubers paradepaardje: zijn vuistregels (*axiomata*) voor het internationaal privaatrecht, die tot op heden de kern uitmaken van het recht van de Verenigde Staten.¹⁵ Deze zogenaamde *comitas*-leer beschouwt toepassing van buitenlands recht niet als een verplichting maar slechts als een vorm van wellevendheid (*comitas*). In beginsel geldt in ieder land het recht van eigen bodem (*lex fori*), hoeveel buitenlandse aanknopingspunten er ook zijn. Het is een visie die past bij machtige landen met een evangelisatiedrang, en bij kleine landen, zoals de provincie Friesland, die bang waren overheerst te worden door hun burens.

13 Zie voor de opeenvolgende edities R. Feenstra, *Bibliografie van de hoogleraren in de rechten aan de Franeker universiteit tot 1811*, Amsterdam 2003, p. 136 e.v.

14 Zie T.J. Veen, 'Ulrik Huber', in: T.J. Veen, P.C. Kop, *Zestig juristen. Bijdragen tot een beeld van de geschiedenis der Nederlandse rechtswetenschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, p. 123-124.

15 Zie hierover L. Strikwerda, 'Fries recht in Amerika. Over Ulrik Huber, Joseph Story en internationale contracten', *Groninger opmerkingen en mededelingen* IV (1987), p. 55-78.

4 KOSMOPOLITISCH HOLLAND?

Geeft de toenmalige provincie Holland blijk van een opener houding? Ik kom terug op Vinnius. Zijn commentaar op de Instituten (eerste druk Leiden 1642) heeft zijn weg naar Europa gevonden, meer nog dan het werk van Voet.¹⁶ Deze auteur is romeinsrechtelijker in zijn aanpak dan Groenewegen en Van Leeuwen maar ook hij ontkwam niet aan de parade van buitenlandse auteurs. In de eerste plaats waren dat Zuid-Nederlandse auteurs zoals Gudelinus, Christinaeus en Tuldenus. Daarnaast Franse auteurs als Cujacius, Donellus, Chasseneux en Tiraqueau, Duitse zoals Gail en Bachovius, en een enkele Spanjaard, als Covarruvias en Perezius, maar die laatste hoort eigenlijk bij de Zuidelijke Nederlanden.¹⁷

Heeft Vinnius zich uitgelaten over het doel van zijn werk? In de *dedicatio* uit 1642 volgt, nadat hij op de tekortkomingen van de uitgesproken humanistische Cujacius gewezen heeft, een veelbetekenende passage:¹⁸

‘Zoals toen mij voor het eerst de uitleg van de Digesten werd toevertrouwd (...) heb ik ook de eigen rechten van ons vaderland (= Holland) toegevoegd, en de particuliere rechten van (de) andere streken, en de overige die nu alom krachtens rechterlijk gebruik met zekerheid aanvaard zijn, (en) die sterk afwijken van het geschreven recht der Romeinen ...’

Als ik zeg dat het door Vinnius meest geciteerde werk een werk is over het recht van de provincie Holland, wordt het duidelijk dat ook hij zijn kennis van niet-Hollands recht en niet-Hollandse auteurs in dienst stelde van de ontwikkeling van het Hollandse recht. Daar is hij dan eindelijk: Hugo de Groot [1583-1645]. Zijn *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-geleerdheid* (1631) diende als model voor de latere in *collatio*-stijl geschreven werken van Van Leeuwen en Huber. Het verschil met deze twee auteurs is dat De Groot geen parallel werk in het Latijn heeft geschreven. Het belang van de structuur van het werk voor het Hollandse recht kan echter moeilijk overschat worden. De losjes op de Justiniaanse Instituten leunende opbouw bleek flexibel genoeg het Hollandse recht te beschrijven en verder te ontwikkelen. De rest van Europa heeft alleen indirect kennis kunnen nemen van dit meesterwerk van de Hollandse rechtscultuur. Daarom speelt het geen grote rol in deze bijdrage. Ook omdat De Groot niet vaak verwijst naar recht van buiten de provincie Holland.¹⁹

16 Feenstra/Waal (1975), p. 53-63 en 112-113.

17 Vgl. Feenstra/Waal (1975), p. 28-30.

18 Ed. Leiden 1726: ‘Itaque ut primum pandectarum interpretatio mihi mandata fuit, de vulgando eo cogitare coepi, et quo comitator exiret, adjunxi etiam patriae nostrae jura propria, aliarumque regionum peculiaria instituta, et caetera quae nunc passim usu judiciorum certo recepta sunt, ab illo scripto Romanorum jure longe discrepantia ...’

19 Dit geldt voor de vroege edities van de *Inleidinge*. Naderhand verschenen er edities met annotaties van Van Groenewegen (de eerste keer in 1644), met ‘Europese’ verwijzingen.

Na deze tocht langs de belangrijkste zeventiende-eeuwse Hollandse auteurs, wordt het tijd hun plaats te bepalen in het Europa van die eeuw. Waren dit de Europeanen waar sommigen nu zo van dromen? Of waren zij de juridische vertegenwoordigers van het rijke Holland, die, zich bewust van Hollands (zeer tijdelijke) machtspositie, hun rijkgevulde bibliotheken over hun lezers uitstorten om te laten zien dat ze wisten wat er in de rest van de wereld gaande was? Een soort *comitas* dus, vrijblijvend en niet met de bedoeling zich iets gelegen te laten liggen aan het buitenlandse recht tenzij in Hollands belang. Ik neig tot het laatste. Een machtige staat, en dat was de Republiek onder Hollandse leiding tussen 1625 en 1675, laat zich niets gezeggen, ook niet op juridisch gebied. Natuurlijk kon in noodgevallen altijd het *ius commune* te hulp geroepen worden. Maar kijk eerst eens om je heen: is er geen naburig recht dat aan onze behoeften voldoet? Men zegt meestal dat in zeventiende-eeuws Holland al snel naar het Romeinse recht werd gegrepen. Hier is echter voorzichtigheid geboden. De Groot was geen onpartijdig beschrijver van de praktijk, want sterk geporteerd voor het Romeinse recht. De andere auteurs laten in gradaties een veel subtieler beeld zien waarin naburige rechten een belangrijke rol spelen. De manier waarop in de eerste helft van de zeventiende eeuw het Hollandse recht in het toenmalige Batavia werd ingevoerd spreekt boekdelen: subsidiair gold recht uit de rest van de Republiek, en het Romeinse recht (de beschreven rechten) alleen voor zover het 'praktikabel' was.²⁰

We kunnen ons zelfs afvragen of dit in de eerste helft van de achttiende eeuw sterk veranderd is, een periode waarin het *ius commune* geacht wordt een steviger voet aan de grond te hebben gekregen. Het is de periode waarin Cornelis van Bynkershoek [1673-1743] actief was als rechter en als schrijver. Hij heeft getracht het Romeinse recht in de hiërarchie van de rechtsbronnen (en dus bij de rechtsvinding) omhoog te stuwen. Dit lukte maar zeer ten dele, en als rechter moest hij menigmaal buigen voor collega's met een 'nationalere', – Bynkershoek zou zeggen provincialere – visie op het Hollandse recht.²¹ Bovendien was in de tweede helft van de achttiende eeuw de nationalisering van het recht niet meer te stuiten, om, na een Napoleontisch intermezzo in de negentiende eeuw uit te monden in allerlei codificaties.

Wie, met andere woorden, een Europeser, dat wil zeggen romeinsrechtelijk Holland wil zien, kan beter naar de eerste helft van de achttiende eeuw kijken dan naar de Gouden Eeuw. En dan nog dient hij/zij zich te realiseren dat dit kosmopolitisme van korte duur was en gedragen werd door een zeer kleine elite.

20 Zie J.A. Somers, *De VOC als volkenrechtelijke actor*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 113-114.

21 Voor een voorbeeld zie Bezemer (2007) p. 128 – 130.

5 VAN HOLLAND NAAR NEDERLAND, NAAR EUROPA

Bijna een halve eeuw lag het burgerlijk recht in de Noordelijke Nederlanden onder een soort deken. Na de verovering door Frankrijk in 1795 bleef het *ancien régime* nog doorsudderen zij het met een andere rechterlijke organisatie, en afgezien van de korte periode waarin het *Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland* gold (1809-1811), werd het Franse recht bepalend, ook na het herkrijgen van de onafhankelijkheid. Toen Nederland in 1838 met zijn nieuwe Burgerlijk Wetboek onder de deken vandaan kroop was er weinig over van de glorie van het Rooms-Hollandse recht. Ook niet in de minder Europese zin waarin we het naar mijn mening moeten zien. Pas aan het eind van de negentiende eeuw begint Nederland zijn rol te ontdekken als middelaar tussen de grote Europese landen. De inzet voor een verdragsmatige ontwikkeling van het internationaal privaatrecht, de Haagse Vredesconferenties van 1889 en 1907, de oprichting van het Internationaal Gerechtshof, het zijn allemaal uitdrukkingen van een extraverte houding, die sinds de zeventiende eeuw niet meer vertoond was. Voor het privaatrecht in materiële zin was het bovenal Meijers die deze lijn voortzette. Al jaren voordat hij met zijn ontwerpen voor het huidige Burgerlijk Wetboek liet zien dat wetgevers recht kunnen vinden door 'om zich heen te kijken', demonstreerde hij deze methode van rechtsvinding voor specifieke onderwerpen.²² In wezen paste hij de methode van de 'naburige rechten' toe die ten tijde van de Republiek uit Frankrijk was overgewaaid. Door zijn bijzondere positie als wetsontwerper kon hij ook daadwerkelijk keuzes maken uit de veelheid van mogelijkheden. De schrijvers uit de Republiek die hierboven de revue zijn gepasseerd konden slechts mogelijkheden opperen, en kijken wat er in de rechtspraak mee gedaan werd. Daarbij was het verstandig niet te ver af te dwalen van de in Holland gangbare opvattingen. Hetgeen zij ook niet deden. Met uitzondering van de weinige echt antiquarische juristen, die vergaten dat er behalve een (romeinsrechtelijke) Renaissance ook een Barok nodig was om tot werkbare oplossingen te komen.

Ik hoef niet uit te leggen dat opnieuw een dergelijke situatie zich voordoet, met een veel hogere inzet en navenant grotere problemen. De Europese melodie heeft meer dan één melodie in contrapunt. Melodieën die soms samenkomen maar dan weer uit elkaar gaan. Het opleggen van een romeinsrechtelijk geïnspireerd *ius commune* is geen optie. Alle betrokken landen zijn door de Barok gegaan en hebben hun eigen vorm gegeven aan hun specifieke verhouding tot dat *ius commune*. Sindsdien zijn de nationale tradities hun eigen weg gegaan, met grotere of kleinere verschillen ten opzichte van elkaar en ten opzichte van het verleden. Dit heeft uiteraard gevolgen voor de rechtsvinding.

22 Zie bij voorbeeld het historisch-rechtsvergelijkend deel van zijn rapport aan de Nederlandse Juristen Vereniging over de invloed van veranderde omstandigheden op de afdwingbaarheid van overeenkomst, uit 1918. Vgl. E.M. Meijers, *Etudes d'histoire du droit* (Feenstra/Fischer red.), IV, Leiden 1966, p. 27-51.

Zelfs als in een spontane opwelling van eensgezindheid het Europese recht een sterkere positie weet te verwerven dan menig een zich nu kan voorstellen, zal ieder land zijn eigen tempo van aanpassing kennen. Of ziet men liever een Napoleon verschijnen?

1 INLEIDING

Het primaire doel van de oprichting van de Europese Gemeenschap in 1957 was het instellen van een gemeenschappelijke, ‘interne’ markt. Men durfde er destijds nog niet van te dromen, maar het verwijderen van alle hindernissen die het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal¹ belemmerden, impliceert volgens velen ook het realiseren van een uniform civielrechtelijk regime dat deze interne markt reguleert. In de afgelopen decennia zijn stap voor stap de binnengrenzen verdwenen. Inmiddels wordt de handel niet langer belemmerd door douanebeambten die (niet alleen) de handel veel tijd en geld kosten, er kan zelfs inmiddels alweer meer dan tien jaar met een gemeenschappelijke munt worden betaald.² Anno 2011 achtte de Europese Commissie de tijd rijp om op grond van art. 114 VWEU aan het Europees Parlement en aan de Raad een voorstel (voor een verordening) te doen om deze interne markt in de nabije toekomst ook van een uniform Europees Kooprecht te voorzien.³ Een paar jaar eerder, in 2009, verscheen het *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), waarin een internationale studiegroep de *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law* presenteert.⁴ Wat een halve eeuw geleden een utopische droom leek – en wat een twintigtal jaar daarvoor zelfs voor volstrekt onmogelijk werd gehouden – is met deze documenten een heel concreet onderwerp van debat geworden. Een debat op veel verschillende speelvelden. Er woedt een politiek debat over de wenselijkheid en politieke

■ A.J. Kwak is universitair docent bij de afdeling encyclopedie en rechtsfilosofie, Universiteit Leiden.

1 Vgl. art. 26 VWEU.

2 Op 11 december 2012 is het Europees parlement akkoord gegaan met een uniform Europees octrooirecht (na bijna veertig jaar onderhandelen). Dit betekent dat een octrooi niet meer in alle lidstaten van de EU afzonderlijk hoeft te worden aangevraagd en levert een enorme kostenbesparing op. Daarmee is nog een obstakel opgeruimd op weg naar een vrije interne markt in de Unie.

3 Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende een gemeenschappelijk Europees kooprecht, COM (2011) 635.

4 C.Von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke (Eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Draft Common Frame of Reference (DCFR), München: Sellier European law publishers 2009.

haalbaarheid van deze verdere integratie en juristen twisten over de wenselijkheid en gepastheid van de beginselen, algemene begrippen en concrete rechtsregels die nu ter discussie voorliggen.⁵ In deze bijdrage wil ik een meer theoretische vraag aan de orde stellen: volgens welke (rechtswetenschappelijke) methode komen we in een juridisch zo divers gebied als de huidige Europese Unie eigenlijk tot een gemeenschappelijk privaatrecht?

2 HET STANDAARDBEELD VAN RECHTSWETENSCHAP

Het antwoord op deze vraag lijkt voor de hand te liggen: we verzamelen alle relevante wetgeving en jurisprudentie van de lidstaten, analyseren dit materiaal grondig op zoek naar de meest algemene begrippen, beginselen en regels in de hoop dat deze voldoende overeenkomsten vertonen om als uitgangspunt te dienen voor het afleiden van een systeem van regels dat vervolgens als een gemeenschappelijk privaatrecht kan gelden. Het DFCR is inderdaad het product van rechtsvergelijkend onderzoek waarin de leerstukken van verschillende Europese stelsels zijn geanalyseerd op zoek naar overeenkomsten en verschillen. Men werkte niet 'top down' van vastgestelde algemene uitgangspunten en beginselen naar specifieke leerstukken en rechtsregels, maar 'bottom up' vanuit de gegeven regels en leerstukken van het geldende recht in de verschillende lidstaten naar wat deze op een hoger niveau van abstractie verbindt.

Het opstellen van het DFCR is bij uitstek een academisch project geweest⁶ en de werkwijze sluit ook nauw aan bij de werkwijze die in zijn algemeenheid kenmerkend is voor wetenschap: we zoeken naar de orde in een op het eerste gezicht chaotisch geheel van waarnemingen om theorieën te formuleren die we vervolgens toetsen aan weer nieuwe waarnemingen. De rechtsbronnen vormen het materiaal van de rechtswetenschapper en de wetenschappelijke bijdrage bestaat vervolgens uit het analyseren van deze gegevens aan de hand van theorieën over de beginselen, algemene begrippen en fundamentele regels die het materiaal lijken te kenmerken. Het voortdurende 'bronnenonderzoek' is niet alleen een voortdurende analyse van het materiaal maar ook een voortdurende toetsing van de theorie waarmee de wetenschapper orde ziet in de schijnbare wanorde. Rechtswetenschap komt tot kennis van het recht middels, wat wetenschapsfilosofisch ook wel de 'empirische cyclus' wordt genoemd: we induceren een theorie uit de waarnemingen waaruit we voorspellingen

5 Vgl. R. Meijer, J.A. van der Weide, P.C.J. De Tavernier & L. van der Zwart, Themanummer Het gemeenschappelijk Europees Kooprecht, *MvV* 2012, nr. 7/8; J. Smits, 'Gemeenschappelijk Europees Kooprecht gaat niet ver genoeg', *AA* 2012, p. 348-351.

6 C. Von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke (Eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Draft Common Frame of Reference (DCFR), München: Sellier European law publishers 2009, p. 6, 7

deduceren die we vervolgens toetsen aan nieuwe jurisprudentie, nieuwe leerstukken en/of wetgeving.⁷

Dit laat zich ook verbinden met een bekende opvatting van rechtsvinding: de rechter moet in moeilijke gevallen – dat wil zeggen gevallen waarin de rechtsfeiten zich niet eenduidig onder een geldende rechtsregel laten subsumeren – wetenschappelijk te werk gaan in die zin dat hij al het relevante juridische materiaal moet verzamelen en analyseren, om daar vervolgens een algemenere regel of een beginsel uit af te leiden⁸ waaruit zich vervolgens een concrete rechtsregel laat afleiden die wel eenduidig tot een beslissing kan leiden.⁹ Dit komt in feite neer op systematische interpretatie, verwant aan de redenering naar analogie:¹⁰ uit de gemeenschappelijke structuur van een wel en een niet geregeld geval wordt een algemenere regel afgeleid die vervolgens een beslissing kan voorschrijven voor alle gevallen met deze structuurkenmerken. Iets minder formeel uitgedrukt: we passen op basis van een generalisering een rechtsregel toe in een in relevante opzichten vergelijkbaar, maar niet geregeld geval. Er wordt wel gezegd dat de analogieredenering de juridische redenering bij uitstek is; vooral in de *common law* wordt voortdurend gezocht naar relevante verschillen en overeenkomsten tussen precedents en nieuwe gevallen.

Rechtswetenschappers die onderzoek doen naar de relevante verschillen en (vooral) overeenkomsten tussen de nationale civielrechtelijke regimes in Europa hebben te maken met een bijzonder divers geheel van gegevens. Alleen al de vertaalslag van de leerstukken in de *common law* naar die van de continentale *civil law* (en terug), is een veelomvattende opgave. Maar een grondige analyse van al het juridische materiaal in de hoop de verschillen op een hoger niveau van abstractie te overstijgen, lijkt de enige weg; louter filosofische reflectie zal niet *ex nihilo* een gemeenschappelijk Europees privaatrecht opleveren. Het gemeenschappelijk Europees privaatrecht zal ook niet het product kunnen zijn van politieke debatten, in het Europese parlement of welk parlement of forum dan ook. In het navolgende zal ik echter betogen dat dit enorme project nog iets complexer is dan ik het nu voorstel. Het tot nog toe geschetste beeld doet namelijk geen recht aan het feit dat het recht een fundamenteel ander karakter heeft dan het onderwerp van onderzoek van de natuurweten-

7 Dit is het 'standaardbeeld van wetenschap': uit waarnemingen van feiten (en eventueel experimenten) induceren we wetenschappelijke theorieën die 'empirische regulariteiten specificeren' waaruit we vervolgens voorspellingen over nieuwe feiten deduceren die we bijvoorbeeld middels experimenten aan nieuwe feiten toetsen. Met andere woorden, het te verklaren verschijnsel wordt logisch uit de universele wet afgeleid en dit wordt dus aangeduid als het 'deductief-nomologische model' of het '*covering law model*' van wetenschappelijk onderzoek. M. Leezenberg & G. De Vries, *Wetenschapsfilosofie voor geesteswetenschappen*, Amsterdam: University Press Amsterdam 2007, p. 31, 64, 65.

8 Analooq aan het ontwerpen van een theorie.

9 Vgl. G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 26.

10 Vgl. W.R. De Jong, *Argumentatie en formele structuur*, Amsterdam: Boom 2005, p. 128.

schapper. Het recht is een *talig* bouwwerk en dat heeft implicaties voor de manier waarop het zich laat onderzoeken. Met behulp van de taalfilosofie van Ludwig Wittgenstein en de opvattingen van rechtswetenschap en rechtsvinding van Paul Scholten zal ik betogen dat, anders dan in de natuurwetenschap, de zekerheid die we lijken te verkrijgen door generalisering of veralgemenisering in de rechtswetenschap in belangrijke mate slechts schijnzekerheid biedt. De stelling die ik zal verdedigen is dat de zekerheid met betrekking tot de betekenis van het recht in belangrijke mate wordt bepaald door de concrete contexten waarin de regels en beginselen worden gebruikt. Rechtswetenschap abstraheert noodzakelijkerwijs van deze concrete omstandigheden maar betaalt daarvoor een prijs: de betekenis van de begrippen vervaagt, of verandert zelfs enigszins. Om deze stelling nader in te leiden zal ik eerst het idee van de rechtswetenschappelijke ‘empirische cyclus’ nader uitwerken, vervolgens zal ik dit beeld nuanceren (of compliceren) en de gevolgen voor een project zoals dat van een gemeenschappelijk Europees privaatrecht bespreken.

3 THE ONLY WAY IS UP

‘In woorden legt de wet haar wil op (...). [D]e betekenis van de woorden naar spraakgebruik staat voorop onder de gegevens van de rechtsvinding,’ schrijft Paul Scholten in zijn *Algemeen Deel*. Intuïtief begint ieder begrip van de betekenis van de wet inderdaad met het vaststellen van de betekenis naar spraakgebruik: ‘Als de wet bindend is, wat anders wil dat zeggen dan dat de uitspraak bindt, zoals de burger haar naar spraakgebruik begrijpt?’ Deze burger zal deze eis vooral in verband brengen met zijn recht op maximale helderheid en duidelijkheid van de wetgever. De wetgever dient duidelijke taal te spreken: ‘kort, zuiver, scherp’, schrijft Scholten, en vervolgens zal de burger er vanuit gaan dat de grammaticale, taalkundige betekenis van de regel, of in Scholtens woorden: ‘de betekenis naar taalgebruik’, beslissend is.¹¹

Vaak wordt gezegd dat een wettelijke regel pas interpretatie behoeft als de betekenis onduidelijk is, of als de beslissing die op grond van de letterlijke betekenis zou volgen ons rechtvaardigheidsgevoel niet bevredigt (of om een andere reden niet bevalt). We hebben de indruk dat het grammaticaal of taalkundig begrijpen van een rechtsregel niet een kwestie van interpreteren

11 Scholten, P., *Algemeen Deel*, in: T. Slootweg (red.), *Dorsten naar gerechtigheid*, Deventer: Kluwer 2010, p. 36 (De paginaverwijzingen komen overeen met de uitgave van de Asser-Scholten uit 1974); Vgl. Antonin Scalia: ‘Government by unexpressed intent is [...] tyrannical. It is the law that governs, not the intent of the lawgiver.’ A. Scalia, *A Matter of Interpretation*, Federal Courts and the Law, Princeton University Press, 1997, p. 17.

is, maar van eenvoudigweg *waarnemen*.¹² Pas als we merken dat we er met de waargenomen betekenis niet uitkomen, dan gaan we interpreteren. De verschillende interpretatiemethoden waarmee juristen vervolgens de (schijnbaar verborgen) betekenis op het spoor komen, hebben mede hierom soms een slechte reputatie. Je moet goed op je tellen passen als juristen aan het interpreteren slaan: met behulp van allerlei retorische trucs – ‘interpretatiemethoden’ – praten ze recht wat krom is. Nee, de letterlijke betekenis kan de burger tenminste zelf vaststellen, daar heeft hij geen dure jurist voor nodig.

Geef ons feiten en logica, zei David Hume, de rest is sofisterij en illusie: *Commit it to the Flames!*¹³ We bereiken maximale helderheid en duidelijkheid door in de rechtsregel alleen begrippen te gebruiken die verwijzen naar concreet waarneembare feiten en omstandigheden. In eerste instantie nemen we de betekenis van de geschreven rechtsregel waar en vervolgens zien we de concrete werkelijkheid waar de rechtsregel naar verwijst als het ware direct voor ons. Met andere woorden, zekerheid hebben we alleen als een heldere en duidelijke rechtsregel verwijst naar empirisch waarneembare, en dus verifieerbare, feiten zodat de rechter dan verder op grond van de regels en de feiten strikt volgens de wetten van de logica een beslissing kan afleiden.

Met andere woorden, geef een jurist de feiten, dan leidt hij of zij logischerwijs het geldende recht af uit de gegeven rechtsregels. Logisch zijn de wetten van het juist (geldig) redeneren, dat kan algemeen bekend worden verondersteld en de logische consistentie van een redenering kan dan ook door iedereen worden geconstateerd. Iedereen heeft bovendien wel een idee van wat een feit is.¹⁴ ‘Een feit is een gebeurtenis of omstandigheid waarvan de werkelijkheid vaststaat,’ lezen we in de Dikke van Dale. In onze dagelijkse ervaring beschouwen we bepaalde aspecten van onze waarnemingen als op de een of andere manier ‘gegeven’. Juristen werken vervolgens met een heel bepaald soort gegevens: in rechtsbronnen gegeven rechtsregels. De voor de hand liggende vraag is: is een in de wet vastgelegde rechtsregel op een vergelijkbare manier in de waarneming gegeven als het bureau onder mijn armen? Met andere woorden, kan een rechtsregel een vergelijkbaar *feit* zijn?

Wittgenstein betoogde in de *Tractatus* dat talige uitingen feiten zijn zoals alle andere feiten. En zoals we aan een donkere wolk (een waarneming van

12 Vgl. De Geest: ‘Wat nemen rechtsgeleerden waar? [...] De fenomenen die door rechtsgeleerden worden waargenomen en bestudeerd zijn rechtsregels. Zijn de waarnemingen empirisch verifieerbaar? Op zich wel.’ G. De Geest, ‘Hoe maken we van de rechtswetenschap een volwaardige wetenschap?’ *NJB*, Afl. 2, 9 januari 2004, p. 59

13 ‘When we run over libraries, persuaded by these principles, what havoc must we make? If we take in our hand any volume of divinity or school metaphysics, for instance, let us ask, *Does it contain any abstract reasoning concerning quantity or number?* No. *Does it contain any experimental reasoning concerning matters of fact and existence?* No. Commit it then to the flames: for it can contain nothing but sophistry and illusion.’ D. Hume, *An Enquiry concerning Human Understanding*, Chicago: Open Court Chicago Ill. 1988, p. 195.

14 ‘Wie beweert niet te weten wat een feit is die liegt’ aldus hoogleraar natuurkunde Vincent Icke in: ‘De feiten hebben het maar moeilijk’ *NRC Handelsblad* 10 juli 2012, p. 14.

een feit) kunnen zien dat het gaat regenen zo is in de taaluiting waar te nemen wat hij betekent. Maar dan wel op een andere manier. De voorspelling dat het gaat regenen doen we op grond van een theorie die is gebaseerd op eerdere waarnemingen. Wat een taaluiting betekent zien we omdat de zin een *afbeelding* is van waar zij naar verwijst. In talige uitingen worden de gedachten die de volzinnen uitdrukken zintuigelijk waarneembaar, schrijft Wittgenstein,¹⁵ en met behulp van deze gedachten wordt de werkelijkheid afgebeeld – als het ware gespiegeld – want de mens gebruikt taal om beelden van de in de waarneming gegeven feiten te vormen: ‘Wir machen uns Bilder der Tatsachen. [...] Das Bild ist ein Modell der Wirklichkeit.’¹⁶ En deze beelden zijn volgens Wittgenstein zelf ook weer feiten,¹⁷ feiten die waar zijn als ze daadwerkelijk corresponderen met de werkelijkheid die ze afbeeldt, of onwaar zijn als de uitgedrukte gedachte niet werkelijk het geval is.

Maar hoe zien we dat inktvlekken op papier een bepaalde gedachte uitdrukken? Hoe horen we dat bepaalde klanken betekenis hebben? Hoe maken we, met andere woorden, de cruciale stap van fysica naar semantiek?¹⁸ ‘Das Bild ist so mit der Wirklichkeit verknüpft; es reicht bis zu ihr,’ luidt het antwoord.¹⁹ Dat leek de jonge Wittgenstein voor de hand te liggen, de afbeelding ‘reikt’ als het ware naar datgene waar het naar verwijst. Dat vinden we in eerste instantie allemaal waarschijnlijk voor de hand liggend, deze taal filosofie sluit nauw aan bij onze intuïties over hoe de taal werkt. Maar hoe de taal precies met de werkelijkheid verbonden raakt door naar haar te ‘reiken,’ is het centrale probleem in het filosofische werk van de ‘late’ Wittgenstein en hij formuleert in zijn latere werk een heel ander antwoord op deze vraag, een antwoord dat overigens grote consequenties heeft gehad voor onze opvattingen over taal.

Maar eerst terug naar het recht want de afbeeldingstheorie van taal laat zich goed verenigen met het idee dat duidelijke taal van de wetgever – ‘kort, zuiver, scherp’ – maximale objectiviteit en voorspelbaarheid oplevert voor de burger. De rechtsregel specificeert de feiten die (alternatief of cumulatief) tot een bepaald rechtsgevolg leiden; deze specificatie van de rechtsfeiten kan worden gezien als een afbeelding waarin een gedachte wordt uitgedrukt die verwijst naar feiten in de werkelijkheid. Waarheidsvinding door de rechter dient ertoe vast te stellen of dit ook daadwerkelijk het geval is want dan is dit deel van de zin waar en kan de rechter concluderen dat het rechtsgevolg moet intreden.

15 L. Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, Werkausgabe Band 1, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1984, stelling 3.

16 Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, 1984, stelling 2.1 en 2.12.

17 Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, 1984, stelling 2.141.

18 Vgl. J.R. Searle, *Intentionality, An essay in the philosophy of mind*, Cambridge: Cambridge University Press 1983, p. 161.

19 Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, 1984, stelling 2.1511.

'Everything could be known, something could be done and specified in advance by rule. This would be a world fit for 'mechanical' jurisprudence.'²⁰

We zouden de rechtspraak verder aan computers kunnen overlaten: je voert de gegevens van de zaak in en de computer 'berekent' de beslissing die zal volgen op grond van het programma dat bestaat uit het systeem van geldende rechtsregels. Het ontwikkelen van de benodigde computersoftware biedt echter een mooie metafoor voor een opvatting van rechtsvinding die niet onaannemelijk is. *Dabo mihi factum, dabo tibi ius*, en dat is precies wat de computer zal doen. De computer zal echter geen enkele beslissing genereren als het programma niet consistent is, als er tegenstrijdigheden in het programma zitten. In computertermen: de software moet 'integer' zijn, een programma waarin fouten zitten noemen we 'corrupt' want het zal willekeurige antwoorden geven op rechtsvragen.

Maar wat voor de computer geldt, geldt ook voor het recht. In de analyse van een afzonderlijk geval aan de hand van een afzonderlijke regel verwijst de regel onwillekeurig boven zichzelf uit naar het systeem van regels waar het deel van uitmaakt. Maar dat betekent dat onder de oppervlakte van de betekenis naar spraakgebruik, de betekenis van het rechtssysteem als geheel een doorslaggevende rol speelt: 'De uitlegging naar het spraakgebruik wijst boven zich zelf uit, zij voert vanzelf tot de systematische,' schrijft Scholten.²¹ Als het systeem niet integer is, dan zijn de afzonderlijke regels die deel uitmaken van het systeem niet eenduidig toepasbaar op concrete gevallen. De nadruk verschuift van de grammaticale interpretatie naar de systematische interpretatie; centraal komt nu het idee van 'law as integrity': de noodzaak om het recht als een coherent, systematisch geheel te over- en doorzien om de betekenis van de regel in het individuele geval te kunnen vaststellen.²²

Op grond van de eis van rechtszekerheid (en dus objectiviteit) komen we op het belang van rechtseenheid in de zin van integriteit. Rechtseenheid blijkt *vooraf* te gaan aan rechtszekerheid: de integriteit van het systeem als geheel is fundamenteel.²³ Veel van de instituties van het recht, instituties die op andere terreinen van de samenleving vaak als onwenselijk worden beschouwd, laten zich verklaren met behulp van dit belang van eenheid in de zin van integriteit. Zo is de rechtspraak hiërarchisch georganiseerd onder het gezag

20 H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press 1961, p. 125.

21 Scholten 2010, p. 38

22 'Einen Satz verstehen, heißt eine Sprache verstehen,' schrijft Wittgenstein in zijn *Logische Untersuchungen* en daarmee tekent zich een breuk af met zijn vroege werk waarin hij nog uitging van een zogenaamde 'atomaire' theorie van betekenis. De betekenis van afzonderlijke zinnen wordt volgens de Wittgenstein van de *Untersuchungen* niet bepaald door de specifieke feiten buiten de taal waar de taal naar 'reikt,' maar in eerste instantie door de gehele taal waar de zin deel van uitmaakt. Wittgenstein en Scholten delen daarmee het uitgangspunt van het betekenisholisme dat tot orthodoxie is geworden in de twintigste-eeuwse taalfilosofie. Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, 1984, p. 344 (§ 199).

23 R. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge Mass.: Harvard University Press 1986.

van één hoogste instantie die met name tot taak heeft de rechtseenheid te bewaken.²⁴ Het verklaart ook mede waarom de Europese rechtsorde tot zulke hoofdbrekens heeft geleid in juridische kringen (en daarbuiten natuurlijk ook). De hoeveelheid rechtsregels is zo groot dat het nauwelijks meer te overzien is, chaos dreigt. Als Europa bovendien een schip blijkt te zijn met verschillende kapiteins, dan verwordt de Europese rechtsorde tot een wanorde. Niet integer recht is een casino waar willekeur hoogtij viert, hoe helder en duidelijk afzonderlijke rechtsregels ook zijn.

Rechtswetenschap wordt algemeen geacht hier een belangrijke taak te hebben en de methode die juristen hanteren om de integriteit van het systeem te bewaken laat zich als 'formalistisch' kenmerken.²⁵ We werken ons als het ware een weg van binnenuit het positieve recht naar 'buiten' door de gegeven juridische materialen te analyseren om daaruit (inductief) tot de algemene begrippen, fundamentele onderscheidingen en beginselen te komen die het hele systeem informeren en tot een systematische eenheid maken. Van de werkvloer, waar de afzonderlijke rechtsregels hun werk doen en waar beslissingen worden genomen, stijgen we als het ware op naar de eigenschappen van het systeem waar deze regels en beslissingen deel van uitmaken. We kunnen uiteindelijk zelfs zicht krijgen op de 'logische grondbegrippen' of 'categorieën' van het recht, volgens Scholten. Dan zijn we uitgekomen bij de begrippen en onderscheidingen die ieder rechtssysteem karakteriseren.²⁶

Deze logische grondbegrippen en categorieën hebben de hoogste graad van abstractie; ze zijn universeel in die zin dat ze alle rechtssystemen ordenen. Als we op dit niveau van de analyse zijn aanbeland dan hebben we ons losgemaakt van de inhoud van ieder afzonderlijk positief rechtssysteem. Dit is ook de *common ground* die vergelijking tussen verschillende rechtsordes mogelijk maakt. Met de ontdekking van deze 'axioma's' of eerste beginselen zijn we aanbeland bij de categorieën

24 Vgl. R. Vining, *The authoritative and the authoritarian*, Chicago and London: The University of Chicago Press 1986.

25 Meetkunde (en wiskunde meer in het algemeen) of logica hebben betrekking op een systeem van relaties tussen concepten, 'relations between ideas' zoals Hume schreef, en niet over de correspondentie tussen concepten en de feitelijke (fysieke) werkelijkheid. Formalisme houdt de rechtswetenschap het ideaal van de '*more geometrico*' voor, een methode die ook de moderne filosofie van Verlichtingsdenkers als Descartes, Hobbes en Spinoza heeft geïnspireerd. De rechtswetenschap kan een autonome en objectieve wetenschap zijn als het zich richt op de analyse van de juridische begrippen en onderscheidingen in een poging daarin het onderliggende systeem te zien, of, met andere woorden, de diepere structuur te ontdekken. De autonomie en de objectiviteit van deze wetenschap wordt gegarandeerd door het feit dat het tot resultaten kan leiden die op geen enkele manier afhankelijk zijn van de feitelijke werkelijkheid. Richard Posner: 'Abstracting from particulars is an essential part of science; so in a sense, all science [...] is formalist. [...] The prestige of true formalisms is part of the reason why so many judges and legal scholars aspire to make law a formalist discipline.' R.A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge Mass., Harvard University Press 1990, p. 16, 40, 54, 61.

26 Scholten 2010, p. 45, 47, 56.

‘die de mens volgt bij zijn rechtsschepping. [...] Die vinden we overal terug; veeleer dan resultaat van vergelijking en generalisering van de inhoud van rechtsregelingen van verschillende landen en tijdstippen, maakt het bestaan dezer categorie zulk een vergelijking [...] eerst mogelijk.’²⁷

We zijn boven de concrete inhoud – ‘substantie’ – van ieder afzonderlijk positief rechtssysteem uitgestegen en aangekomen bij de universele (wellicht zelfs eeuwige) structuur – ‘vorm’ – van het recht. Dit onderzoek naar, in de eerste plaats, de vormen of categorieën van het recht en de hoogste rechtsbeginselen die het hele systeem een normatieve geldingskracht geven, is de taak van wat Scholten de rechtstheorie noemt. De rechtswetenschapper houdt zich op een iets concreter niveau van analyse bezig met de consistentie van het positieve recht.

Voorstellen om tot een uniform Europees Kooprecht te komen en de genoemde *Draft Common Frame of Reference* geven gehoor aan de roep om eenheid en consistentie – aan helderheid en duidelijkheid – in de Europese rechtsorde als geheel en in de verschillende nationale rechtsordes die deze omvat.²⁸ Deze taak is niet eenvoudig, we weten dat veel begrippen en leerstukken in de Engelse *common law* geen equivalent hebben in de continentale *civil law* en daarmee in feite onvertaalbaar zijn. Andersom zal bijvoorbeeld het fundamentele begrip van de ‘rechtshandeling’ in Engeland de nodige vraagtekens oproepen. Om de begripsverwarring te boven te komen is er een grondige analyse nodig van de verschillen en overeenkomsten tot op het niveau van theoretische vragen met betrekking tot de precieze functie en werking van een dergelijk begrip in het systeem.²⁹ We vinden in het DCFR inderdaad de ‘juridical act’ terug: ‘A juridical act is any statement or agreement, whether express or implied from conduct, which is intended to have legal effects as such.’ (Art. II. - 1:101(2)) Vanuit een Nederlands perspectief is dit verradelijk helder en duidelijk geformuleerd, maar hoe leest een common law jurist dit? Ik wil hier later op terugkomen.

Kijken is vergelijken, maar vergelijken vereist gemeenschappelijke grond. Appels en peren zijn fruit, zonder dit generieke begrip als overeenkomstige categorie zijn appels en peren (zoals het bekende gezegde wil) onvergelijkbaar. De categorieën van het recht maken de vergelijking tussen de rechtsordes mogelijk, schrijft Scholten. Zonder overeenkomsten zien we geen verschillen; we hanteren dus abstracte algemene begrippen – universalia – om zicht te krijgen op de verschillen vanuit de overeenkomsten. Het ligt dus voor de hand om middels rechtsformalistisch onderzoek tot een eenvormig Europees privaatrecht te komen.

²⁷ Scholten 2010, p. 57, 58.

²⁸ Vgl. R. Meijer, J.A. van der Weide, P.C.J. De Tavernier & L. van der Zwart, Themanummer Het gemeenschappelijk Europees Kooprecht, *MvV* 2012, nr. 7/8.

²⁹ R. Rijgersberg & H. Van der Kaaij, ‘A Plea for a Rigorous Conceptual Analysis as Central Method in transnational Law Design’, *Recht en Methode in onderzoek en onderwijs* 2013 (3) 1, p. 48-60.

recht te komen. Plato wees ons tweeëneenhalf duizend jaar geleden al de weg: *the only way is up*.

4 WHAT GOES UP MUST COME DOWN

‘Einen Satz verstehen, heißt eine Sprache verstehen,’ schrijft Wittgenstein in de *Logische Untersuchungen* en daarmee bevestigt hij het betekenisholisme dat we ook bij Scholten tegenkwamen. ‘Eine Sprache verstehen, heißt, eine Technik beherrschen,’ vervolgt hij in dezelfde paragraaf. Een taal is een techniek en dat komt van het Griekse woord τέχνη, wat in het Grieks zoveel betekent als ‘kunst.’ In zijn algemeenheid verwijst het woord tegenwoordig naar de bewerkingen, verrichtingen en vaardigheden die nodig zijn om iets tot stand te brengen, lezen we in Van Dale. Techniek betekent dus iets met behulp van kunstgrepen maken of doen. Met andere woorden, een taal is een instrument, een middel dat we gebruiken om dingen tot stand te brengen. Nu is het een kleine stap naar de beroemde uitspraak van Wittgenstein dat de betekenis van een taaluiting bepaald wordt door het specifieke gebruik van deze taaluiting:

‘Die Bedeutung eines Wortes ist sein Gebrauch in der Sprache.’³⁰

Het lijkt triviale constatering, maar dat is schijn want hiermee kantelt het beeld van taal en haar betekenis zoals dat in de *Tractatus* werd gepresenteerd. De correspondentietheorie van waarheid stelt de taal voor als een spiegel: afzonderlijke zinnen zijn afbeeldingen van standen van zaken. In zijn *Untersuchungen* beschrijft Wittgenstein de taal niet langer als een ‘spiegel van de natuur’³¹ maar als een gereedschapskist met daarin een zeer divers geheel van gereedschappen. Taal is er niet om de werkelijkheid te spiegelen, maar om allerlei dingen mee te doen. Met andere woorden, taal is *handelen* en in deze passages ligt de oorsprong van de theorie van taalhandelingen zoals die door Austin en door Searle op zeer invloedrijke wijze is uitgewerkt.³² De betekenis van taaluitingen wordt in hoge mate bepaald door wat we met deze specifieke taaluiting willen bewerkstelligen of bereiken. Wat de bedoeling is, wordt vaak pas duidelijk door de context waarin deze taaluiting wordt gedaan. Deze wending is volgens velen de doodsteek voor iedere vorm van formalisme.³³ Dat vergt echter wat nadere uitleg.

30 Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, 1984, p. 262 (§ 43).

31 Vgl. R. Rorty, *Philosophy and the mirror of nature*, Princeton: Princeton University Press 1979.

32 J.L. Austin, *How to do things with words*, Oxford: Clarendon 1962; J. Searle, *Speech Acts*, An essay in the philosophy of language, Cambridge UK: Cambridge University Press, 1969.

33 S. Fish, *Doing what comes naturally, Change, Rhetoric and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Duke: Duke University Press 1989, p. 7.

Hoe maken we de cruciale stap van de fysica naar de semantiek? Oftewel in de termen van Wittgenstein: hoe 'reikt' de taaluiting naar iets buiten zichzelf? In het zoeken naar een antwoord op deze vraag verschuift de nadruk van grammaticale en systematische interpretatie nu naar teleologische interpretatie. Met de analyse van taal als gereedschapskist is de vraag namelijk geworden: wat is de achterliggende intentie, ofwel de *telos* van de taaluiting?³⁴ Met andere woorden, wat is de bedoeling die achter de taaluiting schuilgaat? Ik gebruik deze laatste uitdrukking niet willekeurig want de cruciale vraag die we met betrekking tot dit *telos* kunnen stellen is: hoe *zien* we die bedoeling? In *Philosophische Grammatik*³⁵ komt een fundamenteel probleem in beeld.³⁶

We zien of horen de taaluiting en stellen vast waar deze naar verwijst, maar de intentie om te verwijzen of wat we met deze taaluiting nog meer precies willen doen, is *niet* gegeven in onze waarneming van de taaluiting. Het *waarom?* is echter cruciale informatie, we kunnen de precieze betekenis niet vaststellen als we niet zien wat een taalgebruiker precies aan het doen is. Interessant is dat Wittgenstein in de *Grammatik* constateert dat van 'buiten gezien', oftewel vanuit een extern perspectief, de taaluitingen 'dood' zijn, dood in die zin dat ze geen enkele intentionele gerichtheid hebben. Toch weten we in de meeste gevallen feilloos waar zij op gericht zijn. We weten precies wat de intentie is die de taaluiting, als het ware, tot leven wekt. We activeren blijkbaar onwillekeurig en onbewust een complex geheel van *achtergrondkennis* over de precieze intentionaliteit van taaluitingen. Informatie die de taaluiting laat 'reiken' naar iets buiten zich zelf.³⁷ Zonder dat we het ons bewust worden, 'zien' we aan de specifieke context waarin deze plaatsvindt, wat deze taaluiting precies voor taalhandeling is en dus wat er wordt bedoeld, wat de bedoeling is.

Wittgensteins beroemde analyse van het regelbegrip biedt een goede illustratie.³⁸ Het regelbegrip is voor juristen natuurlijk van fundamenteel belang, maar het belang gaat dieper omdat niet alleen het beheersen en gebruiken van de taal van het recht, maar het spreken van een taal volgens Wittgenstein überhaupt het volgen van regels impliceert. Om die reden besteedt hij ook een belangrijk deel van de *Philosophische Untersuchungen* aan de vraag hoe wij die regels van het taalgebruik precies leren. Het uitgangspunt is weer de taalfilosofie van de *Tractatus*: de taal is een spiegel van de natuur, in die zin dat een grammaticaal welgevormde zin een afbeelding van een stand van zaken betreft waar de taal als vanzelf naar lijkt te reiken. Maar hoe zien we aan een taaluiting die een regel uitdrukt dat het een regel is? Oftewel, hoe

34 Dit laatste begrip komt van ὁ ὕμῳ dat 'doel' betekent en dat in de Aristoliaanse metafysica verwijst naar de doelloorzakelijkheid als één van de vier oorzaken (*causae*) van ieder afzonderlijk zijnde.

35 Een werk dat in het oeuvre van Wittgenstein gerekend wordt tot de middenperiode.

36 Wittgenstein, *Philosophische Grammatik*, 1984, p. 143, 144.

37 Vgl. Wittgenstein, *Über Gewissheit*, 1984, p. 113-257.

38 Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, p. 343-356 (§§ 198-242).

zien we dat de bedoeling van de taaluiting is dat hetgeen wordt uitgedrukt verwijst naar een bepaalde manier van doen en dat het een uitnodiging betreft om de instructie al dan niet na te volgen?

Dit is, kortom, de kern van het probleem: hoe nemen we waar dat een uitspraak een regel uitdrukt en dus *normatief* is? Die bedoeling is meestal op een of andere mysterieuze manier vanzelfsprekend voor competente taalgebruikers, maar is strikt genomen niet in de taaluiting waarneembaar. Neem bijvoorbeeld de volgende zin die een regel uitdrukt: 'Als het stoplicht op rood staat dan stoppen alle weggebruikers en wachten tot het weer op groen springt.' Met deze regel wordt geen causale wetmatigheid uitgedrukt, dat blijkt als er ineens een auto door rood rijdt. Niemand concludeert dan dat de hypothese is gefalsificeerd en het geen wet is dat weggebruikers stoppen voor een rood verkeerslicht. Het gaat niet om een causale maar om een normatieve regel, dat begrijpt iedereen. Maar dit blijkt niet uit de formulering, we weten dit gewoon. Wittgensteins punt is dat ons gehele taalgebruik door dergelijke normatieve grammaticale en andere regels wordt beheerst; regels die niet zichtbaar zijn in de feitelijke taaluitingen. Onder het spreken over feiten, gaat dus een complex geheel van normen schuil en we moeten heel veel over menselijke intenties weten voordat we taalhandelingen als zodanig kunnen begrijpen. Het werk van de late Wittgenstein gaat voor een belangrijk deel over de stilzwijgende, impliciete achtergrondkennis en specifieke vaardigheden die nodig zijn om te kunnen zien wat iemand aan het doen is als hij zich talig uitdrukt. Dit vergt mensenkennis in de meest algemene zin van het woord; het vergt namelijk kennis en begrip van wat mensen zoal doen, hoe ze dat doen en vooral ook waarom ze dat doen.

Sterker nog, het zien wat iemand precies bedoelt, vergt vooral kennis van wat mensen *gezamenlijk* doen. Een regel volgen is niet iets dat een individu in afzondering van anderen kan doen. Het is iets dat individuen pas kunnen doen als ze in bepaalde praktijken en instituties zodanig zijn gesocialiseerd dat het hun tweede natuur is geworden en ze dus weten wat over het algemeen de bedoeling is. Het volgen van de specifieke regels die de referentie bepalen, vergt het zichtbaar oftewel waarneembaar volgen daarvan door leden van de gemeenschap. Alleen het concrete handelen conform regels in een bepaalde praktijk biedt concrete criteria voor het vaststellen van de referentie. Dat zijn de feiten waar we mee te maken hebben: concrete menselijke gedragspatronen binnen concrete praktijken en instituties. Taal is een geheel van menselijke instituties.³⁹ Dit punt is relevant voor formalistische rechtswetenschap. Maar voordat ik conclusies trek, wil ik eerst nog een voor juristen interessant onderscheid introduceren.

Zoals betoogd, zijn de vereiste kennis en vaardigheden voor een belangrijk deel relatief aan een specifieke en concrete taalgemeenschap. Voor een deel

39 J.R. Searle, *The Construction of Social Reality*, New York: The Free Press 1995.

worden ze echter wel degelijk gedeeld door de mensheid als geheel. John Searle onderscheidt twee soorten achtergrondkennis die nodig zijn om de intentionaliteit van taalhandelingen te 'zien'. In de eerste plaats is er de 'lokale achtergrond' of de 'lokale culturele praktijk' waarin een belangrijk deel van onze taalhandelingen een specifieke betekenis krijgen. In de tweede plaats is er wat Searle noemt de 'diepe achtergrond' die aan de lokale achtergrond voorafgaat. Het leren van een taal vereist achtergrondkennis en vaardigheden van de mens als biologisch wezen; om de intentionaliteit te 'zien' moet je enig begrip hebben van onze biologische eigenschappen, behoeften en capaciteiten.⁴⁰ Zonder deze kennis is het volstrekt onduidelijk wat de bedoeling van menselijk gedrag is, en dus ook van de taal die hij daarbij gebruikt.⁴¹

'Differences in local Background make translation from one language to another difficult; the commonality of deep Background makes it possible at all.'⁴²

Voorzover het recht vitale menselijke (biologische) functies dient, laat het zich tot op zekere hoogte vrij probleemloos naar alle andere talen van alle andere menselijke taalgemeenschappen vertalen. Het begrijpen van dit deel van het recht vergt in beginsel niet veel meer dan de bovengenoemde 'diepe' achtergrondkennis. Een groot deel van het recht, zeker in complexe moderne samenlevingen, vergt echter een complex geheel van 'lokale' kennis en vertaling wordt hier als gevolg van de cultuurverschillen moeilijker. Bovendien weten we dat de betekenis van afzonderlijke regels mede bepaald wordt door het systeem als geheel, waarmee ook met betrekking tot de universele aspecten subtiele betekenisverschillen zullen optreden.

Neem het begrip 'juridical act' in het DCFR dat ik eerder al als voorbeeld aanhaalde. Rijgersberg en Van der Kaaij betogen dat dit begrip twee niet met elkaar te verenigen interpretaties toelaat hetgeen een reële bedreiging vormt voor de consistentie en integriteit van het systeem van het DCFR vooral voor wat betreft het overeenkomstenrecht. In het consensuele model, dat in het Nederlandse recht gehanteerd wordt, gaan we er van uit dat de overeenkomst tot stand komt door middel van een tweezijdige rechtshandeling, bestaande uit het aanbod en de aanvaarding daarvan. Beide partijen willen hetzelfde: een overeenkomst. De overeenkomst is, met andere woorden, het product van consensus, oftewel een wilsovereenkomst. De omschrijving van het begrip juridical act laat volgens de auteurs echter ook een interpretatie op grond van de common law opvatting over de totstandkoming van de overeenkomst toe. In feite is het consensuele model al behoorlijk abstract, de partijen willen

40 Searle, *Intentionality*, p. 144.

41 We delen onze biologische natuur overigens met veel andere dieren, waardoor we ook van veel dieren kunnen zien wat ze aan het doen zijn.

42 J.R. Searle, *The Rediscovery of the Mind*, Cambridge Mass.: The MIT Press 1992, p. 194; Vgl. Wittgenstein: 'Die gemeinsame menschliche Handlungsweise ist das Bezugssystem, mittels dessen wir uns eine fremde Sprache deuten.' *Philosophische Untersuchungen*, p. 346 (§ 206).

immers concreet heel verschillende dingen. Het ‘bargaining model’ uit de *common law* gaat er vanuit dat de aanbieder de wederpartij de mogelijkheid wil bieden (als het ware bevoegd wil maken) om zijn aanbod te aanvaarden. Degene die het aanbod aanvaardt wil de verbintentenissen die volgen uit het sluiten van de overeenkomst. Welk model ligt ten grondslag aan het begrip ‘juridical act’ in het DFCR? We kunnen voorzien dat men aan weerszijden van het Kanaal geneigd zal zijn van een andere interpretatie uit te gaan. Maar ook binnen civil law jurisdicties zal er op twee manieren naar worden gekeken en dat kan tot verschillende uitkomsten leiden.⁴³

Binnen rechtsfamilies zal de taalverwarring minder groot zijn dan in de gevallen waarin men de instituties (waaronder de rechtsregels) van een wezensvreemde rechtsfamilie probeert te doorgronden. Een belangrijk punt is echter dat we voor goed begrip niet naar het vreemde recht *in abstracto* moeten kijken, maar zicht moeten krijgen op het *concrete gebruik* en de toegepaste intenties van het recht. Maar dat is nog niet alles. We krijgen pas echt zicht op deze concrete dimensie als we de maatschappelijke *contexten* waarin concrete juridische beslissingen worden genomen, gehandhaafd en gevolgd enigszins begrijpen. We moeten zicht krijgen op de manieren waarop, in de woorden van Paul Scholten, ‘de in het maatschappelijk leven zich vertonende stromingen en strevingen het best hun doel bereiken.’⁴⁴ Deze stromingen en strevingen zijn complex, veranderlijk en tot op zekere hoogte inherent tegenstrijdig; dat is kortom, de doodsteek voor iedere vorm van formalisme.

5 CONCLUSIE

Het centrale begrip in het tweede deel van het betoog was steeds het woord *concreet*: betekenis wordt pas helder en duidelijk als we voldoende (achtergrond)kennis hebben van de (collectieve) bedoelingen van concrete mensen in concrete dagelijkse praktijken en instituties. Uit de context blijkt meestal voor de goede verstaander – voor de *insider* oftewel de goed ingevoerde deelnemer – heel duidelijk wat de betekenis van het handelen is. Wetenschap is abstraheren; dat wil zeggen, abstraheren van deze specifieke contexten naar algemene begrippen, onderscheidingen en relaties waarbij onvermijdelijk en onwillekeurig betekenisverlies optreedt. Dat is de keerzijde indien men probeert

‘van het bijzondere op te klimmen naar het algemene in een poging om met zo abstract mogelijke begrippen het rechtssysteem te beheersen,’

43 R. Rijgersberg & H. Van der Kaaij, ‘A Plea for a Rigorous Conceptual Analysis as Central Method in Transnational Law Design’, *Recht en Methode in onderzoek en onderwijs* 2013 (3) 1, p. 48-60.

44 Scholten 2012, p. 119.

zoals Scholten schrijft.⁴⁵ Hoe hoger de graad van abstractie, hoe onbepaalder de betekenis van de begrippen en beginselen die als object van onderzoek worden geanalyseerd.⁴⁶ Het gevaar is, kortom, dat de betekenis volledig losgezongen raakt van de dagelijkse praktijk van het gebruik van de taal, en daarmee van het recht. Of beter gezegd, de betekenis wordt onbepaalder *omdat* het losgezongen raakt van de concrete contexten waarin deze begrippen worden gebruikt. Sterker nog, je kunt er zelfs van uit gaan dat de specifieke wetenschappelijke praktijk zelf ook een concrete context is waarin de begrippen weer een specifieke betekenis krijgen die weer afwijkt van die op de (spreekwoordelijke) werkvloer. Dat is een gevaar dat een formalistisch Europees privaatrecht-project bedreigt: de uniformiteit op het hoogste niveau van abstractie lost de diversiteit niet op, maar verhuult deze slechts. Als het na de klim naar de categorieën van het recht terugkomt in de praktijken die het recht wil ordenen dan zullen deze verschillen onverbiddelijk weer de kop op steken.

Maar mist er niet iets aan deze analyse? Het recht is toch niet alleen een talig geheel van instituties, maar ook een *normatieve* orde die door de daartoe bevoegde overheden aan de samenleving wordt opgelegd? Dat is waar natuurlijk. Een rechtsorde is in belangrijke mate een *top down* orde, en het lijkt er dus op dat in het betoog tot nog toe de verhoudingen zijn omgedraaid: moet het recht de burger volgen? Of moet de burger het recht volgen? Er is hier sprake van een spanningsveld. Aan de ene kant moet het recht aansluiten bij de bestaande gebruiken en praktijken om überhaupt enige rol te kunnen spelen, maar we hebben, aan de andere kant, niet voor niets een geheel van democratische instituties gecreëerd om de samenleving niet zozeer te volgen als wel de wet voor te schrijven. Het recht reflecteert dan niet de maatschappelijke orde maar *creëert* deze met behulp van de macht van de overheid. De democratische instituties en procedures rechtvaardigen vervolgens dat de samenleving door de wetgever in dit keurslijf wordt geperst. Maar het is duidelijk dat – afgezien van het feit dat we in de Europese institutionele orde nog steeds kunnen spreken van een democratisch tekort – de uniformerende werking van het Europees recht haar natuurlijke grens vindt in de *begrijpelijkheid* van de regels die aan de verschillende Europese samenlevingen wordt opgelegd. Omdat recht talig is.

⁴⁵ Scholten 2010, p. 56.

⁴⁶ Vranken toont zich in het (nieuwe) *Algemeen Deel* ook kritisch: 'Aan uiteenzettingen die het recht nemen, uitleggen en analyseren zoals het is, blijft behoefte bestaan, maar onvermijdelijk zijn ze nogal vlak en gepolijst. Daarom dienen ze te worden aangevuld met beschouwingen die de andere kant van het recht belichten, dit wil zeggen het recht tonen in al zijn weerbaarheid, beperktheid en innerlijke tegenstrijdigheid.' J.B.M. Vranken, *Algemeen Deel*, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, nr. 139.

3 | De ontwikkeling van het privaatrecht in een meerlagige rechtsorde: inzichten van *multilevel governance*

E.A.G. van Schagen [■]

1 INLEIDING

Het thema van dit *BWKJ*, 'rechtsvinding in de meerlagige rechtsorde', wijst op de mogelijke overeenkomsten en verschillen tussen rechtsvinding in de meerlagige rechtsorde en rechtsvinding in de 'normale' rechtsorde. Dit thema kan ook aanleiding zijn om te kijken naar andere disciplines die meer inzicht kunnen bieden in mogelijke overeenkomsten en verschillen. Met name de analyse van '*multilevel governance*' uit de politicologie biedt interessante inzichten in de kenmerken van de Europese rechtsorde die de ontwikkeling van het privaatrecht in de meerlagige orde gecompliceerder kunnen maken dan de ontwikkeling van het privaatrecht in een 'traditionele' rechtsstaat.¹ Deze bijdrage zal de nadruk leggen op de verschillen tussen de ontwikkeling van het privaatrecht² in een 'traditionele' rechtsorde en de ontwikkeling van het privaatrecht in de meerlagige rechtsorde. Daartoe zal de bijdrage eerst ingaan op de kenmerken van de traditionele rechtsstaat (par. 2). Vervolgens zal deze bijdrage een uitstapje maken naar de politicologie en aan de hand van de analyse van *multilevel governance* trachten te verduidelijken in welke belangrijkste opzichten de Europese meerlagige rechtsorde verschilt van de nationale rechtsorde (par. 3). Daarna zal de bijdrage uiteenzetten welke gevolgen dit heeft voor de ontwikkeling van het privaatrecht (par. 4) en afsluiten met een conclusie (par. 5).

■ E.A.G. van Schagen is promovenda bij het departement privaatrecht, Tilburg University. Dank aan Dr. Vanessa Mak voor haar nuttige opmerkingen. Fouten blijven voor mijn eigen rekening.

1 Het is niet onomstreden of het beeld van de nationale rechtsstaat, dat hierna geschetst wordt, wel zo accuraat is: vgl. W.J. Zwalve, 'Regelgeving in het vermogensrecht', *RM Themis* 2009, p. 20, p. 22-23. Ook in Duitsland wordt dit bestreden, zie P. Oestmann, 'Rechtsvielfalt', in: N. Jansen, P. Oestmann (red.), *Gewohnheit, Gebot, Gesetz*, Mohr Siebeck: Tübingen 2011, p. 99 ev.

2 Deze bijdrage zal gaan over de ontwikkeling van het privaatrecht, hetgeen iets ruimer kan zijn dan *rechtsvinding*.

2 DE ONTWIKKELING VAN HET PRIVAATRECHT IN EEN TRADITIONELE RECHTS-STAAT

In de traditionele rechtsstaat is er een democratisch verkozen wetgever die bevoegd is om wetgeving op het gebied van privaatrecht te ontwikkelen, in de vorm van wetten en soms in de vorm van een codificatie. Wetgeving wordt in de regel vooraf gegaan door uitgebreide discussie tussen academici en de praktijk, zoals in het bijzonder het geval was bij de ontwikkeling van het Nieuw Burgerlijk Wetboek.³ Habermas⁴ heeft deze discussie gekenmerkt als ‘*deliberation*’, d.w.z. een debat op rationele gronden tussen actoren die de waarde van elkaars argumenten juist in kunnen schatten. De rechterlijke macht interpreteert deze wetgeving vervolgens in individuele gevallen. In de traditionele rechtsstaat vormt de verzameling van deze individuele uitspraken, de jurisprudentie, een bron van kennis. De wet en de jurisprudentie vormen het uitgangspunt voor academisch debat, in de vorm van boeken, artikelen en annotaties, die op hun beurt weer als bron van informatie kunnen dienen voor wetswijzigingen of rechterlijke uitspraken.

Deze wijze van ontwikkeling van privaatrecht vooronderstelt een aantal kenmerken van organisatorische aard. Ten eerste is de rechterlijke macht, in de traditionele rechtsstaat, hiërarchisch georganiseerd, met een hoogste rechter (zoals de Hoge Raad) die de rechtseenheid bewaakt. Rechters zijn niet noodzakelijkerwijs aan de uitspraken van andere rechters gebonden, maar afwijken van de uitspraken van de Hoge Raad maakt uitspraken van lagere rechters kwetsbaar in hoger beroep en cassatie.⁵ Deze rechterlijke uitspraken zijn openbaar toegankelijk, vaak ook online.⁶ Ten tweede zijn er, door de wetgever, rechter en academici, of in een samenspel van deze actoren, methodes van interpretatie ontwikkeld die bijdragen aan de consistente interpretatie van het recht.⁷ Ten derde zijn academici, rechters, advocaten en studenten lid van organisaties voor juristen.⁸ Deze organisaties kunnen fungeren als netwerken

3 Zie verder E.O.H.P. Florijn, *Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Maastricht: Universitaire Pers Maastricht, 1994.

4 Zie J. Habermas, *Between facts and norms: Contributions towards a discourse theory of law and democracy*, MIT Press : Cambridge, MA 1996.

5 Zie reeds J. Drion, *Stare decisis: het gezag van precedenten* (oratie Leiden), ‘s-Gravenhage: Nijhoff 1950.

6 De meeste Nederlandse jurisprudentie vanaf 1995 is gratis beschikbaar op www.rechtspraak.nl. In Engeland is bijvoorbeeld de jurisprudentie van het UK Supreme Court toegankelijk via <http://www.bailii.org/>. Zie voor recente uitspraken van het Bundesgerichtshof http://www.bundesgerichtshof.de/DE/Entscheidungen/entscheidungen_node.html.

7 In Nederland heeft de wetgever er uitdrukkelijk van afgezien om interpretatiemethodes wettelijk vast te leggen, maar in andere lidstaten is dat niet altijd het geval: vergelijk bijvoorbeeld voor Duits recht artikel 157 BGB.

8 In Nederland is dit bijvoorbeeld de NJV. Belangrijke organisaties in respectievelijk Engeland en Duitsland zijn the English Law Society (for praktijkjuristen, zie <http://www.lawsociety.org.uk/aboutlawsociety.law>) en de Society for Legal Scholars (zie <http://www.legalscholars.org>).

waarin discussies over uiteenlopende juridische onderwerpen plaats kunnen vinden. Netwerken kunnen ook een belangrijke rol spelen in de opleiding van juristen en ze maken juristen bekend(er) met nieuwe initiatieven, interessante tijdschriften en andere interessante bronnen van informatie. De wetgever kan gebruik maken van de expertise en ervaringen verzameld binnen deze netwerken door leden of netwerken te betrekken bij consultaties. Als dit gedurende langere tijd gebeurt, kan dit ertoe bijdragen dat leden van deze organisaties aanzienlijke ervaring met, inzicht in en invloed op het rechtsvormende proces vergaren. Ook zou de discussie voorafgaand aan, bijvoorbeeld, wetswijzigingen, moeten voorkomen dat de wetgever of de rechter de voorkeuren en behoeften van de praktijk over het hoofd ziet, of de in Nederland levende rechtsopvattingen. De ontwikkeling van het privaatrecht binnen codificaties zou tevens de consistentie van het recht ten goede moeten komen. Ten vierde bieden de wet en de jurisprudentie ook een kader voor de ontwikkeling van alternatieve regelgeving.⁹ Dat betekent niet noodzakelijkerwijs dat de ontwikkeling van alternatieve regelgeving in de traditionele rechtsstaat wordt beperkt; in Nederland is alternatieve regelgeving redelijk goed ontwikkeld, maar dat kan per rechtsorde verschillen.

Aldus wordt het burgerlijk recht in een traditionele rechtsstaat ontwikkeld binnen een wettelijk kader dat in de jurisprudentie verder wordt ingevuld, als resultaat van een samenspel van verschillende actoren in die traditionele rechtsstaat. Dit kader en het samenspel van actoren komt de kwaliteit van het privaatrecht ten goede in termen van voorspelbaarheid, consistentie en toegankelijkheid: de bronnen op grond waarvan het recht wordt ontwikkeld zijn overzichtelijk en toegankelijk.¹⁰ Zo zou de hiërarchische organisatie van de rechterlijke macht bovendien moeten voorkomen dat er tegenstrijdigheden ontstaan in de lagere rechtspraak. Als wetgeving veel open normen bevat, is het wel noodzakelijk dat de rechterlijke macht zich actief opstelt bij de interpretatie en verdere ontwikkeling van deze open normen om een voorspelbare en consistente interpretatie van het recht veilig te stellen. Het bestaan van netwerken draagt ook bij aan het voorkomen van rechterlijke beslissingen die met elkaar in tegenspraak zijn of die relevante ontwikkelingen over het

ac.uk/) en de *Deutscher Juristentag* (dat al aandacht besteedt aan Europese ontwikkelingen op de 'Europäische Juristentagen'), zie <http://www.djt.de>.

9 Zie voor een definitie van alternatieve regelgeving I. Giesen, *Alternatieve regelgeving in privaatrechtelijke verhoudingen*, in: *Alternatieve regelgeving* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2007-I), Kluwer: Deventer 2007, p. 73: 'alle regelgeving (algemeen en herhaaldelijk toepasbare (gedrags)normen) die niet als 'gewone' regelgeving is te kwalificeren, dus: alternatieve regulering, zelfregulering en non-regulering. 'Gewone' regelgeving is dan regelgeving die afkomstig van de formele of materiële (lagere) wetgever, inclusief ministeriële regelingen en andere regels die via delegatie tot stand komen.'

10 In deze bijdrage wordt ervan uitgegaan dat het recht redelijk toegankelijk is voor de jurist, maar in mindere mate voor de leek zonder juridische voorkennis. Pleidooien voor een recht dat ook begrijpelijk is voor leken zult u noch in deze bijdrage, noch in mijn nog te verschijnen proefschrift terugvinden.

hoofd zien. De contacten die worden gelegd in organisaties en tussen organisaties kunnen bovendien ten goede komen aan onderhandelingen tussen verschillende belangengroepen, zeker in het Nederlandse poldermodel.

3 DE KENMERKEN VAN DE MEERLAGIGE RECHTSORDE

In de politicologie is een algemeen aanvaarde analyse ontwikkeld voor de Europese meerlagige rechtsorde. Deze analyse, *multilevel governance*, is ontwikkeld in het kader van politicologisch debat over de vraag of de Europese Unie moest worden gezien als een internationale organisatie of een superstaat. *Multilevel governance* is de analyse van de Europese meerlagige rechtsorde als tussenvorm *sui generis* tussen een superstaat en internationale orde. Deze analyse is ontwikkeld door Marks¹¹ en luidt als volgt:

‘a system of continuous negotiation among nested governments at several territorial tiers – supranational, national, regional, and local – as the result of a broad process of institutional creation and decisional reallocation that has pulled some previously centralized functions of the state up to the supranational level’

Voorts hebben Hooghe en Marks¹² betoogd dat niet-statelijke actoren ook een belangrijke rol vervullen in de Europese rechtsorde. Anders gezegd houdt de analyse van *multilevel governance* in dat er in de Europese rechtsorde verschillende actoren (wetgevers, rechters, maar ook niet-statelijke actoren) zijn waartussen voortdurende communicatie over en weer bestaat. Deze interactie tussen actoren wordt belangrijker naarmate wetgevende en andere bevoegdheden, vooral op nationale niveaus, naar andere niveaus worden verplaatst, vooral naar het Europese niveau. De analyse van *multilevel governance* is naderhand ook toegepast op het Europese privaatrecht, door de Study Group for Social Justice in European private law.¹³

‘Law production in the European Union’s multi-level system results from the continuous interaction between semi-autonomous actors comprising legislators, the judiciary, and non-governmental organisations, at different levels – European, national, and regional. Law making can neither be monopolised nor achieved in isolation by just one branch of government or a single institution.’

11 G. Marks, ‘Structural policy and multilevel governance in the EC’, in: A. Cafruny, G. Rosenthal (eds.), *The state of the European Community Vol. 2: The Maastricht debates and beyond*, Rienner: Boulder 1993, p. 392

12 L. Hooghe, G. Marks, ‘Unravelling the central state, but how? Types of multi-level governance’, *American Political Science Review* 2003, p. 233.

13 Study Group on Social Justice in European Private Law, ‘Social justice in European contract law: A manifesto’, *ELJ* 2004, p. 670. Zie verder over Europees privaatrecht en multilevel governance E.A.G. van Schagen, ‘The Draft Common Frame of Reference and multilevel governance’, *Edinburgh Student Law Review* 2010, p. 74.

Uit deze analyse volgt dat de meerlagige rechtsorde in een aantal opzichten verschilt van de nationale rechtsorde. Ten eerste zijn meer statelijke actoren op verschillende niveaus ('levels'), maar met name actoren op het Europese en nationale niveau, betrokken bij de ontwikkeling van het privaatrecht (par. 3.1). Ten tweede kunnen niet-statale actoren ('non-governmental actors') een belangrijke rol spelen (par. 3.2).

Zowel statelijke actoren van verschillende niveaus en niet-statale actoren worden in toenemende mate onderling afhankelijk. Ondanks deze onderlinge afhankelijkheid zijn factoren die op nationaal niveau wel aanwezig zijn, en die noodzakelijk zijn voor een goede samenwerking, op Europees niveau in veel mindere mate aanwezig. Zo zijn toegankelijke databases over het *acquis* (met name de nationale rechterlijke uitspraken over het *acquis*), academisch commentaar (in de zin van een Europese Asser-serie),¹⁴ Europese juridische netwerken, en een Europese juridische opleiding in veel mindere mate ontwikkeld dan op nationaal niveau.

De toenemende rol van private actoren en de toegenomen afhankelijkheid kunnen de wijze waarop het privaatrecht wordt ontwikkeld beïnvloeden (par. 4).

3.1 Het bestaan van meerdere statelijke actoren

Een belangrijk verschil tussen de traditionele en de meerlagige rechtsorde is het bestaan van meerdere statelijke actoren, in het bijzonder nationale en Europese statelijke actoren, die betrokken zijn bij de ontwikkeling van het privaatrecht. De nationale rechtsorde verschilt dan ook in een aantal opzichten van de Europese meerlagige rechtsorde.

Ten eerste spelen in de Europese meerlagige rechtsorde, naast de nationale wetgever en rechter, ook de Europese wetgever en het HvJEU (hierna: het Hof) een rol bij de verdere ontwikkeling van het privaatrecht. De regelgevende bevoegdheden van de Europese en nationale wetgever zijn niet duidelijk omljnd en onderhevig aan verandering. De Europese wetgever heeft het privaatrecht gedeeltelijk geharmoniseerd, getuige het privaatrechtelijk *acquis*, dat grotendeels bestaat uit richtlijnen. Deze gedeeltelijke harmonisatie betekent niet dat deze harmonisatie leidt tot een duidelijk zichtbaar geheel van geharmoniseerd privaatrecht waar (rechts)personen een beroep op kunnen doen. Lidstaten hebben de implementatie van deze richtlijnen op verschillende wijzen vormgegeven.¹⁵ De wijze van implementatie is onder meer afhankelijk van de wijze waarop het nationale privaatrecht zich heeft ontwikkeld – in codificaties, door jurisprudentie, of door aparte wetten. Private partijen kunnen zich niet direct beroepen op Europese richtlijnen – zij moeten een beroep doen op

¹⁴ Vgl. E.H. Hondius, 'Towards a European Palandt', *ERPL* 2011, p. 483.

¹⁵ Zie voor een vergelijking van 8 richtlijnen <http://www.eu-consumer-law.org/>.

ationale regelgeving. Nationale implementatiewetgeving is echter niet altijd (eenvoudig) toegankelijk voor buitenlandse bedrijven of consumenten die bijvoorbeeld de desbetreffende talen niet machtig zijn, of die niet goed bekend zijn met een buitenlands rechtssysteem.

Ten tweede verschilt het totstandkomingsproces van het *acquis* van de totstandkoming van nationale wetgeving. Het ontstaan van nieuwe Europese richtlijnen behoort te worden voorafgegaan door democratisch debat – maar het debat vertoont tekortkomingen en is onderhevig aan terechte kritiek.¹⁶ Zowel Europese regelgeving als nationale implementatiewetgeving wordt voorafgegaan door consultaties. Deelname aan deze consultatierondes door juristen uit de nationale praktijk en academische wereld is echter verhoudingsgewijs gering, zeker als deze deelname wordt vergeleken met het debat voorafgaand aan de totstandkoming van het Nieuw Burgerlijk Wetboek.¹⁷

Ten derde is de rechterlijke macht in de Europese rechtsorde slechts gedeeltelijk hiërarchisch georganiseerd. Het Hof is bevoegd het Europese recht te interpreteren en op de naleving hiervan toe te zien, en deze uitspraken zijn bindend voor nationale rechters.¹⁸ Lagere nationale rechters zijn niet verplicht om zaken te verwijzen naar het Hof. Hoewel de hoogste rechters daartoe in principe wel verplicht toe zijn, is enige terughoudendheid op dit gebied te bespeuren.¹⁹ De rechters in verschillende lidstaten hebben er bovendien geen gewoonte van gemaakt om naar elkaars uitspraken te verwijzen, ook niet als het gaat om de interpretatie van het *acquis*.²⁰ Dit leidt er echter wel toe dat, in zeldzame gevallen, lagere rechters prejudiciële vragen aan het Hof kunnen stellen die eerder al zijn beslist door de Hoge Raad.²¹ Daarbij komt dat het

16 Zie bijvoorbeeld W. Doralt, 'Strukturelle Schwächen in der Europäisierung des Privatrechts', *RabelsZ* 2011, p. 260, of G. Howells, 'European contract law reform and European consumer law – Two related but distinct regimes', *ERCL* 2011, p. 175.

17 Zie bijvoorbeeld deelname aan consultatie n.a.v. het *Groenboek herziening van het consumenten-acquis*, COM (2006) 744 def, zie http://ec.europa.eu/consumers/rights/responses_green_paper_acquis_en.htm.

18 Sommige rechters zijn het daar niet mee eens: Ktr. 's-Hertogenbosch 19 januari 2012, *Prg.* 2012, 240.

19 Zie instemmend M.V. Polak, 'Spreken is zilver, verwijzen is goud?', in: Castermans e.a. (red.), *Het zwijgen van de Hoge Raad*, BWKJ 25, Deventer: Kluwer 2009, p. 89. Zie kritischer voor het Duitse recht J. Basedow, 'Der Europäische Gerichtshof und die verweigerde Dialog', in: G. Müller et al (eds.), *Festschrift für Günter Hirsch zum 65. Geburtstag*, Beck: München 2008, p. 58.

20 Zie eerder J.M. Smits, E.A.G. van Schagen, 'De Hoge Raad als Europese rechter: Mag het ietsje meer zijn?', in: Castermans e.a. (red.), *Het zwijgen van de Hoge Raad*, BWKJ 25, Deventer: Kluwer 2009, p. 79.

21 Vgl. Hof Amsterdam 8 maart 2011, *NJF* 2011, 242, waarin het hof prejudiciële vragen heeft gesteld aan het HvJEU, in plaats van HR 24 maart 2006, *NJ* 2007, 115, te volgen, waarin de Hoge Raad overwoog dat de mogelijke matiging van de boete volgens artikel 6:94 BW een rol kan spelen bij de beantwoording van de vraag of een beding oneerlijk is in de zin van artikel 6:233 sub a BW. De Hoge Raad oordeelde ook dat het hof niet gehouden was tot een ambtshalve toetsing van het beding. Het Hof Amsterdam heeft vragen hierover voorgelegd aan het Hof.

Hof het privaatrechtelijk *acquis* interpreteert, dat zich op gefragmenteerde wijze heeft ontwikkeld. Het Hof heeft dus geen jurisprudentie ontwikkeld die vergelijkbaar is met de jurisprudentie ontwikkeld door nationale rechters, waarbij begrippen en regels consistent en coherent worden geïnterpreteerd en verder ontwikkeld. Dit blijkt vooral uit de interpretatie van open normen door het Hof.²² Het Hof is niet bevoegd om nationaal recht te interpreteren en de grootste hoeveelheid privaatrechtelijke jurisprudentie is daarom nog steeds van nationale rechters afkomstig. De bevoegdheden van het Hof en van nationale rechters zijn echter niet altijd even duidelijk van elkaar gescheiden – zo verschilt men van mening over de vraag welke rechter bevoegd is om open normen in het privaatrechtelijk *acquis* te interpreteren.²³

Ten vierde zijn de uitspraken van het Hof publiekelijk toegankelijk, maar de nationale uitspraken over het *acquis* uit de verschillende lidstaten zijn in de regel niet te raadplegen in een algemene database. Deze databases zijn momenteel echter wel in ontwikkeling.

Ten vijfde zijn Europese netwerken slechts in beperkte mate ontwikkeld.²⁴ Dit betekent dat de Europese wetgever bij voorstellen voor harmonisatie afhankelijk is van actoren die al bekend zijn met het Europese wetgevingsproces, zogenaamde ‘repeat players’, van netwerken die door de Commissie zijn opgericht en georganiseerd, en van nationale netwerken, die echter niet altijd even actief hebben deelgenomen aan het debat op Europees niveau.

Ten zesde biedt noch het *acquis*, noch het Europese recht, een duidelijk kader voor de ontwikkeling van alternatieve regelgeving, hetgeen de ontwikkeling van alternatieve regelgeving echter niet in de weg heeft gestaan.

Tenslotte brengen deze verschillen tussen de nationale en de Europese rechtsorde met zich mee dat de jurisprudentie van het Hof en van buitenlandse rechters niet als coherent geheel met de nationale rechtspraak als het uitgangspunt geldt voor het onderwijs en het debat tussen Europese praktijkjuristen, academici, en studenten,²⁵ hoewel er soms wel voor wordt gekozen om te wijzen op relevante uitspraken en ontwikkelingen. In sommige vakgebieden, zoals het internationaal privaatrecht, ontkomt men niet aan het verwijzen naar uitspraken van het Hof en het *acquis*, en in andere vakgebieden, zoals het goederenrecht, gebeurt het slechts bij uitzondering, namelijk voorzover de Europese wetgever richtlijnen heeft ontwikkeld op dit gebied (voornamelijk de financiëlezekerheidsovereenkomst).

22 Zie verder C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

23 Zie in het bijzonder M. Schillig, *Konkretisierungskompetenz und Konkretisierungsmethoden im Europäischen Privatrecht*, Berlin: De Gruyter 2009.

24 Bijv. SECOLA (zie <http://www.secola.org/>) en recent het European Law Institute (zie <http://www.europeanlawinstitute.eu/>).

25 In deze zin T.F.E. Tjong Tjin Tai, K. Teuben, ‘European precedent law’, *ERPL* 2008, p. 827.

3.2 De rol van niet-statelijke actoren

In de meerlagige rechtsorde wordt de rol van niet-statelijke actoren steeds belangrijker, zoals blijkt uit de analyse van *multilevel governance*. Nu spelen deze actoren in bijvoorbeeld de Nederlandse rechtsorde al een belangrijke rol. Dit blijkt bijvoorbeeld ook uit het pleidooi van Akkermans²⁶ voor een nieuw 'paradigma', waarin het huidige schema wetgever-rechter wordt vervangen door 'de grote juridische smeltkroes'. Naarmate statelijke actoren (de wetgever en rechter) minder expertise hebben, zullen zij meer geneigd zijn een beroep te doen op de expertise en de ervaring van private actoren. De belangrijke rol van niet-statelijke actoren blijkt ook uit de aanzienlijke hoeveelheid alternatieve regelgeving. Naarmate alternatieve regulering toeneemt, wordt ook de rol van niet-statelijke actoren belangrijker: zij zijn niet meer alleen deelnemers in het proces van rechtsvorming. Private actoren kunnen dan in bepaalde gevallen ook regelgever worden, binnen het kader gesteld door de wetgever of de rechter, en in sommige gevallen *buiten* het kader van de (nationale) wetgever. Dit is bijvoorbeeld het geval bij Europese alternatieve regelgeving zoals de Europese sociale dialoog in de zin van artikel 155 VWEU of bij zelfregulering op een internationaal niveau, bijvoorbeeld de modelcontracten van de Internationale Handelskamer gebaseerd op het Weens Koopverdrag. Deze rol van private actoren kan ook tegen de achtergrond van toenemende Europeanisering worden gezien, en wordt daardoor in de hand gewerkt. Naarmate nationale en Europese wetgevers met meer grensoverschrijdende, complexe zaken te maken krijgen, zal de noodzaak om gebruik te maken van de expertise en ervaring van niet-statelijke actoren groter worden. Tevens zijn private actoren minder gebonden aan (niet-dwingendrechtelijke) wettelijke regels en jurisprudentie als ze bijvoorbeeld rechtskeuzes of forumkeuzes kunnen maken.²⁷ Private actoren zoals multinationals kunnen daarnaast een beter inzicht hebben in grensoverschrijdende praktijk dan de nationale en de Europese wetgever. Voorts beoogt de Europese wetgever om het (privaat)recht te ontwikkelen in het kader van de interne markt (in de zin van artikel 114 VWEU). Dit vooronderstelt dat de Europese wetgever voldoende op de hoogte is van de praktijk. Als de Europese wetgever meent dat verschillen tussen rechtssystemen een belemmering kunnen zijn voor de transnationale handel, kan dit leiden tot (voorstellen voor) harmonisatie. Voor de noodzakelijke inzichten is de Europese wetgever afhankelijk van de praktijk. Dit komt o.a.

26 A.J. Akkermans, 'Beter recht door herziening van ons beeld van de herkomst van rechtssystemen', *NTBR* 2011, 72. Vgl. voor Duitsland J. Köndgen, 'Privatisierung des Rechts', *AcP* 2006, p. 477.

27 Volgens het concept '*regulatory competition*' zijn de voorkeuren van private actoren een reden voor staten om hun recht zo aantrekkelijk mogelijk te maken voor private actoren, zie bijv. het Duitse initiatief Law – made in Germany (<http://www.lawmadeingermany.de/>). Hier zitten echter wat haken en ogen aan; zie verder E.M. Kieninger, *Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt*, Tübingen: Mohr Siebeck 2002.

tot uitdrukking in de prominente rol van private organisaties als de International Accounting Standards Board (IASB) in Verordening 1606/2002,²⁸ en de International Swaps and Derivations Organisation (ISDA) in de ontwikkeling van richtlijn 2002/47 over financiële zekerheidsovereenkomsten.²⁹

4 HOE BEÏNVLOEDT DE MEERLAGIGE RECHTSORDE DE ONTWIKKELING VAN HET PRIVAATRECHT?

In de meerlagige rechtsorde zijn er meer statelijke actoren die het privaatrecht ontwikkelen, wat ertoe leidt dat statelijke actoren minder gemakkelijk op zelfstandige wijze de voorspelbaarheid, consistentie en toegankelijkheid van het privaatrecht kunnen waarborgen. (par. 4.1) Daarnaast spelen niet-statale actoren een steeds belangrijker rol, hetgeen de wijze waarop privaatrecht wordt ontwikkeld kan beïnvloeden (par. 4.2).

4.1 Meer statelijke actoren

Het toenemend aantal statelijke actoren brengt met zich mee dat, in overeenstemming met de analyse van *multilevel governance*, statelijke actoren niet alleen in toenemende mate van niet-statale actoren maar ook van elkaar afhankelijk zijn. Zo wordt het minder gemakkelijk voor de nationale wetgever en de nationale rechter om zelfstandig, door middel van bijvoorbeeld codificaties, de consistentie en stabiele ontwikkeling van het privaatrecht te waarborgen, zoals ook blijkt uit het zich gestaag ontwikkelend privaatrechtelijk *acquis*. Zonder een hiërarchisch georganiseerde rechterlijke macht wordt het ook minder gemakkelijk om de consistente interpretatie van het recht te waarborgen, hetgeen problemen kan opleveren naarmate het privaatrechtelijk *acquis* meer open normen bevat. Het *acquis* ontwikkelt zich voorts op fragmentarische wijze, wat de kans op inconsistenties verder vergroot, zeker nu het *acquis* op verschillende wijzen wordt geïmplementeerd en geïnterpreteerd door de lidstaten van de Europese Unie. Tevens bestaat de kans dat, naarmate meer actoren bijdragen aan de ontwikkeling van het privaatrecht, meer bronnen van privaatrecht tegelijkertijd relevant kunnen zijn, waardoor het privaatrecht minder toegankelijk kan worden. Als bronnen, bijvoorbeeld '*soft law*' zoals de PECL, het Gemeenschappelijk Referentiekader, en nieuwe richtlijnen³⁰ elkaar

28 Deze Verordening is sindsdien gewijzigd door Verordening 1126/2008.

29 Deze richtlijn is inmiddels herzien door richtlijn 2009/44.

30 Zie M.W. Hesselink, 'The consumer rights Directive and the CFR: Two worlds apart?', *ERCL* 2009, p. 290.

tegenspreken kan bovendien verwarring ontstaan en twijfel over de toegevoegde waarde van (meerdere initiatieven van) *soft law*.³¹

Het naast elkaar bestaan van actoren kan echter ook voordelen hebben. Zo kunnen wetgevers gebruik maken van inzichten en ervaringen in andere rechtsordes bij het ontwikkelen van wetgeving, zoals is gebeurd bij de totstandkoming van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, waar in ruime mate gebruik is gemaakt van rechtsvergelijking. In de meerlagige rechtsorde kunnen wetgevers vaker geneigd zijn om gebruik te maken van rechtsvergelijkende inzichten, bijvoorbeeld in de implementatie van het *acquis*. Voorts kunnen internationale organisaties nieuwe wetgeving op grensoverschrijdend gebied faciliteren door internationale modelwetten, terwijl Europese en internationale actoren op hun beurt geïnspireerd kunnen raken door succesvolle nationale initiatieven. Daarnaast kan de aanwezigheid van de Europese wetgever, en mogelijke initiatieven voor harmonisatie, nationale wetgevers ertoe aansporen om verouderde of inconsistente wetgeving te herzien.

4.2 De rol van niet-statelijke actoren

De toenemende rol van niet-statelijke actoren brengt met zich mee dat het privaatrecht in toenemende mate op een andere wijze dan door traditionele wetgeving zou kunnen worden ontwikkeld. In plaats van wetgeving kan alternatieve regelgeving een belangrijker rol gaan spelen. Een goed voorbeeld hiervan is de zogenaamde comitologie-procedure onder artikel 290 VWEU, een procedure waarin experts (vaak ambtenaren) in samenwerking met de Europese Commissie technische, niet-essentiële details die voortvloeien uit een richtlijn verder uitwerken.³² Oorspronkelijk voorzag artikel 40 van het voorstel voor een richtlijn inzake consumentenrechten³³ ook in een comitologie-procedure om de zwarte en grijze lijst van oneerlijke bedingen vast te stellen en zonodig te wijzigen. Een dergelijke – inmiddels terecht verworpen – benadering van de zwarte en grijze lijst zou de Europese wetgever in staat stellen om gebruik te maken van de inzichten van experts; dit zou de kwaliteit van de wetgeving ten goede kunnen komen. De rol van niet-statelijke actoren wordt in Nederlandse rechtsorde in principe niet zonder meer als problematisch gezien. Integendeel, alternatieve regelgeving kan juist worden gezien als een manier om bijvoorbeeld te profiteren van inzichten uit de praktijk, of, wellicht, om tot een meer voorspelbare of consistentere interpretatie van open normen te komen. Niet alleen is de Nederlandse rechtsorde bekend met veel

31 Vgl. R. Zimmerman, 'Europäisches Privatrecht – Irrungen, Wirrungen', in: *Begegnungen im Recht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2011, p. 321.

32 Zie voor de verschillende soorten comités Besluit 1999/468, sindsdien gewijzigd en gedeeltematig herroepen door Besluit 2006/512 en Verordening 182/2011.

33 COM (2008) 614 def.

gevallen van (succesvolle) alternatieve regelgeving,³⁴ alternatieve regelgeving ontwikkelt zich daarnaast binnen een wettelijk kader; wetgeving kan in principe niet opzij worden gezet omdat zich alternatieve regelgeving heeft ontwikkeld.

De positieve opstelling van de Nederlandse wetgever wordt niet gedeeld in alle lidstaten van de Europese Unie. Met name in Duitsland is men veel kritischer over alternatieve regelgeving.³⁵ Algemene voorwaarden (ook wel aangeduid als '*selbstgeschaffene Recht der Wirtschaft*'³⁶) worden bij uitstek gezien als een vorm van alternatieve regelgeving waarbij de partij die de voorwaarden opstelt, de kans heeft om bepalingen die voor hem gunstig, maar voor andere partijen juist ongunstig zijn, aan die andere partij op te leggen. Uitgangspunt is daarbij dat private actoren – zoals de opstellers van algemene voorwaarden – niet noodzakelijkerwijs rekening houden met alle relevante belangen – bijvoorbeeld omdat ze niet met alle belangen bekend (kunnen) zijn. Maar ook bij bekende alternatieve regelgeving zoals *Tarifverträge* en *Betriebsverträge* (vergelijkbaar met Nederlandse CAO's en afspraken met ondernemingsraden) heeft men fundamentele kritiek.³⁷

Inderdaad kan de ontwikkeling van alternatieve regelgeving problemen met zich meebrengen: zo is het mogelijk dat naarmate meer alternatieve regelgeving wordt ontwikkeld, partijen geconfronteerd worden met meerdere initiatieven en regels, wat de toegankelijkheid van het recht niet ten goede komt, zeker niet als deze regels elkaar overlappen en onderling tegenspreken. Bovendien kan alternatieve regelgeving minder toegankelijk zijn dan wetgeving.³⁸ Zeker de ontwikkeling van alternatieve regelgeving buiten een

34 Een goed voorbeeld van succesvolle Nederlandse alternatieve regelgeving zijn de collectief onderhandelde algemene voorwaarden binnen het kader van de SER. Algemene voorwaarden zijn in dit opzicht het resultaat van een onderhandelingsproces tussen verschillende belangengroepen, hetgeen voor de rechter mee kan wegen in de vraag of deze algemene voorwaarden onredelijk bezwarend zijn in de zin van art. 6:233 sub a ev. BW.

35 P. Buck-Heeb, A. Dieckmann, *Selbstregulierung im Privatrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2010, p. 218.

36 H. Großmann-Doerth, 'Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht', herdrukt in: U. Blaurock, N. Goldschmidt, A. Hollerbank (eds.), *Das selbstgeschaffene Recht der Wirtschaft*, Tübingen: Mohr Siebeck 2005. Vgl. in dezelfde zin bijv. E. McKendrick, *The creation of an European law of contracts* (oratie Nijmegen), Kluwer: Deventer 2004.

37 Zie met name E. Picker, 'Tarifautonomie – Betriebsautonomie – Privatautonomie', *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2002, p. 761.

38 Bijvoorbeeld omdat normen ontwikkeld door private actoren niet noodzakelijkerwijs publiekelijk beschikbaar behoeven te zijn (hierover HR 22 juni 2012, *NJ* 2012, 397) of omdat consumenten niet bekend zijn met (publiekelijk beschikbare) zelfregulering. Zie bijv. Stichting De Ombudsman, *De gedragscode Behandeling Letselschade: Een goed bewaard geheim?*, februari 2011, via http://www.deombudsman.nl/sites/default/files/docs/publicaties/Stichting_De_Ombudsman_Rapport_Verbetering_afhandeling_letselschade.pdf.

nationaalrechtelijk kader, op Europees niveau, kan onvoorspelbaarheid in de hand werken.³⁹

5 CONCLUDERENDE OPMERKINGEN: WAT BETEKENEN DEZE VERSCHILLEN VOOR DE ONTWIKKELING VAN HET PRIVAATRECHT?

Deze bijdrage heeft getracht aan de hand van de analyse van *multilevel governance* aan te tonen dat de ontwikkeling van het privaatrecht in een meerlagige rechtsorde in een aantal opzichten verschilt van de ontwikkeling van het privaatrecht in de nationale rechtsstaat. Deze bijdrage heeft in het bijzonder de toename van het aantal statelijke actoren dat bijdraagt aan de ontwikkeling van het privaatrecht en de rol van niet-statale actoren benadrukt.

Deze verschillen betekenen dat statelijke actoren in grotere mate afhankelijk kunnen zijn van zowel niet-statale actoren als andere statelijke actoren. Zo wordt het moeilijker voor nationale wetgevers om zelfstandig de kwaliteit van het privaatrecht te waarborgen. Ondanks de toenemende onderlinge afhankelijkheid zijn mechanismen die samenwerking en coördinatie vergemakkelijken, zoals netwerken en databases, niet of in veel mindere mate ontwikkeld dan op het nationale niveau het geval is, hetgeen de kans dat het privaatrecht zich ontwikkelt op inconsistente, onvoorspelbare of ontoegankelijke wijze vergroot. Bovendien brengt de toenemende rol van private actoren met zich mee dat het privaatrecht in de meerlagige rechtsorde op een andere manier dan 'traditionele' wetgeving zou kunnen ontwikkeld. De grotere behoefte van statelijke actoren om te profiteren van de expertise en ervaring van niet-statale actoren maakt het waarschijnlijker dat de rol van private actoren verder zal toenemen. In de meerlagige rechtsorde bestaat echter geen duidelijk ontwikkeld kader voor de ontwikkeling van alternatieve regulering, hetgeen de ontwikkeling van alternatieve regelgeving minder voorspelbaar zou kunnen maken.

De verschillen tussen de traditionele rechtsstaat en de meerlagige rechtsorde betekenen meer in het algemeen dat de ontwikkeling van het privaatrecht op een voorspelbare, toegankelijke, en consistente manier ingewikkelder wordt. Deze toenemende complexiteit betekent echter *niet* automatisch dat het naast elkaar bestaan van statelijke en niet-statale actoren problematisch is. Hoewel het bestaan van meerdere statelijke en niet-statale actoren die privaatrecht vormen kan leiden tot minder voorspelbaarheid, consistentie en toegankelijkheid van het privaatrecht, kan het ook leiden tot meer voorspelbaarheid, consistentie en toegankelijkheid, afhankelijk van de handelswijze van actoren. Geconcludeerd kan worden dat interactie tussen actoren vereist is als actoren problemen willen vermijden, en willen profiteren van inzichten van andere actoren, in overeenstemming met de analyse van *multilevel governance*.

39 Vgl. de kritiek van J.B.S. Hijink, 'Naar een Europees jaarrekeningenrecht', *Ondernemingsrecht* 2012, 28.

DEEL II

Methoden en technieken

4 | Samenloop in een meerlagige rechtsorde

Verval en verjaring in het Europees contractenrecht

A.G. Castermans & R. de Graaff [■]

1 INLEIDING

De laatste reis van het dressuurpaard Poëtin II voerde langs enkele Europese landen: in Duitsland beslag gelegd, in Nederland geveild, verkocht aan de Franse stoeterij *Haras de Hus*. Slechts drie maanden na de veilingkoop moest de aanwinst wegens gezondheidsproblemen worden afgemaakt. De Franse eigenaar kon de aanzienlijke schade echter niet verhalen op verkoper ING, omdat niet tijdig bij de juiste persoon over de medische toestand was geklaagd. Niet alleen zijn rechtsvorderingen gebaseerd op non-conformiteit, maar ook die gebaseerd op dwaling en bedrog werden door het niet in acht nemen van de klachttermijn (art. 7:23 lid 1 BW) geraakt (par. 2).

Dit gegeven vormt aanleiding het leerstuk samenloop nog eens onder de loep te nemen, eerst in nationale, Nederlandse context (par. 3) en daarna in de meerlagige Europese rechtsorde (par. 4). Betoogd wordt dat de voorrang van het Europese recht niet per definitie de grond aan een dreigende samenloop ontnemt, maar dat het nuttig en soms noodzakelijk is de traditionele samenloopcriteria te gebruiken bij het oplossen van nieuwe situaties van interactie. Voorbeelden schuilen in het door de Europese Commissie voorgestelde Gemeenschappelijk Europees Kooprecht (par. 5-6) en de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken (par. 7). Beide Europeesrechtelijke instrumenten geven aanleiding tot samenloopproblemen, maar ook ruimte om een oplossing te zoeken binnen het nationale privaatrecht.

2 DE LOTGEVALLEN VAN POËTIN II

ING heeft krediet verstrekt aan Stoeterij De Keizershoeve en tot zekerheid een pandrecht verkregen op al de aan De Keizershoeve toebehorende paarden. Nadat De Keizershoeve in gebreke blijft, neemt ING op 25 augustus 2005 het dressuurpaard Poëtin II in beslag bij Pferdeklinik Kerken in Duitsland. Op

■ A.G. Castermans is hoogleraar burgerlijk recht bij de afdeling burgerlijk recht, Universiteit Leiden. R. de Graaff begint per 1 september 2013 als PhD-fellow bij de afdeling burgerlijk recht, Universiteit Leiden.

1 september 2005 wordt het paard door Cees Lubbers Veilingen B.V. (Zwolle) geveild. Tijdens deze veiling wordt medegedeeld dat het paard mogelijk een irritatie aan de sesamschede heeft. Ook wordt het paard getoond en voert het passage- en galopwisselingen uit. Uiteindelijk verkoopt ING Poëtín II voor ruim 1,1 miljoen euro via een tussenpersoon aan stoeterij Haras de Hus in Petit Mars, vlakbij Nantes in Frankrijk.

Vervolgens wordt Poëtín II op 2 september 2005 naar Parijs vervoerd. Daar constateert een veearts dat het paard in goede conditie verkeert, maar dat lopen moeizaam gaat en pijnlijk is. De advocate van Haras de Hus laat Lubbers Veilingen daarom op 9 september 2005 per fax weten dat haar cliënt zich alle rechten voorbehoudt. Voor het geval Lubbers Veilingen niet als vertegenwoordiger van de verkoper geldt, verzoekt zij het bericht door te leiden aan ING – hetgeen niet gebeurt. Poëtín II ontwikkelt vervolgens een zware vorm van “hoefbevangenheid” – een plotseling optredende kreupelheid – als gevolg waarvan het paard op 13 december 2005 moet worden afgemaakt.

Drie maanden later, op 13 maart 2006, laat de advocate van Haras de Hus aan ING weten dat haar cliënt ING aansprakelijk stelt. Volgens de stoeterij wist ING, of behoorde zij te weten, dat het paard bij Pferdeklíník Kerken langdurig was behandeld en zware medicijnen kreeg toegediend wegens chronische kreupelheid en een peesontsteking. De presentatie aan het veilingpubliek en het vervoer naar Frankrijk zouden de gezondheidsschade bovendien hebben verergerd.

ING betwist deze vorderingen en de hoogte van de schade, maar belangrijker nog, zij beroept zich op de klachtplicht van artikel 7:23 lid 1 BW:

‘De koper kan er geen beroep meer op doen dat hetgeen is afgeleverd niet aan de overeenkomst beantwoordt, indien hij de verkoper daarvan niet binnen bekwame tijd nadat hij dit heeft ontdekt of redelijkerwijs had behoren te ontdekken, kennis heeft gegeven. (...)’

Omdat Haras de Hus niet tijdig bij ING heeft geklaagd, kan hij zich volgens ING niet meer op non-conformiteit beroepen. De rechter gaat hier in mee:

‘Het beroep van ING op artikel 7:23 BW slaagt. [Haras de Hus] had ING als verkoper op de hoogte dienen te stellen dat het paard niet aan de overeenkomst beantwoordde.’¹

Het feit dat Lubbers Veilingen het bericht van 9 september 2005 niet heeft doorgestuurd aan ING, komt voor het risico van Haras de Hus:

‘Het feit dat hij bij Lubbers Veilingen heeft geklaagd is niet voldoende. Gesteld noch gebleken is dat ING tijdig op de hoogte is gesteld, of dat aan ING zou zijn

1 Rechtbank Amsterdam 8 augustus 2007, L/JN: BB4552.

toe te rekenen dat de klacht haar niet binnen bekwame tijd heeft bereikt. Het feit dat Lubbers Veilingen de brief van de raadvrouw van [Haras de Hus] niet heeft doorgeleid aan ING of haar heeft meegedeeld tot wie zij zich diende te wenden, komt voor risico van [Haras de Hus].'

Aangezien ING de klacht pas een half jaar na de constatering van de Parijse veearts en drie maanden na het overlijden van Poëtin II, ontving, is de klacht volgens de rechter niet 'binnen bekwame tijd' geuit:

'De jurisprudentie hanteert in het licht van de wetsgeschiedenis veelal een termijn van twee maanden. [Haras de Hus] was op de hoogte van de kreupelheid van het paard bij aankomst van het paard in Petit Mars op 3 september 2005. Echter pas bij faxbericht van 13 maart 2006 heeft de raadvrouw van [Haras de Hus] ING op de hoogte gesteld van het gebrek. In dit geval is geen grond aangevoerd, waarom de klachttermijn is overschreden. [Haras de Hus] heeft ook geen feiten of omstandigheden gesteld, waarom een beroep op de termijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Nu [Haras de Hus] niet binnen bekwame tijd als bedoeld in artikel 7:23 lid 1 BW ING heeft geïnformeerd dat het paard niet aan de overeenkomst beantwoordde, komt hem geen beroep op non-conformiteit toe.'

Ook de subsidiaire vorderingen, gestoeld op bedrog en (wederzijdse) dwaling, stranden vanwege artikel 7:23 lid 1 BW:

'Met ING is de rechtbank van oordeel dat de klachttermijn van 7:23 BW ook geldt voor vorderingen gegrond op dwaling, bedrog of onrechtmatige daad. Het artikel strekt tot bescherming van de belangen van de verkoper en is van toepassing op iedere rechtsvordering van de koper die feitelijk gegrond is op het niet-beantwoorden van de afgeleverde zaak aan de overeenkomst, of die vordering nu is gebaseerd op een wilsgebrek, wanprestatie of op onrechtmatige daad.'

Haras de Hus laat het hier niet bij zitten en gaat in hoger beroep. Het hof sluit zich in zijn tussenarrest aan bij het oordeel van de rechtbank: overschrijding van de in art. 7:23 lid 1 BW gestelde termijn brengt niet alleen mee dat geen beroep op non-conformiteit kan worden gedaan, maar leidt in beginsel ook tot afwijzing van de vorderingen die gebaseerd zijn op dwaling of bedrog.²

Mocht echter vast komen te staan dat ING het veilingpubliek *opzettelijk* onvolledige informatie heeft verstrekt, dan acht het hof het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat ING zich aan de gevolgen van dat onrechtmatig handelen zou kunnen onttrekken door zich te beroepen op de vervaltermijn van artikel 7:23 lid 1 BW. Om de overeenkomst vernietigd te krijgen zal Haras de Hus dus moeten bewijzen dat sprake is van bedrog

2 Het tussenarrest is niet gepubliceerd, maar de beslissing wordt aangehaald in het eindarrest: Gerechtshof Amsterdam 6 december 2011, *LJN*: BU7787.

(artikel 3:44 lid 3 BW). Daarvoor is vereist dat Haras de Hus door ING opzettelijk in dwaling is gebracht. ING moet hebben beoogd de informatie te verzwijgen en moet tevens hebben beoogd daardoor het veilingpubliek te bewegen tot de aankoop. Het achterhouden van de informatie moet bovendien de keuze van Haras de Hus hebben beïnvloed.

Hoewel wordt aangenomen dat voorwaardelijk opzet volstaat, blijkt het in de praktijk toch moeilijk bedrieglijke verzwijging te bewijzen.³ Ook Haras de Hus slaagt hier niet in. Volgens het hof staat niet vast dat Poëtin II ten tijde van de veiling leed aan artrose of een peesontsteking, noch dat ING bekend was met een ontsteking in het kogelgewricht waardoor ernstige kreupelheid zou zijn ontstaan.⁴ Van misleiding is dus geen sprake; de schade is door ING niet opzettelijk veroorzaakt.⁵ De uitkomst is nadelig voor de Franse stoeterij: het dressuurpaard leeft niet meer, de 1.1 miljoen euro komt niet terug en aan ING moet bovendien ruim 37.000 euro proces- en advocaatkosten worden betaald.⁶

Het blijkt dat de rechter bij non-conformiteit verschillende diverse wettelijke regelingen met elkaar moet verzoenen. Verschillende rechten en verplichtingen die door het aangaan van een contract in het leven worden geroepen, vragen om afstemming: enerzijds de grondslagen waar de koper zich op kan beroepen (ontbinding wegens wanprestatie, vernietiging wegens bedrog of dwaling), anderzijds de plicht die op hem rust de verkoper tijdig over non-conformiteit te informeren. Hoe dienen dergelijke samenloopproblemen volgens het nationale privaatrecht te worden opgelost?

3 Vgl. K.J.O. Jansen, *Informatieplichten* (diss. Leiden, 2012), Deventer: Kluwer 2012, p. 143; C.C. van Dam in: Jac. Hijma, C.C. van Dam, W.A.M. van Schendel & W.L. Valk, *Rechts-handeling en overeenkomst*, Studiereeks Burgerlijk recht, Deel 3, Deventer: Kluwer 2010, nr. 178; A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 6-III**, *Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 252; Jac. Hijma, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 5-I, Koop en ruil*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 253. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 23 augustus 2011, NJF 2011, 477, r.o. 4.7-4.8. In een procedure voor het Gerechtshof Amsterdam lukte het eisers wel een bank (toevallig ook ING) veroordeeld te krijgen tot schadevergoeding, wegens het achterhouden van essentiële informatie. Het ging hier om schending van een contractuele verplichting om die informatie te verstrekken, waarbij de bank zich niet aan aansprakelijkheid kon onttrekken door zich te beroepen op het verlopen van de contractuele klachttermijn van 45 dagen, zie Hof Amsterdam 6 november 2012, LJN: BY8291, r.o. 4.36.

4 Gerechtshof Amsterdam 6 december 2011, LJN: BU7787, r.o. 2.4.

5 Gerechtshof Amsterdam 6 december 2011, LJN: BU7787, r.o. 2.6.

6 In eerste aanleg 11.089 euro en in hoger beroep 25.932 euro: Gerechtshof Amsterdam, 6 december 2011, LJN BU7787.

3 SAMENLOOP IN HET NATIONALE PRIVAATRECHT

In het Nederlands privaatrecht spreken wij van samenloop van rechtsregels als op één feitencomplex twee of meer regels voor toepassing in aanmerking komen.⁷ De vraag is welke invloed de ene rechtsregel heeft op het toepassingsbereik van een andere rechtsregel. Komen zij voor gelijktijdige toepassing in aanmerking of behoort één van die rechtsregels niet te worden toegepast, gelet op de strekking van de regels? Moet tussen de voor toepassing in aanmerking komende rechtsregels een keuze worden gemaakt?

Voor het nationale privaatrecht zijn de samenloopregels redelijk uitgekristalliseerd. Indien een geval onder het toepassingsbereik van verschillende rechtsregels valt, mag de belanghebbende kiezen op welke regels hij een beroep wenst te doen: de *keuzevrijheid* staat voorop. De Hoge Raad verwoordt het als volgt:

‘Uitgangspunt bij samenloop van meer op zichzelf toepasselijke rechtsgronden voor een door eiser gesteld vorderingsrecht is dat deze cumulatief van toepassing zijn, met dien verstande dat, indien die rechtsgronden tot verschillende rechtsgevolgen leiden welke niet tegelijkertijd kunnen intreden, eiser daaruit naar eigen inzicht een keuze mag maken. Dit uitgangspunt lijdt slechts uitzondering indien de wet dat voorschrijft of onvermijdelijk meebrengt.’⁸

Kunnen de rechtsgevolgen niet gelijktijdig intreden dan moet de belanghebbende kiezen tussen de verschillende rechtsregels (*keuzeplicht*), tenzij de wet voorschrijft of onvermijdelijk meebrengt dat er geen keuze is (*exclusiviteit*).⁹

7 C.A. Boukema, *Samenloop* (Mon. nieuw BW; A21), Deventer: Kluwer 1992, nr. 1; W. Snijders, ‘Samenloop van wetbepalingen in het nieuwe BW’, in: J.F. Glastra van Loon (red.), *Speculum Langemeijer*, Zwolle: Tjeenk Willink 1973, p. 454; L. Reurich, *Het wijzigen van overeenkomsten en de werking van redelijkheid en billijkheid*, Kluwer: Deventer 2005, p. 93; I.S.J. Houben, ‘Exclusiviteit’, in: I.S.J. Houben e.a. (red.), *Samenloop* (BWKJ 23), Deventer: Kluwer 2007, p. 25; A.G. Castermans & H.B. Krans, ‘Samenloop en de toegang tot de rechter’, in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Ex libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 156. Wij gaan hier niet nader in op de discussie over de vraag of moet worden gesproken van ‘rechtsfeit’ of ‘feitencomplex’. Daarover J.F.M. Janssen, ‘Wanneer is sprake van samenloop?’, in: I.S.J. Houben e.a. (red.), *Samenloop* (BWKJ 23), Deventer: Kluwer 2007, p. 18-23; Snijders 1973, p. 454.

8 HR 15 juni 2007, NJ 2007, 621, r.o. 4.2 (*Fernhout/Essent*). De Hoge Raad spreekt hier van samenloop van rechtsgronden voor een vorderingsrecht. Samenloop doet zich ook voor bij gronden van verweren of bij bevoegdheden. Vandaar dat wij van samenloop van rechtsregels spreken. Vergelijk ook art. 6:215 BW, sprekend over ‘bepalingen’.

9 De terminologie wijkt af van de veel gebruikte begrippen ‘cumulatie’ en ‘alternativiteit’. *Keuzevrijheid* brengt beter tot uitdrukking dat de belanghebbende vrij is om de verschillende grondslagen van haar vordering te kiezen, terwijl ‘cumulatie’ suggereert dat de verschillende mogelijke grondslagen toegepast *dienen* te worden, implicerend dat de rechter ambtshalve zou moeten aanvullen – hetgeen niet het geval is. *Keuzeplicht* brengt, beter dan ‘alternativiteit’, tot uitdrukking dat de belanghebbende expliciet een keuze moet maken tussen verschillende rechtsregels, indien de rechtsgevolgen niet naast elkaar kunnen

De rechter zal dus uit de aard en de strekking van de betrokken regels moeten afleiden of sprake is van keuzevrijheid, keuzeplicht of exclusiviteit.

Naar Nederlands recht kan de koper bij non-conformiteit (art. 7:17 BW) een heel scala aan rechtsvorderingen instellen, gegrond in zowel het contractuele als het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht.¹⁰ Hier speelt een samenloopprobleem, omdat die rechtsvorderingen elk een eigen verval- of verjaringsregeling kennen. De verjaringstermijn van een op bedrog gebaseerde vordering bedraagt drie jaar nadat het bedrog is ontdekt (art. 3:52 lid 1 onder c in verbinding met art. 3:44 lid 3 BW). Bij een op non-conformiteit gebaseerde vordering (art. 7:17 BW) dient op straffe van verval van de desbetreffende vordering binnen bekwame tijd te worden geklaagd (art. 7:23 lid 1 BW).¹¹ De klacht luidt een verjaringstermijn in van twee jaar (art. 7:23 lid 2 BW). Op een vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad zijn op grond van artikel 3:310 lid 1 BW twee verjaringstermijnen van toepassing: 'een korte van vijf jaren die begint te lopen op de dag volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden, en een lange van twintig jaren, die begint te lopen op de dag na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt'.¹²

Geldt de klachttermijn van artikel 7:23 lid 2 BW voor alle rechtsvorderingen, of gelden de termijnen uit Boek 3? In de parlementaire geschiedenis van artikel 7:23 lid 1 BW worden ratio en gevolg van de klachtplicht toegelicht:

'Hier gaat het om de onderzoeks- en waarschuwingsplicht van de koper, die ertoe strekt de verkoper voor late en moeilijk meer betwistbare klachten te behoeden. (...) Indien de koper niet aan zijn verplichting krachtens lid 1 voldoet, verliest hij alle rechten terzake van de tekortkoming, daaronder begrepen de in het tweede lid, tweede zin, bedoelde bevoegdheid tot vermindering van de koopprijs'.¹³

intreden. Hierover nader A.G. Castermans & H.B. Krans, 'Samenloop en de toegang tot de rechter', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Ex libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 156-159; over de verwarring die de begrippen 'cumulatie' en 'alternativiteit' veroorzaken ook A.S. Hartkamp, 'Samenloop in het Europese privaatrecht', in: Th.M. de Boer e.a. (red.), *Strikwerda's conclusies*, Deventer: Kluwer 2011, p. 153-169, p. 154.

10 Aflevering, herstel of vervanging (art. 7:22 BW), vergoeding van de schade wegens tekortkoming in de nakoming (art. 6:74 BW), vernietiging van de koopovereenkomst op grond van bedrog of dwaling (art. 3:44 en 6:228 BW) en vergoeding voor schade als gevolg van misleidende reclame (art. 6:194 BW). Daarnaast kan hij zich tot de producent of leverancier wenden (art. 6:185 BW).

11 Zou Haras de Hus niet een stoeterij zijn geweest, maar een consument-koper met een voorliefde voor exclusieve paarden, dan staat de Richtlijn Consumentenkoop toe dat lidstaten voor deze koper een termijn van twee maanden bepalen, hetgeen in ons Burgerlijk Wetboek in artikel 7:23 lid 1 is opgenomen; zie Richtlijn 1999/44 van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumentengoederen, *Pb. EG* 1999, L 171/12, art. 5 lid 2.

12 HR 31 oktober 2003, *NJ* 2006, 112, m.nt. C.E. du Perron, r.o. 3.4 (*Saelman*).

13 *MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 7 Inv.*, p. 152.

De koper, particulier of professioneel, heeft vervolgens maximaal twee jaar om in actie te komen. Artikel 7:23 lid 2 BW bepaalt immers:

‘Rechtsvorderingen en verweren, gegrond op feiten die de stelling zouden rechtvaardigen dat de afgeleverde zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt, verjaren door verloop van twee jaren na de overeenkomstig het eerste lid gedane kennisgeving.’

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever, in het belang van koper én verkoper, met artikel 7:23 lid 2 BW een uniforme verjaringstermijn van twee jaar bedoelde te creëren, ook voor de vorderingen uit onrechtmatige daad.¹⁴ De Hoge Raad volgde de wetgever en oordeelde dat de tweejaarstermijn geldt voor ‘iedere rechtsvordering van de koper die – en ieder verweer van de koper dat – feitelijk gegrond is op het niet-beantwoorden van de afgeleverde zaak aan de overeenkomst, ook indien door de koper op deze grondslag een rechtsvordering uit onrechtmatige daad wordt gebaseerd’.¹⁵ Een jaar later verklaarde de Hoge Raad het regime van artikel 7:23 BW ook van toepassing op vorderingen gebaseerd op dwaling.¹⁶ Op deze manier haalde de Hoge Raad de angel uit deze samenloopproblemen: de belanghebbende behoudt zijn vrijheid een grondslag te kiezen voor een vordering wegens een conformiteitsgebrek, maar die keuze blijft wel zonder gevolgen voor de bescherming die artikel 7:23 BW beoogt te bieden.¹⁷ Bij samenloop van non-conformiteit en dwaling of onrechtmatige daad zal de koper dus steeds tijdig moeten klagen en binnen twee jaar daarna zijn vordering(en) moeten instellen.

Over samenloop van non-conformiteit en het wilsgebrek bedrog heeft de Hoge Raad zich nog niet uitgelaten. In de rechtspraak valt wel een duidelijke lijn te ontdekken: steeds wordt geoordeeld dat artikel 7:23 BW zich ook uitstrekt

14 Zie uitgebreid Conclusie A-G Spier voor HR 21 april 2006, NJ 2006, 272 (*Inno Holding/Gemeente Sluis*) par. 4.8-4.20.1; zie MvT Inv., *Parl. Gesch. Boek 7 Inv.*, p. 152 en 154.

15 Zie uitgebreid Conclusie AG Spier voor HR 21 april 2006, NJ 2006, 272, (*Inno Holding/Gemeente Sluis*) par. 4.8-4.20.1; herhaald in HR 23 november 2007, NJ 2008, 552, r.o. 4.8.2. (*Ploum/Smeets*).

16 HR 29 juni 2007, RvdW 2007, 636, r.o. 3.8. (*Pouw/Visser*).

17 Deze methode is vaker door de HR gebruikt. Vgl. HR 15 juni 2007, NJ 2007, 621, m.nt. K.F. Haak (bij aanvaring heeft de eiser de keuze tussen een vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad of uit aanvaring, maar voor beide vorderingen geldt de kortere verjaringstermijn van art. 8:1793 BW); HR 2 december 2011, NJ 2012, 197, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (langere verjaringstermijn van art. 3:310 lid 2 BW verwijst onder meer naar de risicoaansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen uit art. 6:175 BW, maar is ook van toepassing als een dergelijke vordering is gebaseerd op onrechtmatige daad); HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 682, m.nt. J.B.M. Vranken (langere verjaringstermijn van art. 3:310 lid 2 BW is ook van toepassing als vordering is gebaseerd op onrechtmatige daad).

tot vorderingen gebaseerd op bedrog.¹⁸ Hier valt wel wat voor te zeggen, indien bij het bepalen van de bekwame tijd waarbinnen moet worden geklaagd rekening kan worden gehouden met het eventueel bedrieglijk verborgen houden van de verwachte eigenschappen.¹⁹ Artikel 7:23 lid 3 BW bepaalt immers dat de ‘termijn’ niet loopt zolang de koper zijn rechten niet kan uitoefenen als gevolg van opzet van de verkoper. Hieruit kan worden afgeleid dat de wetgever voor toepassing van artikel 7:23 BW mede het oog heeft gehad op gevallen van bedrog:

‘Indien de koper de afwijking niet ontdekt heeft en derhalve daarvan niet binnen de in lid 1 gestelde termijn kennis heeft gegeven, omdat de verkoper deze afwijking bewust verborgen heeft gehouden of opzettelijk nagelaten heeft deze mede te delen, gaat het recht van de koper niet verloren.’²⁰

Maar als de koper, zoals in het geval van de Franse stoeterij, het gebrek eenmaal kent, biedt artikel 7:23 lid 3 BW geen soelaas. Voor de bedrogen koper rest niets anders dan te onderzoeken of het bedrog losstaat van de nonconformiteit, zoals Hijma schrijft:

‘Vertrekkende bij nonconformiteit, prent het artikel [7:23 BW, AGC/RdG] ons in dat wanneer een beroep daarop niet meer mogelijk is en de koper een andersoortig middel inzet, men goed zal moeten onderzoeken of dit alternatief in zijn uitwerking wellicht zozeer tegen een nonconformiteitsberoep aanleunt, dat het het lot daarvan moet delen.’²¹

Niettemin betoogt hij, in lijn met andere schrijvers, dat de schuldeiser bij bedrog juist ontheven zou moeten zijn van de klachtplicht, mede omdat een bedriegende schuldenaar geen recht zou mogen hebben op de bescherming die de klachtplicht hem biedt.²² Deze discussie zal ook op het niveau van

18 Hof ‘s-Hertogenbosch 4 oktober 2011, *LJN*: BT6945, r.o. 4.5; Hof ‘s-Gravenhage 16 maart 2010, *NJF* 2010, 170, r.o. 13; Hof ‘s-Hertogenbosch 3 juni 2008, *LJN*: BD9792, r.o. 4.4.1-4.4.3; Hof ‘s-Gravenhage 25 april 2007, *NJF* 2007, 288, r.o. 7; Rb. Leeuwarden 19 maart 2008, *NJF* 2008, 218, r.o. 4.3; Rb. Zwolle 5 maart 2008, *LJN*: BD8262, r.o. 6.6.-6.9.; Rb. Amsterdam 8 augustus 2007, *LJN* BB4552. Hof Arnhem laat in het midden of de klachtplicht ook geldt voor een vordering op grond van bedrog, maar verklaart art. 7:23 BW wel van toepassing op art. 6:230 lid 2 jo 6:228 BW, zie Hof Arnhem 29 april 2008, *NJF* 2008, 355, r.o. 4.9. Zie ook R.P.J.L. Tjittes, *Rechtsverwerking* (Mon. BW; A6b), nr. 39 en ‘De klacht- en onderzoeks-plicht bij ondeugdelijke prestaties’, *RMThemis* 2007/1, p. 22 onder f.

19 Zie H.N. Schelhaas, ‘Klagen over bedrog! (redactioneel)’, *NTBR* 2013/6.

20 Toelichting Meijers, *Parl. Gesch. Boek 7 Inv.*, p. 147.

21 Jac. Hijma, ‘Klachtplicht en bedrog’, *WPNR* 2009/6781, p. 18-21, par. 7.

22 S. Tamboer, ‘De klachtplicht van de koper in het Nederlandse kooprecht’, *TvC* 2008/6, p. 222. C. Bollen, T. Hartlief, ‘De klachtplicht van de teleurgestelde contractant’, *NJB* 2009/43; Hijma 2009, p. 18-21 (voorzichtig instemmend: G.T. de Jong, Differentiatie in grondslag en aard van wettelijke vervaltermijnen in het vermogensrecht en de gevolgen voor de toepassing daarvan, *WPNR* 2012/6945, par. 4); J. Verhoeven, ‘De koper bedrogen’, *NTBR*

het Europese contractenrecht kunnen worden gevoerd, want ook daar buitelen de verschillende termijnen en klachtplichten over elkaar heen.

4 SAMENLOOP IN EEN MEERLAGIGE RECHTSORDE

Rechtsvinding in de Europese rechtsorde waarin de koop van de kreupele Poëtin II zijn beslag kreeg, wordt gekenmerkt door verschillende lagen aan regelgeving, van privaat- en publiekrechtelijke aard, afkomstig uit zowel het Europese als het nationale recht. Afstemming is op verschillende niveaus nodig.²³ Daarbij kunnen de traditionele samenloopregels een nuttig raamwerk vormen.²⁴ Volgens Smith wordt de rechter immers niet geconfronteerd met wezenlijk nieuwe problemen, en kan hij dan ook gebruikmaken van de bestaande instrumenten in zijn 'gereedschapskist'.²⁵

Nieuwe gevallen van interactie nodigen wel uit de klassieke definitie van samenloop bij te stellen. De definitie van Boukema luidde:

'Van samenloop van rechtsregels is sprake als op één rechtsfeit twee of meer regels van eenzelfde rechtstelsel voor toepassing in aanmerking komen.' (curs. AGC/RdG)²⁶

Hartkamp betwijfelt het nut van de voorwaarde dat de rechtsregels tot eenzelfde rechtstelsel moeten behoren. Het vereiste levert overigens geen directe problemen op als men samenloop tussen Europees en nationaal recht wil onderzoeken, daar de toepasselijke regels van Europees recht strikt genomen

2010/5. J.G.H. Meijerink, 'De klachtplicht in Europees perspectief', *NTBR* 2010, 16 (met een beroep op rechtsvergelijking). Een mogelijkheid is het gedrag van de verkoper te toetsen aan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, die met zich mee zouden brengen dat een beroep op art. 7:23 BW onaanvaardbaar zou zijn, als sprake zou zijn van bedrog. Het Hof Amsterdam erkende deze mogelijkheid in de zaak Haras de Hus/ING, maar de koper slaagde er daar niet in bedrog te bewijzen. Zie Gerechtshof Amsterdam 6 december 2011, *LJN*: BU7787.

23 Zie ook W. Snijders, 'Twintig jaar nieuw BW', *AA* 2012, p. 952-954 (december 2012, afl. 11).

24 Anders: F.B. Bakels, 'Aspecten van samenloop (I)', *WPNR* 2009-6796, par. 3.1: 'Zou men ook deze problematiek onder het begrip samenloop willen vatten, dan zou het oeverloos worden.'

25 C.E. Smith, 'Meergelaagdheid van rechtsordes: oude wijn in nieuwe zakken?', *AA* 2011, p. 753-757, p. 755 (oktober 2011, afl. 9), onder verwijzing naar J.B.M. Vranken, C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel**, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 75.

26 C.A. Boukema, *Samenloop* (Monografieën nieuw BW. A-serie; 21), Deventer: Kluwer 1992, nr. 1. De beperking tot regels van hetzelfde rechtstelsel is overigens niet terug te vinden in zijn proefschrift: C.A. Boukema, *Civielrechtelijke samenloop* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1966. Anders: Brunner spreekt van samenloop 'als op één rechtsfeit verschillende normen van objectief recht van toepassing kunnen zijn'. Zie C.J.H. Brunner, *Beginselen van samenloop*, Arnhem: Gouda Quint 1984, p. 1; Bakels noemt het vereiste evenmin: F.B. Bakels, 'Aspecten van samenloop (I)', *WPNR* 2009-6796, p. 337.

tot hetzelfde rechtssysteem behoren.²⁷ Toch is het te verkiezen de voorwaarde weg te laten. De definitie van samenloop blijft dan overeind, maar zij wordt beter hanteerbaar voor nieuwe gevallen van samenloop, tussen grondslagen uit het nationale recht en uit andere, internationale rechtsbronnen.²⁸ De herkomst van de regels blijft wel van belang om vast te stellen of zij gelijktijdig voor toepassing op de betreffende casus in aanmerking komen.

Binnen het Europees recht gaat het eerst en vooral om regels die door de belanghebbende voor de rechter kunnen worden ingeroepen, om regels die *directe* werking hebben. Dit hangt af van het type regel (verdragsbepalingen, verordeningen, algemene rechtsbeginselen) en soms ook van de rechtsverhouding: op richtlijnen kan wél een beroep worden gedaan door een burger tegenover een overheid (directe verticale werking), maar niet in een geschil tussen particuliere partijen (directe horizontale werking). Daarom concludeert Hartkamp dat in die situaties geen sprake kan zijn van samenloop: '[e]en richtlijn kan (...) in zo'n verhouding niet samenlopen met bijvoorbeeld de nationale uitvoeringswet'.²⁹

Maar indien een nationale regel met Europese wortels samenloopt met een andere nationale regel – eventueel ook met Europese wortels – dan zal toch zoveel als mogelijk recht moeten worden gedaan aan de richtlijn of richtlijnen.³⁰ Ook al hebben de richtlijnen geen directe werking, zij zullen wel moeten worden verzoend, met elkaar en met regels van nationaal recht

27 A.S. Hartkamp 2011, 'Samenloop in het Europese privaatrecht', in: Th.M. de Boer e.a. (red.), *Strikwerda's conclusies*, Deventer: Kluwer 2011, p. 153-169, p. 157.

28 Hoewel geen onderwerp van onderzoek in deze bijdrage, is het ook denkbaar dat samenloop optreedt tussen toepasselijke regelingen van internationaal en Europees recht. Daar betreft het wel duidelijk regels die afkomstig zijn uit verschillende rechtsordes. Zie bijvoorbeeld het arrest HvJ EG 10 januari 2006, nr. C-344/04 (*IATA & ELFAA*), waar het HvJ geconfronteerd werd met twee toepasselijke regelingen: het Verdrag van Montreal en Verordening (EG) nr. 261/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 11 februari 2004 tot vaststelling van gemeenschappelijke regels inzake compensatie en bijstand aan luchtreizigers bij instapweigering en annulering of langdurige vertraging van vluchten en tot intrekking van verordening (EEG) nr. 295/91 (*PbEU* 2004, L 46/1).

29 A.S. Hartkamp, 'Samenloop in het Europese privaatrecht', in: Th.M. de Boer e.a. (red.), *Strikwerda's conclusies*, Deventer: Kluwer 2011, p. 153-169, p. 158. Centraal in zijn bijdrage staat overigens (vanaf p. 159) de samenloop tussen Europeesrechtelijke regels onderling en de wijze waarop het HvJ hierover beslist. Dit type samenloop komt niet in onze bijdrage aan de orde.

30 Vgl. HvJ EG 22 april 1999, nr. C-423/97 (*Travel Vac SL/Sanchis*), r.o. 22-23, waarin het HvJ overwoog dat indien op een feitencomplex twee richtlijnen van toepassing zijn, de desbetreffende richtlijnen in beginsel beide van toepassing zijn. Dit is slechts anders indien een van beide richtlijnen bepalingen bevat die de toepassing van de andere richtlijn uitsluiten. Over deze zaak A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 3-I**, *Vermogensrecht algemeen. Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 171.

die in de gegeven situatie ook voor toepassing in aanmerking komen.³¹ In sommige richtlijnen kan bijvoorbeeld een potentieel samenloopprobleem zijn ingebouwd, zoals in de richtlijn oneerlijke handelspraktijken is bepaald dat de richtlijn het contractenrecht onverlet laat.³² Zijn dit nu gevallen van samenloop, waarbij de rechter moet nagaan of het Europees recht partijen enige vrijheid laat, dan wel exclusiviteit toekent aan de regel met Europese wortels?

Zeker is in ieder geval dat bij een onderzoek naar de verhouding van Europese regelgeving tot het nationale privaatrecht het uitgangspunt keuzevrijheid moeilijk denkbaar is. Hiërarchie speelt immers een belangrijke rol. Het Europese (constitutionele) recht bepaalt wanneer Europese regels moeten worden toegepast en beoogt te garanderen dat deze regels en hun doelstellingen zoveel mogelijk worden verwezenlijkt. Dit gebeurt onder meer door middel van beginselen als voorrang, directe werking, gelijkwaardigheid en doelmatigheid, en door methoden als de richtlijnconforme interpretatie. De uitkomst van een geschil wordt dan niet alleen bepaald door 'wetsuitleg', maar ook 'door staatsrechtelijke beginselen van normenhiërarchie en voorrang', aldus Hartkamp.³³

31 Ook zonder directe werking blijft het EU-recht invloed uitoefenen; vgl. de invloed van de plicht tot richtlijnconforme interpretatie op de keuzevrijheid van de rechter bij de uitleg van het nationale recht: ook dan zal zoveel mogelijk recht worden gedaan aan het doel van de richtlijn. Zie Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 274 e.v. In sommige gevallen wordt de rechter door het HvJ uitdrukkelijk aan deze interpretatieplicht herinnerd. Zie bijv. HvJ EU 24 januari 2012, nr. C-282/10 (*Dominguez*), waarin het Cour de Cassation aanvankelijk had gesteld dat richtlijnconforme uitleg van het Franse recht niet mogelijk was (r.o. 26), maar na de uitspraak van het HvJ toch besliste dat de lagere rechter richtlijnconform moest uitleggen; zie Cour de Cassation, Chambre sociale (Frankrijk) 3 juli 2012, *Mme X c. Centre-Ouest Atlantique* [2012] Publié au bulletin, nr. 08-44.843. Ook in andere arresten laat het HvJ de uiteindelijke keuze over aan de nationale rechter, maar suggereert het wel dat richtlijnconforme interpretatie mogelijk is; zie bijv. HvJ EG 16 juni 2005, nr. C-105/03 (*Pupino*), hoewel niet in een privaatrechtelijke kwestie, en voor overige voorbeelden: P. Craig & G. De Burca, *EU Law (5th ed.)*, Oxford: OUP 2011, p. 204. Over de verhouding tussen voorrang en directe werking ook A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 3-I*, Vermogensrecht algemeen. Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 11.

32 Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad (*PbEU*2005, L149/22), art. 3 lid 2: 'Deze richtlijn laat het verbintenissenrecht en, in het bijzonder, de regels betreffende de geldigheid, de opstelling en de rechtsgevolgen van contracten onverlet.' Voor overige voorbeelden, zie A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 3-I*, Vermogensrecht algemeen. Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 171.

33 A.S. Hartkamp, 'Samenloop in het Europees privaatrecht', in: Th.M. de Boer e.a. (red.), *Strikwerda's conclusies*, Deventer: Kluwer 2011, p. 153-169, p. 158; vgl. F.B. Bakels, 'Aspecten van samenloop (I)', *WPNR* 2009-6796, par. 3.1; zie nader over de verhouding tussen

Mocht het in een procedure draaien om een conflict tussen een Europese regel met directe werking en een daarmee strijdige nationale regel, dan lijkt de uitkomst helder: de nationale regel moet buiten toepassing worden gelaten. In samenlooptermen is dan sprake van *exclusieve* werking van de Europese regel. Volgens Sieburgh is er echter geen sprake van samenloop, omdat het voorrangsbeginsel 'de grond aan een dreigende samenloop' ontnemt. Na toepassing van het voorrangsbeginsel blijft wel 'ruim spel voor samenloop', bijvoorbeeld tussen de Europese regel en een bepaling van nationaal recht die niet door het voorrangsbeginsel buiten werking is gesteld.³⁴

Op voorhand kan evenwel niet worden uitgesloten dat een direct werkende Europese regel enige werking van een regel van nationaal recht toelaat. Voorrang betekent niet per definitie exclusiviteit, ook niet als de nationale regel op het eerste gezicht conflicteert met de Europese. Dit willen wij in het vervolg van deze bijdrage laten zien aan de hand van het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht (par. 5-6). Vervolgens richten wij de blik op nationale regels met Europese wortels: de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken (par. 7). Door nationale samenloopcriteria te gebruiken dient een oplossing zich aan.

5 VERVAL EN VERJARING ONDER HET GEMEENSCHAPPELIJK KOOPRECHT

De Europese Commissie wil partijen uit verschillende lidstaten in staat stellen hun contractuele rechtsverhouding te laten beheersen door één Gemeenschappelijk Europees kooprecht (GEKR³⁵). De Commissie heeft daartoe in oktober 2011 een voorstel gedaan, waarin ook de tekst van de door de Raad en het Europese Parlement aan te nemen Verordening is opgenomen.³⁶

Volgens de Commissie zouden ondernemers en consumenten die nu nog worden geconfronteerd met 27 verschillende Europese rechtssystemen, in staat moeten worden gesteld te kiezen voor 'a single uniform set of contract laws', dat 'the full life cycle of a contract' zou moeten beheersen.³⁷ Het zou dan bijvoorbeeld kunnen gaan om een veilingkoopovereenkomst, zoals die tussen

Europees recht en Nederlands vermogensrecht A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 3-I**, *Vermogensrecht algemeen. Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 8-21.

34 C.H. Sieburgh, 'Ich weiß nicht was soll es bedeuten', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Ex libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 239-267, p. 249-250, zie ook p. 243. Sieburgh wijst op verschillende mogelijkheden van samenloop, waarvoor binnen het nationale recht, met inachtneming van Europeesrechtelijke beginselen, een oplossing moet worden gezocht. Zij doelt daarbij op samenloopproblemen die ontstaan *nadat* door toepassing van het voorrangsbeginsel een strijdige bepaling van nationaal recht buiten toepassing moet blijven.

35 In het Engels: Common European Sales Law (CESL).

36 European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, Brussels 11.10.2011, COM (2011) 635.

37 COM (2011) 635, p. 16, par. 6.

Haras de Hus en ING is gesloten: een executoriale verkoop van een roerend goed tussen twee partijen uit verschillende EU-lidstaten.³⁸

Artikel 11 van de concept-Verordening kent *exclusieve werking* toe aan dit Europese kooprecht, mits partijen daar rechtsgeldig voor hebben gekozen:

‘Where the parties have validly agreed to use the Common European Sales Law for a contract, only the Common European Sales Law shall govern the matters addressed in its rules. Provided that the contract was actually concluded, the Common European Sales Law shall also govern the compliance with and remedies for failure to comply with the pre-contractual information duties.’

In considerans 27 worden leerstukken genoemd die, voor zover ze niet door de Verordening worden geregeld, door het nationale recht worden beheerst. Het gaat dan bijvoorbeeld om het goederenrecht en de onrechtmatige daad. In considerans 28 wordt overwogen dat de Verordening zich nadrukkelijk *niet* uitstrekt tot onderwerpen die zich buiten de werkingssfeer van het contractenrecht bevinden, zoals informatieplichten die partijen moeten beschermen tegen gezondheids- en veiligheidsrisico's:

‘The Common European Sales Law should not govern any matters outside the remit of contract law. This Regulation should be without prejudice to the Union or national law in relation to any such matters. For example, information duties which are imposed for the protection of health and safety or environmental reasons should remain outside the scope of the Common European Sales Law. This Regulation should further be without prejudice to the information requirements of Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market.’

Grofweg heeft een keuze voor het GEKR de volgende tweedeling tot gevolg: het contractenrecht wordt grotendeels beheerst door de Verordening, het buitencontractuele gedeelte door het nationale privaatrecht. Samenloop kan zich vervolgens voordoen als de aansprakelijkheid van de verkoper zowel gegrond kan worden op het Gemeenschappelijk kooprecht als op een andere grondslag uit het BW. De vraag dringt zich op in hoeverre de ene grondslag kan worden toegepast naast de andere, in het bijzonder wanneer de verjarings- of vervalttermijnen verschillen.

Stel dat ING en Haras de Hus de veilingkoopovereenkomst hadden gesloten onder het GEKR. Hun rechtsverhouding zou worden beheerst door 186

38 Ervan uitgaand dat Haras de Hus een ‘small or medium-sized enterprise’ (SME) is: minder dan 250 werknemers, met niet meer dan 50 miljoen euro omzet of 43 miljoen euro op de balans; zie art. 7 concept-Verordening, European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, Brussels 11.10.2011, COM (2011) 635, p. 26.

wetsartikelen, die als bijlage bij de concept-Verordening zijn gepubliceerd.³⁹ De artikelen 48 en 49 geven de koper de mogelijkheid de overeenkomst te vernietigen als sprake is van dwaling of bedrog. De verkoper dient tijdig over de vernietiging geïnformeerd te worden, wil deze effect hebben: binnen zes maanden bij dwaling (art. 52 lid 2 sub a), binnen een jaar bij bedrog (art. 52 lid 2 sub b). Deze termijnen vangen aan op het moment dat ‘the avoiding party becomes aware of the relevant circumstances or becomes capable of acting freely’ en gelden zowel voor de consument als voor de professional.

Welke remedies zijn er bij non-conformiteit? De teleurgestelde koper kan nakoming vorderen (art. 110), zijn eigen prestatie opschorten (art. 113), de overeenkomst ontbinden (art. 114) en de koopprijs terugvorderen (art. 172), de prijs verminderen (art. 120) en schadevergoeding eisen (art. 159).⁴⁰ Uit het GEKR blijkt niet duidelijk welke verjaringstermijn op de rechtsvordering tot ontbinding van toepassing is.⁴¹ Artikel 178 bepaalt:

‘A right to enforce performance of an obligation, and any right ancillary to such a right, is subject to prescription by the expiry of a period of time in accordance with this Chapter.’

De ontbinding kan moeilijk als een ‘right to enforce performance’ worden gekwalificeerd, daar de actie juist het tegenovergestelde wil bereiken.⁴² Het European Law Institute concludeert dan ook over de huidige tekst van het GEKR:

‘It is still unclear within the CESL whether remedies for nonperformance are subject to prescription.’⁴³

39 European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, Brussels 11.10.2011, COM (2011) 635, p. 33-110. Onderscheid moet worden gemaakt tussen de artikelen uit de concept-Verordening en artikelen uit het GEKR.

40 De professionele koper kan de overeenkomst ontbinden ‘if the seller’s non-performance under the contract is fundamental’ (art. 114 lid 1); voor de consument geldt een lagere drempel: de non-conformiteit mag niet ‘insignificant’ mag zijn, voor het overige kan hij ontbinden (art. 114 lid 2).

41 In ons Burgerlijk Wetboek is hiervoor een aparte bepaling opgenomen: artikel 3:311 BW bepaalt de verjaringstermijn voor een rechtsvordering tot ontbinding. Art. 6:268 BW bepaalt dat verjaring van de rechtsvordering tot ontbinding ook de bevoegdheid tot buitengerechtelijke ontbinding doet vervallen.

42 Ook in het commentaar van Møgelvang-Hansen bij art. 178 wordt verjaring van de rechtsvordering tot ontbinding niet besproken: ‘the prescription rules concern enforcement of the rights to performance of an obligation under CESL (P), be they contractual or non-contractual, monetary or non-monetary’, en in de daaropvolgende opsomming wordt de ontbinding niet genoemd, zie Schulze (red.), *Common European Sales Law (CESL). Commentary*, Nomos Verlagsgesellschaft: Baden-Baden 2012, p. 724.

43 J. Thomas e.a. (red.), *Statement of the European Law Institute on the Proposal for a Regulation on the Common European Sales Law*, ELI: Vienna 2012, p. 321 (te raadplegen via www.europeanlawinstitute.eu/projects/publications/).

Wel bepaalt artikel 119 lid 1 dat het recht te ontbinden *vervalt* als hij de verkoper niet 'within a reasonable time' informeert, na het ontstaan van het recht of nadat hij bekend werd met de non-conformiteit. De consument moet de verkoper wel informeren over de ontbinding, wil deze effect hebben (art. 118), maar voornoemde vervalt termijn is niet op hem van toepassing (art. 119 lid 2 sub a). Uit het GEKR blijkt inderdaad ook niet welke termijn wél van toepassing zou zijn.⁴⁴

De professionele koper is voorts belast met onderzoeks- en klachtplichten. Na aflevering dient deze koper zo snel mogelijk, of in ieder geval binnen veertien dagen, de goederen te (laten) onderzoeken (art. 121 lid 1). Is sprake van non-conformiteit, dan moet de verkoper hierover binnen redelijke termijn worden geïnformeerd (art. 122 lid 1). Twee jaar na aflevering *vervallen* de rechten van de professionele koper:

'The buyer loses the right to rely on a lack of conformity if the buyer does not give the seller notice of the lack of conformity within two years from the time at which the goods were actually handed over to the buyer in accordance with the contract.'
(art. 122 lid 2)

De bepaling kent geen bijzondere voorziening voor het geval de non-conformiteit verband houdt met bedrog.⁴⁵ Verder lijkt artikel 122 lid 1 GEKR zich, net als artikel 7:23 lid 2 BW, uit te strekken tot iedere rechtsvordering van de koper die feitelijk gegrond is op de non-conformiteit, zij het uitsluitend met betrekking tot de professionele koper. Ook Zoll komt tot de conclusie dat 'the buyer can no longer exercise the remedies for the lack of conformity'.⁴⁶

Stel dat Haras de Hus een consument was geweest, met een voorliefde voor exclusieve paarden. Welke termijnen zijn dan op zijn vorderingen van toepassing? Voor zover zij zijn gebaseerd op non-conformiteit (nakoming, schadevergoeding en terugvorderen koopprijs), gelden de termijnen uit Chapter

44 Kritisch hierover zijn tevens S. Vogenauer, de Law Commission en de Scottish Law Commission, die voorstellen ook voor consumenten een termijn te bepalen. Zo wordt voorkomen dat discussie ontstaat over de vraag op welk moment de consument niet meer zou mogen ontbinden, omdat dit in strijd zou komen met de plicht zich jegens de wederpartij 'in accordance with good faith and fair dealing' te gedragen (art. 2 GEKR), zie S. Vogenauer, 'The Drafting of the CESL: An Assessment and Suggestions for Improvement', 15 oktober 2012, beschikbaar via: <http://www.europarl.europa.eu/studies>, p. 18 (geraadpleegd 12 februari 2013); The Law Commission [of England and Wales] and The Scottish Law Commission, *An Optional Common European Sales Law: Advantages and Problems. Advice to the UK Government*, 10 November 2011, beschikbaar via: http://www.scotlawcom.gov.uk/index.php/download_file/view/931/468/ (geraadpleegd 12 februari 2013), par. 4.136.

45 Zoals de mogelijkheid om bij het bepalen van de bekwame tijd waarbinnen moet worden geklaagd rekening te houden met het bedrog (art. 7:23 lid 3 BW).

46 Commentaar F. Zoll bij artikel 122 GEKR in: Schulze (red.), *Common European Sales Law (CESL). Commentary*, Nomos Verlagsgesellschaft: Baden-Baden 2012, p. 531.

18 onverkort. Er is sprake van een *korte* termijn van twee jaar (art. 179 lid 1).⁴⁷ Daarnaast bestaat een *lange* termijn van tien jaar (art. 179 lid 2).

De eerste twee leden van artikel 180 bepalen wanneer de verjaringstermijnen aanvangen:

- '1. The short period of prescription begins to run from the time when the creditor has become, or could be expected to have become, aware of the facts as a result of which the right can be exercised.
2. The long period of prescription begins to run from the time when the debtor has to perform or, in the case of a right to damages, from the time of the act which gives rise to the right.'

Dit zijn tegelijkertijd de enige verjaringstermijnen waar de consument-koper rekening mee hoeft te houden. Kiest hij voor een actie wegens non-conformiteit, dan rusten op hem geen verdere onderzoeks- of klachtplichten (art. 106 lid 3). Dat is gunstig voor de consument: hij raakt zijn rechten niet op korte termijn kwijt. Toch kleeft er uit het perspectief van de consument ook een nadeel aan: bij bekendheid van de klacht gaat de verjaringstermijn van twee jaar meteen lopen.⁴⁸ Naar Nederlands recht is dat pas het geval nadat is geklaagd.

6 SAMENLOOP ONDER HET GEKR

Het GEKR geeft de teleurgestelde koper dus verschillende remedies om in actie te komen als het geleverde niet voldoet aan de overeenkomst. Zoals de casus Haras de Hus/ING illustreert kan daarbij tevens sprake zijn van dwaling of bedrog. Voor samenloop tussen de verschillende contractuele remedies bevat artikel 57 GEKR de volgende regel:

'A party who is entitled to a remedy under this Chapter ['Defects in consent', AGC/RdG] in circumstances which afford that party a remedy for non-performance may pursue either of those remedies.'

47 De korte termijn van twee jaar is opmerkelijk. In het DCFR, de UNIDROIT Principles en de PECL wordt een termijn van drie jaar gehanteerd, in de UN Convention on the Limitation of Periods in the International Sale of Goods vier jaar (zie art. III-7:201 DCFR, art. 10:2 lid 1 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, art. 14:201 PECL, art. 8 LPISG). Bovendien is deze verjaringstermijn een jaar korter dan de termijn van drie jaar die de consument krijgt om dezelfde schade bij de producent te verhalen, op grond van de Richtlijn Productaansprakelijkheid (art. 6:191 lid 1 BW).

48 Bij de consument-koper lijkt, op basis van de tekst van art. 180 lid 1 ('prescription begins to run from the time when the creditor has become, or could be expected to have become, aware of the facts'), in ieder geval ruimte te zijn om bij het bepalen van het aanvangsmoment het bedrog mee te wegen (zoals onder art. 7:23 lid 3 BW mogelijk is, bij het bepalen van de bekwame tijd waarbinnen moet worden geklaagd).

Ook hier staat de keuzevrijheid voorop. Uit het GEKR blijkt bovendien niet dat de (kortere) verjaringstermijn voor vernietiging wegens dwaling of bedrog exclusief is bedoeld.⁴⁹ Bovenstaande bepaling benadrukt dat eiser de vrijheid heeft om na verloop van die termijn zijn vorderingsrechten wegens de non-conformiteit uit te oefenen.

Maar er ontstaan meer samenloopproblemen. Er kunnen namelijk ook grondslagen voor schadevergoeding bestaan in het nationale buitencontractuele recht, bijvoorbeeld de onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) of misleidende reclame (art. 6:194 BW). De koper kan zich bovendien tot de producent of leverancier wenden (art. 6:185 e.v. BW). De keuze voor het GEKR stelt immers alleen het nationale contractenrecht buiten werking.

De rechter kan dus geconfronteerd worden met verschillende, klassieke samenloopvragen – niet alleen binnen het GEKR, maar ook tussen dat instrument en het nationale buitencontractuele recht. Hoe moeten die vragen worden beantwoord? Volgens considerans 27 is het de bedoeling dat de rechter de nationale samenloopregels toepast:

'All the matters of a contractual or non-contractual nature that are not addressed in the Common European Sales Law are governed by the pre-existing rules of the national law outside the Common European Sales Law that is applicable under Regulations (EC) No 593/2008 and (EC) No 864/2007 or any other relevant conflict of law rule. These issues include legal personality, the invalidity of a contract arising from lack of capacity, illegality or immorality, the determination of the language of the contract, matters of non-discrimination, representation, plurality of debtors and creditors, change of parties including assignment, set-off and merger, property law including the transfer of ownership, intellectual property law and the law of torts. Furthermore, the issue of whether concurrent contractual and non-contractual liability claims can be pursued together falls outside the scope of the Common European Sales Law.'
(curs. AGC/RdG)

Dit is bijzonder. Een verordening verwijst naar de nationale samenloopregels en laat de rechter de vrijheid deze te gebruiken. Zo zijn wij dus terug bij de criteria die wij in paragraaf 3 beschreven. Uit de aard en de strekking van de betrokken regels moet worden afgeleid of sprake is van keuzevrijheid, keuzeplicht of exclusiviteit. Het ligt bovendien in de rede dat partijen, ook als zij onder het GEKR hebben gecontracteerd, vrij zijn de grondslag voor hun vordering of verweer te kiezen, ook als deze grondslag ligt in het nationale recht.⁵⁰

49 Onder het BW is de situatie precies tegenovergesteld: de verjaringstermijn voor een vordering o.g.v. bedrog is langer dan die voor een vordering o.g.v. non-conformiteit (zie par. 3).

50 Met dien verstande dat het GEKR ten opzichte van het nationale kooprecht prevaleert, zie art. 11 concept-Verordening, European Commission, Proposal for a Regulation of the

Indien er, onafhankelijk van de non-conformiteit, sprake is van een onrechtmatige daad, bijvoorbeeld omdat het product schade heeft veroorzaakt bij de koper, dan kan de koper zijn vordering tot schadevergoeding baseren op onrechtmatige daad. Voor deze vordering geldt naar Nederlands recht een verjaringstermijn van vijf jaar, zodra de benadeelde zowel met de schade als met de aansprakelijke persoon bekend is geworden (art. 3:310 lid 1 BW). Deze termijn is aanzienlijk langer dan de termijn die geldt voor contractuele remedies.

De jurisprudentie van de Hoge Raad volgend zou bij vorderingen die verband houden met conformiteit moeten worden aangesloten bij de verjarings-termijnen die van toepassing zijn op de contractuele vorderingsrechten.⁵¹ Daarmee zijn dus de termijnen uit het GEKR van toepassing, hetgeen implicaties heeft voor het aanvangsmoment (bekendheid bij consument-koper, aflevering bij professionele koper), het rechtsgevolg (verjaring of verval) en de duur van de termijn.⁵²

De keuze van partijen voor de termijnen uit het GEKR zou deze oplossing kunnen steunen, zeker als de koper een consument is. Dan ligt immers een door de Europese regelgever voorgeschreven formulier aan de rechtsverhouding ten grondslag waarin de korte verjaringstermijn uitdrukkelijk aan de orde komt, en wel in de volgende bewoordingen:

‘The contract you are about to conclude will be governed by the Common European Sales Law, which is an alternative system of national contract law available to consumers in cross border situations. These common rules are identical throughout the European Union, and have been designed to provide consumers with a high level of protection.’⁵³

Over de periode waarbinnen de koper zijn rechten uit kan oefenen wordt geschreven:

‘You have 2 years to claim your rights after you realise or should have realised that the trader has not done something as agreed in the contract. Where such problems become apparent very late, the last possible moment for you to make such a claim is 10 years from the moment the trader had to deliver the goods, supply the digital content or provide the related service.’⁵⁴

European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, Brussels 11.10.2011, COM (2011) 635.

51 Zie par. 3.

52 Zie uitgebreid par. 5.

53 Annex II (Standard Information Notice) bij het Verordeningvoorstel, COM (2011), 635, p. 114.

54 Annex II (Standard Information Notice) bij het Verordeningvoorstel, COM (2011), 635, p. 115.

Toch is ook een andere visie verdedigbaar, op grond waarvan aangesloten zou moeten worden bij de verjaringstermijnen uit artikel 3:310 BW. De Europese wetgever heeft immers geen aanwijzingen gegeven – zoals de Nederlandse wetgever bij artikel 7:23 BW wel heeft gedaan – dat GEKR-verjaringstermijnen ook voor vorderingen op grond van onrechtmatige daad zouden moeten gelden. Het uitgangspunt voor samenloopkwesties is nu eenmaal dat de eiser de keuze wordt gelaten een grondslag voor zijn vordering te kiezen. Als de keuze valt op een Nederlandse delictuele grondslag, dan is dat in beginsel inclusief de daarbij behorende verjaringstermijn.

Deze andere visie is van belang voor de verkoper, met name bij letselschade. Indien de benadeelde zijn vordering op een kwalitatieve aansprakelijkheid wil baseren – in verband met bewijsperikelen – terwijl de termijn van vijf jaar inmiddels is verstreken, zou hij zich dan kunnen beroepen op de lange verjaringstermijn van dertig jaar bij letselschade (art. 179 lid 3 GEKR)?⁵⁵ Wij kunnen ons voorstellen dat een rechter overweegt vast te houden aan de nationale verjaringstermijn die voor een vordering op grond van onrechtmatige daad is gegeven, en een desbetreffende vraag voorlegt aan het Hof van Justitie, met het verzoek te beoordelen of de voorgenomen uitspraak in lijn is met het effectiviteitsbeginsel. Wat ons betreft ligt een positieve beantwoording in de rede, aangezien de Europese regelgever er uitdrukkelijk voor kiest grote delen van het vermogensrecht buiten de reikwijdte van het GEKR te laten.⁵⁶ Bovendien staat het GEKR toe dat samenloop tussen non-conformiteit en onrechtmatige daad naar nationale criteria wordt beoordeeld.

Vergeleken met het Nederlandse recht zou een koper als Haras de Hus er onder het GEKR dus beter van af zijn, indien, zoals in zijn geval, de non-conformiteit kort na aflevering is ontdekt. Weliswaar dient een koper als Haras de Hus de verkoper daarover binnen redelijke termijn te informeren (art. 122 lid 1 GEKR), maar de vervaltermijn is veel langer: twee jaar na aflevering (art. 122 lid 2 GEKR), in plaats van binnen een bekwame tijd na ontdekking (art. 7:23 lid 1 BW). Dat deze termijnen ook gelden indien de koper zijn vordering baseert op onrechtmatige daad, ligt in de rede indien de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake verval en verjaring bij non-conformiteit wordt gevolgd. Een alternatieve redenering, waarin wordt vastgehouden aan de nationale voor schadevergoeding uit onrechtmatige daad geldende verjaringstermijn, is evenwel verdedigbaar.

55 De langste termijn uit het GEKR – bij letselschade – blijft echter onvermeld in de Standard Information Notice. Ook al wordt in de Notice gewaarschuwd dat het slechts om een opsomming gaat, toch zullen zowel het formulier als de tekst van het GEKR bij verkoper en koper de indruk wekken dat het gaat om een sluitend systeem van gemeenschappelijke Europese regels. Daarover eerder al kritisch: A.G. Castermans, 'De niet-welgeïnformeerde consument', *MvV* 2012/7-8, p. 218-220.

56 Europeesrechtelijke beginselen als effectiviteit en non-discriminatie kunnen wel een duidelijke rol spelen bij de uitleg van het GEKR, voor zover dat ziet op het contractenrecht.

7 ONEERLIJKE HANDELSPRAKTIJKEN

Was Haras de Hus een natuurlijke persoon die niet handelde in de uitoefening van een beroep op bedrijf, dan zou hij een vordering tot schadevergoeding hebben kunnen baseren op artikel 6:193b BW en volgende, de regeling van oneerlijke handelspraktijken. Deze heeft Europese wortels, de Europese richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Die regeling is erop gericht de consument te beschermen tegen misleiding bij het nemen van zijn beslissing tot het aangaan van een overeenkomst. Dat blijkt al uit de inleidende overweging 14 waarin onder misleidende handelspraktijken wordt verstaan die praktijken waarbij de consument wordt belet een geïnformeerde en dus efficiënte keuze te maken.⁵⁷ Daarmee lijkt de richtlijn gericht op het bevorderen van de contractuele autonomie. Toch is de regeling, althans in Nederland, geïmplementeerd in de sfeer van de onrechtmatige daad. Als oneerlijk wordt onder meer gezien de misleidende handelspraktijk (art. 6:193b lid 3 onder a) waaronder onder meer wordt verstaan de ‘misleidende omissie’ (art. 6:193d lid 1 BW). Van zo’n omissie is sprake, indien een handelaar essentiële informatie die de consument nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen, niet of op onduidelijke wijze verstrekt en de ‘gemiddelde consument’ daardoor een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen (art. 6:193d lid 3 BW).

Doordat de richtlijn is gericht op de ‘gemiddelde consument’ liggen samenloopproblemen op de loer. Verschillende leerstukken uit het contractenrecht bieden immers een grondslag om recht te doen aan de autonomie van contractspartijen, en dus aan de autonomie van de *individuele* consument. Indien de verkoper van een paard ten tijde van de verkoop het paard passage- en galopwisselingen laat uitvoeren zonder te zeggen dat het in werkelijkheid kreupel is, zou niet alleen sprake kunnen zijn van een oneerlijke handelspraktijk (misleidende omissie) maar ook van het schenden van een mededelingsplicht in het kader van dwaling (art. 6:228 BW) of non-conformiteit (art. 7:17 BW). Ook zou het misleidende gedrag van de handelaar een rol kunnen spelen bij de beoordeling van zijn beroep op de vervaltermijn van artikel 7:23 lid 1 BW of artikel 122 lid 2 GEKR, of bij de beoordeling van een beroep op een exonerationclausule.

Komt de regeling van oneerlijke handelspraktijken in Boek 6 BW exclusieve werking toe, omdat de richtlijn maximumharmonisatie beoogt (art. 4 van de richtlijn)?⁵⁸ Of kan de koper kiezen, omdat artikel 3 lid 2 van de richtlijn

57 Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad (*PbEU*2005, L 149/22).

58 Dat wil zeggen dat nationale regels die meer of minder bescherming bieden dan de richtlijn niet zijn toegestaan.

bepaalt dat de richtlijn 'het verbintenissenrecht en, in het bijzonder, de regels betreffende de geldigheid, de opstelling en de rechtsgevolgen van contracten onverlet [laat]'?

Met artikel 3 lid 2 van de richtlijn lijkt de keuzevrijheid van de consumenten wel vast te staan: zij kunnen bijvoorbeeld vernietiging op grond van dwaling nastreven, alsmede schadevergoeding vragen wegens oneerlijke handelspraktijken. De Nederlandse regering gaat hier ook van uit, blijkens haar reactie op de suggestie wettelijk vast te leggen dat een overeenkomst bij oneerlijke handelspraktijken vernietigbaar is:

'Een dergelijke bepaling zou kunnen worden gezien als een extra «sanctie» voor een handelaar. Wij zijn van mening dat een dergelijke bepaling niet noodzakelijk is, omdat wij veronderstellen dat met de vaststelling dat sprake is van een oneerlijke handelspraktijk, doorgaans tevens zal zijn voldaan aan de voorwaarden voor vernietiging van de overeenkomst op basis van een van de wettelijke vernietigingsgronden (Kamerstukken I 2007/08, 30 928, C, p. 3). Wij zijn echter bereid de ontwikkelingen te volgen en zo nodig de wet op basis van opgedane ervaringen aan te passen.'⁵⁹

Toch wordt in de literatuur gewaarschuwd voor de spanning tussen de maximumharmonisatiedoelstelling van de richtlijn enerzijds en het onverlet laten van het verbintenissenrecht anderzijds. Indien een geval van verzwijging naar Nederlands recht wel vernietiging op grond van dwaling oplevert, maar naar Europees recht niet een oneerlijke handelspraktijk, dan zou de strengere mededelingsplicht bij dwaling de harmoniserende werking van de regeling van oneerlijke handelspraktijken kunnen frustreren. Daarom zou volgens artikel 3 (2) van de richtlijn een vordering tot vernietiging op grond van dwaling alleen mogelijk zijn, indien ook een vordering tot schadevergoeding op grond van de regeling oneerlijke handelspraktijken succesvol zou zijn. Indien een bepaalde praktijk op grond van de regeling oneerlijke handelspraktijken ontoelaatbaar is, zou het niet mogelijk zijn om op grond van dwaling vernietiging van de overeenkomst te bewerkstelligen.⁶⁰

Het is niet denkbeeldig dat toepassing van beide regelingen tot verschillende uitkomsten leidt. De regeling oneerlijke handelspraktijken gaat immers uit van de 'gemiddelde consument', terwijl de dwaling de concrete partij als

⁵⁹ *Kamerstukken I, 2007–2008, 30 928, E, p. 3* (Nadere MvA).

⁶⁰ M.Y. Schaub, 'De invloed van de Wet OHP op dwaling', *NTBR* 2011/78. Verkade wijst op de een negatieve reflexwerking van de regeling oneerlijke handelspraktijken op de dwalingsregeling: D.W.F. Verkade, 'Misleidende en vergelijkende reclame, en oneerlijke handelspraktijken', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh en L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht* (Serie Onderneming en Recht, deel 42-II), Deventer: Kluwer 2007, p. 10-11.

uitgangspunt neemt. Weliswaar behoeven die verschillen niet groot te zijn⁶¹ en mag worden verwacht dat bij de toepassing van de twee leerstukken sprake zal zijn van reflexwerking,⁶² toch moet er rekening mee worden gehouden dat het resultaat uiteenloopt.⁶³ Het is dan ook terecht dat schrijvers aandacht vragen voor het samenloopprobleem, niet alleen in het kader van de samenloop met dwaling zoals Schaub doet, maar ook in het kader van de samenloop met andere regelingen. Zo onderzocht Pavillon de samenloop van oneerlijkheidsnormen – bijvoorbeeld inzake oneerlijke handelspraktijken en oneerlijke bedingen – en kwam ook tot de conclusie dat de oplossing niet duidelijk is.

Haar oplossing luidt dat steeds voor die norm moet worden gekozen die de consument de meeste bescherming biedt.⁶⁴ Dan is wat ons betreft keuzevrijheid de beste oplossing, omdat de belanghebbende consument in de concrete situatie het best kan bepalen welke oplossing voor hem het beste is, terwijl zowel zijn keuze als de keuze van de wederpartij kan worden getoetst aan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid.

Hiermee is het samenloopprobleem bij een oneerlijke handelspraktijk gegeven. Kwalificeert de casus eveneens voor een beroep op dwaling of onrechtmatige daad, dan zal de keuze voor verval- en verjaringstermijnen worden bepaald door het Nederlandse recht. Indien de consument in een contractuele rechtsverhouding staat tot de handelaar en de oneerlijke handelspraktijk

61 M.Y. Schaub 2011, par. 3.2 en 3.3, en K.J.O. Jansen 'Aansprakelijkheid voor onjuiste informatieverstrekking', *NTBR* 2013/7, par. 3.5.

62 Van Boom, Verkade en Castermans benadrukken het verschil tussen de subjectieve benadering (dwaling als wilsgebrek) en de objectieve benadering (gemiddelde consument bij oneerlijke handelspraktijken). Zie W.H. van Boom, 'Inpassing en handhaving van de Wet oneerlijke handelspraktijken', *TvC* 2008, p. 8-9, D.W.F. Verkade, *Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten* (Mon. BW; B49a), nr. 72, en A.G. Castermans ('Misleidende omissie bij het aangaan van overeenkomsten', *MvV* 2011, p. 206, over de reflexwerking van de regeling oneerlijke handelspraktijken op de leerstukken dwaling en uitleg) benadrukken het verschil tussen de subjectieve benadering (dwaling als wilsgebrek) en de objectieve benadering (gemiddelde consument bij oneerlijke handelspraktijken). Zie ook S. Whittaker, 'The relationship of the unfair commercial practices directive to European and national contract laws', in: S. Weatherill and U. Bernitz, *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29, New rules and new techniques*, Hart Publishing 2007, p. 140-144; C. Twigg-Flesner, *The Europeanisation of contract law, current controversies in law*, London: Routledge 2008, p. 52; T. Wilhelmsson, 'Scope of the Directive', in: G. Howells, H.W. Micklitz, T. Wilhelmsson, *European Fair Trading Law*, Aldershot: Ashgate 2006, p. 72-73.

63 A.G. Castermans en P.W. den Hollander 'Dwaling tussen publiek- en privaatrecht', *WPNR* 2012 (6940), p. 563-574, zien hiervoor een aanwijzing in HR 5 juni 2009, *NJ* 2012, 182 (*De Treek/Dexia*) m.nt. J.B.M. Vranken onder HR 5 juni 2009, *NJ* 2012, 184 (*GeSp/Aegon*), waar het een verschil tussen de beoordeling in het kader van dwaling en onrechtmatige daad betrof.

64 C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, p. 530.

betrekking heeft op de verwachtingen van de koper, dan zal artikel 7:23 BW de doorslag geven.⁶⁵

8 AFRONDING

Een veilingkoop met Europese dimensies vormde de aanleiding om het leerstuk samenloop nader te belichten. De casus laat zien met welke samenloopproblemen de Nederlandse rechter wordt geconfronteerd en hoe hij die oplost. Deze methode blijkt ook te kunnen worden gebruikt bij het bestuderen van nieuwe situaties van interactie, tussen Europees recht en nationaal privaatrecht. Vanzelfsprekend spelen Europeesrechtelijke beginselen als voorrang, directe werking en effectiviteit hierbij een rol. Toch kan ook bij deze samenloopproblemen een rol zijn weggelegd voor het leerstuk samenloop uit het nationale privaatrecht. Op voorhand kan immers niet worden uitgesloten dat een direct werkende Europese regel enige werking van een regel van nationaal recht toelaat: voorrang betekent niet per definitie exclusiviteit, ook niet als de nationale regel op het eerste gezicht conflicteert met de Europese. Het leerstuk blijkt nuttig om de samenloop van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en dwaling te benaderen en zelfs noodzakelijk om het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht af te stemmen met het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. Door nationale samenloopcriteria te gebruiken dient een oplossing zich aan.

65 Ervan uitgaande dat art. 7:23 BW niet in de weg staat aan de bescherming die de richtlijn oneerlijke handelspraktijken beoogt te bieden, en de toepassing van de in art. 7:23 BW opgenomen termijnen niet in conflict komen met het Europeesrechtelijke effectiviteitsbeginsel. Er is reden aan te nemen dat dit niet het geval is. In het kader van Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen (*PbEU*1999, L 171) wordt een vervaltermijn van twee maanden voor een beroep op non-conformiteit door een consument-koper immers acceptabel geacht (art. 5 lid 2); zie art. 7:23 lid 1 BW, eventueel te verlengen o.g.v. art. 7:23 lid 3 BW (zie par. 3).

5 | De nationale rechter en het internationale recht: de verbindendheid en toepassing van bepalingen uit verdragen

B.A. Kuiper-Slendeboek [■]

1 INLEIDING

In een meerlagige rechtsorde krijgt de rechter te maken met interpretatie- en toepassingsvragen aangaande internationale rechtsbronnen. Deze bijdrage gaat over de ‘een ieder verbindende bepalingen van verdragen’ in de zin van de artikelen 93 en 94 van de Grondwet.

Een verdrag legt afspraken tussen staten vast. Volgens het beginsel *pacta sunt servanda* – opgenomen in artikel 26 Weens Verdragenverdrag¹ – zijn staten door de ondertekening van een verdrag gebonden de hierin opgenomen afspraken na te komen. Een internationaal gesloten verdrag is van toepassing binnen een staat volgens de daarvoor in het nationale recht gestelde regels. In Nederland wordt deze doorwerking beheerst door de Grondwet – met name de artikelen 91, 93, 94 en 120 – en de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen. Artikel 93 van de Grondwet luidt als volgt:

‘Bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties, die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden, hebben verbindende kracht nadat zij zijn bekendgemaakt.’

Ook in artikel 94 Grondwet wordt de term ‘een ieder verbindende bepalingen’ gebruikt, ditmaal om aan te geven dat het mogelijk is om deze bepalingen voorrang te geven op nationale wettelijke voorschriften.² Door rechters en in de literatuur gebruikte synoniemen voor ‘een ieder verbindend’ zijn ‘directe werking’ en ‘rechtstreekse werking’.³ Particulieren kunnen op deze bepalingen

■ B.A. Kuiper-Slendeboek is promovenda bij de afdeling internationaal privaatrecht, Universiteit Leiden. Zij doet onderzoek naar het gebruik van internationale rechtsbronnen in de Nederlandse rechtspraak.

1 Trb. 1972, 51.

2 Artikel 94 GW: Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.

3 Zie onder andere: Rapport Staatscommissie Grondwet, november 2010, p. 130-131.

een rechtstreeks beroep doen bij de rechter. Gegeven de verschillende categorieën – er bestaan bepalingen die een ieder verbinden en dus ook bepalingen die dit niet doen – rijst de vraag hoe de rechter hier onderscheid in maakt. Hoe beoordeelt hij of er sprake is van een ‘een ieder verbindende bepaling’ en hoe gaat hij om met bepalingen die *niet* een ieder verbinden?

Als invalshoek voor deze analyse wordt gebruik gemaakt van de Nederlandse rechtspraak over het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (hierna: IVESCR of Verdrag).⁴ Dit verdrag behoort tot de zogenoemde *International Bill of Rights*.⁵ Het is opgesteld door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties en aangenomen op 19 december 1966.⁶ Nederland heeft het Verdrag op 25 juli 1969 ondertekend en op 11 december 1978 geratificeerd. Het is tegelijk met het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (hierna: IVBPR) op 11 maart 1979 in werking getreden. Bij de ondertekening van het Verdrag zijn door Nederland – behalve voor artikel 8 lid 1(d) betreffende het onthouden van stakingsrecht aan ambtenaren op de Nederlandse Antillen – geen voorbehouden gemaakt.⁷ Dit betekent dat Nederland aan alle bepalingen van het IVESCR is gebonden.

In de aanloop naar ratificatie van het Verdrag heeft de Nederlandse regering opgemerkt – gebaseerd op jurisprudentie van de Hoge Raad⁸ – dat bepalingen van het IVESCR in het algemeen niet een ieder verbindend zijn.

‘[A]ard en inhoud (...), alsmede de formulering van de artikelen, wijzen uit dat het verdrag is afgestemd op geleidelijke en toenemende verwezenlijking door middel van wetgeving en andere uitvoeringsmaatregelen.’⁹

De uitspraken die de rechter doet wanneer een beroep op het IVESCR is gedaan, geven inzicht in de werkwijze van de rechter bij het bepalen van de verbindendheid van verdragsbepalingen en de toepassing van niet verbindende verdragsbepalingen. In vrijwel alle uitspraken na inwerkingtreding van het Verdrag wordt door de rechter vastgesteld dat de verdragsbepalingen van het IVESCR niet een ieder verbindend zijn (paragraaf 2). Ter onderbouwing van dit oordeel wordt naast de bewoordingen en de context van het Verdrag

4 Gekozen is voor een internationaalrechtelijk verdrag. De doorwerking van het recht van de Europese Unie wordt sinds het Rusttijdenarrest (HR 2 november 2004, *LJN* AR1797; *NJ* 2005, 80, m.nt. E.A. Alkema) bepaald door regels van de autonome communautaire rechtsorde, en dus niet via de ‘een ieder verbindendheid’ van artikel 93 en 94 van de Grondwet.

5 De *International Bill of Rights* bestaat naast het IVESCR uit de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (10 december 1948) en het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten.

6 *Trb.* 1969, 100.

7 *Kamerstukken II* 1975/76, 13 932, nr. 3, p. 60 (MvT).

8 *Kamerstukken II* 1975/76, 13 932, nr. 3, p. 12. Genoemd worden de arresten HR 28 november 1961, *NJ* 1962, 90 en HR 25 april 1967, *NJ* 1968, 63.

9 *Kamerstukken II* 1975/76, 13 932, nr. 3, p. 13.

ook het standpunt van de regering aangedragen. Dit neemt niet weg dat deze bepalingen wel een zekere invloed kunnen hebben via de rechtspraak. Er zijn hiertoe twee methoden te onderscheiden. De eerste methode is het toekennen van betekenis aan deze bepalingen bij het toepassen en uitleggen van andere nationale en internationale bepalingen (paragraaf 3.2). De tweede methode is het betekenis toekennen aan de minimumnormen van niet een ieder verbindende bepalingen die ten grondslag liggen aan nationaal recht (paragraaf 3.3).

2 DE UITGANGSPUNTEN VOOR HET BEPALEN VAN DE VERBINDENDHEID

2.1 Inleiding

De criteria voor het bepalen van de verbindendheid van IVESCR-bepalingen zijn voor het eerst geformuleerd in de bestuursrechtspraak.¹⁰ Ook de Hoge Raad spreekt zich vlak na de inwerkingtreding van het Verdrag een aantal keer uit over de verbindendheid van de IVESCR-bepalingen. Hij oordeelt in straf- en civiele zaken vrijwel steeds dat het IVESCR geen een ieder verbindende bepalingen bevat gezien de adressering van het Verdrag aan staten en de verplichting van de overheid om de in het Verdrag vervatte grondrechten nader uit te werken.¹¹ Deze impliciete verwijzing naar de rol van de wetgever wordt al snel uitgebreid door het geven van criteria voor het bepalen van de verbindendheid van verdragsbepalingen. De uitspraken en criteria van beide rechtscolleges worden besproken in de volgende paragrafen.

2.2 De Centrale Raad van Beroep: aard en inhoud, casus en context

In 1984 speelt een zaak tussen het bestuur van het Academisch Ziekenhuis bij de Universiteit van Amsterdam en diens werknemers over de inhouding van salarissen als gevolg van de Wet interim inhouding salarissen onderwijs (WIISO). In andere (Amsterdamse) ziekenhuizen kennen vergelijkbare functies volgens landelijke regelingen hogere salarissen. De inhouding van salarissen wordt in eerste aanleg door het Ambtenarengerecht nietig verklaard wegens schending van artikel 7 (1)(i) IVESCR, een 'een ieder verbindende verdragsbepaling'.¹² In 1986 wordt in hoger beroep anders geoordeeld. De Centrale Raad van Beroep haalt het in de Memorie van Toelichting weergegeven uitgangspunt

10 Zie ook A.T.J.M. Jacobs, *De rechtstreekse werking van internationale normen in het sociaal recht*, Geschriften van de vereniging voor arbeidsrecht, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1985, p. 18.

11 Onder andere in HR (strafkamer) 15 januari 1980, NJ 1980, 245, HR 17 oktober 1980, LJN AD6554, NJ 1981, 141 en HR (strafkamer) 6 december 1983, LJN AB9594, NJ 1984/557.

12 Ambtenarengerecht Amsterdam 12 maart 1984, m.nt. A.W. Heringa, NJCM-bulletin 1984, p. 245-252.

van de regering aan dat de materiële bepalingen van het IVESCR in het algemeen geen rechtstreekse werking hebben.¹³ De Centrale Raad vindt het echter te ver gaan om aan deze bepalingen nooit rechtstreekse werking toe te kennen. Volgens hem

‘behoeft het niet bij voorbaat uitgesloten te worden geacht dat zich situaties voordoen waarin genoemde verdragsbepaling zich naar haar aard voor rechtstreekse toepassing en dus voor rechtstreekse rechterlijke toetsing leent.’¹⁴

Gezien het ‘stadium van de rechtsontwikkeling’ geeft de Centrale Raad geen specifieke handelswijze voor het bepalen van de rechtstreekse toepassing van (artikel 7(a)(i) van) het IVESCR.¹⁵ Dit is volgens hem afhankelijk van de aard van de bepaling, de aard van de inbreuk en de omstandigheden van het geval. Voor dit laatste acht de Centrale Raad van belang in hoeverre ‘sprake is van een wezenlijke dan wel slechts van een perifere aantasting van het verdragsartikel’, of het gaat om het handhaven van een nog steeds bestaande ongelijkheid of het ongedaan maken van een reeds bestaande gelijkheid en hoe de ‘maatschappelijke en juridische context’ waarbinnen het verdragsartikel moet functioneren, gestructureerd is.¹⁶

De Centrale Raad vindt de feitelijke gegevens in deze zaak onvoldoende voor het doen van een uitspraak en besluit dat nadere inlichtingen ingewonnen moeten worden. In 1989 wordt de zaak met een college bestaande uit twee dezelfde rechters en één nieuwe rechter voortgezet. De Centrale Raad oordeelt dat de vraag naar de rechtstreekse werking volgens de artikelen 93 en 94 van de Grondwet moet worden beantwoord aan de hand van de verdragsbepalingen zelf. Hij preciseert de door hem in 1986 gedane uitspraak en stelt zwaardere criteria vast:

‘[D]e rechtstreekse werking van enige bepaling van het IVESCR [is] een volstreekte uitzondering op het algemene karakter van dit verdrag.’¹⁷

Van een ‘volstreekte uitzondering’ is volgens de Centrale Raad alleen sprake wanneer de bepaling naar aard en inhoud en door een ‘toereikende duidelijkheid en toegespittheid zich voor rechtstreekse werking leent’ en daarnaast

13 *Kamerstukken II* 1975/76, 13 932, nr. 3, p. 12-13 (MvT).

14 CRvB 3 juli 1986, *LJN* AM9384, *AB* 1987/299, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens, par. II.

15 Artikel 7(a)(i) IVESCR: De Staten die partij zijn bij dit Verdrag erkennen het recht van een ieder op billijke en gunstige arbeidsvoorwaarden, die in het bijzonder het volgende waarborgen: (a) Een beloning die alle werknemers als minimum het volgende verschaft: (i) Een billijk loon en gelijke beloning voor werk van gelijke waarde zonder onderscheid van welke aard ook; in het bijzonder dienen aan vrouwen arbeidsvoorwaarden te worden gewaarborgd die niet onderdoen voor die welke op mannen van toepassing zijn, met gelijke beloning voor gelijk werk.

16 CRvB 3 juli 1986, *LJN* AM9384, *AB* 1987/299, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens, par. II.

17 CRvB 16 februari 1989, *LJN* AN0328, *AB* 1989, 164, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens, par. II.

de 'casus waarop en de context waarin' toepassing van de bepaling wordt gevraagd 'voldoende gestructureerd en geconcretiseerd is om een dergelijke rechtstreekse en afdwingbare toepassing verantwoord te doen zijn'.¹⁸

In deze beschouwing over criteria die de rechter vaststelt voor het bepalen van de een ieder verbindendheid van verdragsbepalingen is een uitleg van het criterium 'context' van belang. Dit vanwege de verschillende wijzen waarop dit criterium door de Centrale Raad wordt gebruikt. In 1986 noemt de Centrale Raad het criterium 'context' naast de criteria 'aard' en 'inhoud' met als doel vast te stellen of een verdragsbepaling een ieder verbindend is. De context is inderdaad van belang wanneer een verdragsbepaling alleen ziet op bepaalde gevallen of omstandigheden. De 'context' is dan een criterium voor de een ieder verbindendheid van de verdragsbepaling gezien diens aard en inhoud. Een andere invulling van het begrip 'context' is ook mogelijk. Dit is het geval wanneer door middel van de context van het geval niet de *verbindendheid* van een verdragsbepaling, maar de concrete wijze van *toepassing* wordt bepaald. Deze hantering van het begrip 'context' liggen in elkaars verlengde. Fleuren hanteert twee benamingen voor deze rollen van de context bij het bepalen van de verbindendheid van verdragsbepalingen. Bij een dichotome benadering is de verbindendheid inherent aan de bepaling zelf, terwijl bij de contextuele benadering de omstandigheden van het geval de verbindendheid bepalen.¹⁹

Het belang van dit onderscheid wordt duidelijk door de verdere redenering van de Centrale Raad. Hij voegt in 1989 een extra element toe aan het in 1986 vastgestelde criterium 'context': rechtstreekse werking kan niet snel worden aangenomen wanneer gelijke gevallen niet onder hetzelfde gezag ressorteren. Volgens de Centrale Raad is een ieder verbindendheid van deze verdragsbepalingen alleen mogelijk wanneer een voor de ongelijkheid verantwoordelijke instantie kan worden aangewezen die deze ongelijkheid kan opheffen.²⁰ De Centrale Raad gebruikt hier de omstandigheden van het geval om de verbindendheid van een bepaling uit het IVESCR vast te stellen.²¹ Het ontbreken van een 'bevoegd gezag' acht hij daarmee bepalend voor de een ieder verbindendheid van de verdragsbepaling. De praktische aspecten bij het oplossen van een schending van een verdragsbepaling zouden echter geen rol moeten spelen voor het vaststellen van de verbindendheid van deze bepaling.²² Dit wordt ook door Hennekens beaamd in zijn noot: de redenering van de Centrale Raad

18 CRvB 16 februari 1989, LJN AN0328, AB 1989, 164, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens, par. II.

19 J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004, o.a. p. 410.

20 CRvB 16 februari 1989, LJN AN0328, AB 1989, 164, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens, par. II.

21 In dit geval is volgens Fleuren sprake van een contextuele benadering. Fleuren 2004, p. 410.

22 Zie ook artikel 27 Weens Verdragenverdrag: de nationale situatie mag geen excuus zijn voor het niet uitvoeren van verdragen.

van Beroep acht hij ‘niet relevant’.²³ Ook volgens de Hoge Raad moet het antwoord op de vraag of een bepaling een ieder verbindend is worden gevonden ‘aan de hand van het desbetreffende verdrag of de inhoud van de verdragsbepaling zelf’.²⁴

Samengevat zijn uit de zaken bij de Centrale Raad de volgende criteria voor rechtstreekse werking te onderscheiden. Allereerst de aard en inhoud van de verdragsbepaling. Deze moeten voldoende bepaalbaar zijn. Daarbij is voor de verbindendheid van een verdragsbepaling van belang dat de casus en de context waarop deze betrekking heeft voldoende gestructureerd en geconcretiseerd zijn. De Centrale Raad onderschrijft in beide uitspraken nadrukkelijk het standpunt van de regering bij de totstandkoming van de goedkeuringswet, zoals verwoord in de Memorie van Toelichting.

De criteria aard, inhoud en context zijn in de rechtspraak van de Centrale Raad nog steeds leidraad voor het bepalen van de verbindendheid van een verdragsbepaling. Aangaande het IVESCR leiden ze meestal tot het oordeel dat een verdragsbepaling niet een ieder verbindend is.²⁵

2.3 De Hoge Raad: bewoordingen, geschiedenis en bepaalbaarheid

Net als de Centrale Raad van Beroep legt de Hoge Raad nadruk op de bepaalbaarheid van de inhoud en de bewoordingen van verdragsbepalingen voor het beoordelen van de verbindendheid. In het Harmonisatiewetarrest uit 1989 oordeelt de Hoge Raad dat artikel 13 IVESCR over het recht op onderwijs geen een ieder verbindende bepaling is.²⁶ Dit concludeert hij op de volgende gronden:

‘Dat het hier niet om een ieder verbindende bepalingen gaat, blijkt reeds uit hun bewoordingen: art. 13 lid 2 zegt onder c dat het hoger onderwijs ‘door middel van alle passende maatregelen en in het bijzonder door geleidelijke invoering van kosteloos onderwijs’ ‘toegankelijk dient te worden gemaakt’. (...) Bovendien gaat

23 CRvB 16 februari 1989, *LJN* AN0328, *AB* 1989, 164, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens. Overigens wijt Hennekens deze vergaande redenering aan het verschil in betekenis van de termen ‘rechtstreekse werking’ – de concrete toepassing van de verdragsbepaling – en ‘een ieder verbindend’ – het inherente karakter van de verdragsbepaling. De Centrale Raad gebruikt alleen de term ‘rechtstreekse werking’, wat volgens Hennekens tot verwarring over de precieze betekenis heeft geleid. De Centrale Raad gebruikt de term ‘rechtstreekse werking’ echter consequent, ook als het gaat om het bepalen van de ‘verbindendheid’ zoals bedoeld in de artikelen 93 en 94 van de Grondwet. Daarom is dit niet met zekerheid als enige oorzaak voor deze redenering aan te wijzen.

24 HR 30 oktober 2009, *LJN* BJ0655, *NJ* 2009, 540.

25 Bijvoorbeeld: CRvB 6 juli 1989, *LJN* AK3372, *TAR* 1989/201; Rb. ‘s-Gravenhage 7 juli 2006, *LJN* AY1710, *NJ* 2006/526; RvS 22 januari 2007, *JV* 2007, 96; HR 1 april 2011, *LJN* BP3044, *NJ* 2011/354, m.nt. M.R. Mok, r.o. 3.3.3 (*Clara Wichmann/Staat*).

26 HR 14 april 1989, *LJN* AD5725, *NJ* 1989/469, m.nt. M. Scheltema.

het hier om bepalingen die betrekking hebben op door de overheid jegens burgers te verrichten prestaties; dergelijke bepalingen kunnen in het algemeen bezwaarlijk zonder nadere uitwerking in de rechtsorde functioneren, zodat rechtstreekse werking niet voor de hand ligt.²⁷

Naast de bewoordingen en strekking verwijst de Hoge Raad naar de Memorie van Toelichting bij de Wet tot goedkeuring van het Verdrag waarin de regering heeft opgemerkt dat de verdragsbepalingen in het algemeen geen rechtstreekse werking hebben.²⁸

Een jaar later, in 1990, herhaalt de Hoge Raad de criteria 'bewoordingen' en 'strekking' om daarmee de een ieder verbindendheid van artikel 7(a)(i) IVESCR te ontkennen. Dit doet hij in een zaak tussen het NWO en diens werknemer over de korting van salarissen op grond van de WIISO. Voor de een ieder verbindendheid van bepalingen is de bepaalbaarheid van de inhoud en de bewoordingen leidend. Daarnaast is voor hem van belang dat het Verdrag gericht is aan de overheid en dat het in eerste instantie de wetgever is die zorg draagt voor implementatie van het Verdrag. Hij legt extra nadruk op de bevestiging van deze opvatting in de Memorie van Toelichting bij het Verdrag.²⁹

De Hoge Raad acht echter ook de geschiedenis van de totstandkoming van het verdrag van belang. In een zaak uit 1986 over het stakingsrecht van medewerkers van de Nationale Spoorwegen redeneert hij over de rechtstreekse werking van het Europees Sociaal Handvest:

'Of de verdragsluitende Staten al dan niet hebben beoogd (...) directe werking toe te kennen, is niet van belang nu noch uit de tekst, noch uit de geschiedenis van de totstandkoming van het Verdrag valt af te leiden dat zij zijn overeengekomen dat (...) die werking niet mag worden toegekend. Bij deze stand van zaken is naar Nederlands recht enkel de inhoud van de bepaling zelf beslissend: verplicht deze de Nederlandse wetgever tot het treffen van een nationale regeling met bepaalde inhoud of strekking, of is deze van dien aard dat de bepaling in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht kan functioneren?'³⁰

Deze criteria worden nog steeds toegepast. In 2011 komt de verbindendheid van artikelen uit het Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen aan de orde. De Hoge Raad citeert bijna letterlijk de tekst uit het arrest van 1986:

27 HR 14 april 1989, *LJN* AD5725, *NJ* 1989/469, m.nt. M. Scheltema, r.o. 5.3.

28 HR 14 april 1989, *LJN* AD5725, *NJ* 1989/469, m.nt. M. Scheltema, r.o. 5.3.

29 HR 20 april 1990, *LJN* AD1098, *NJ* 1992/636, m.nt. E.A. Alkema, r.o. 3.2.

30 HR 30 mei 1986, *LJN* AC9402, *NJ* 1986/688, m.nt. P.A. Stein, r.o. 3.2 (*Stakingsrecht NS-personeel*).

‘Nu noch uit de tekst, noch uit de geschiedenis van de totstandkoming (...) valt af te leiden dat de verdragsluitende Staten zijn overeengekomen dat (...) geen rechtstreekse werking mag worden toegekend, is (...) de inhoud van de bepaling beslissend: verplicht deze de Nederlandse wetgever tot het treffen van een nationale regeling met bepaalde inhoud of strekking, of is deze van dien aard dat de bepaling in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht kan functioneren. Van belang is of een bepaling onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is om door de rechter te worden toegepast.’³¹

Nadat gekeken is naar de bewoordingen van de bepaling en de geschiedenis van de totstandkoming van een verdrag is de inhoud van een verdragsbepaling bepalend voor de verbindendheid. Deze hangt volgens de Hoge Raad af van de bepaalbaarheid van inhoud en strekking.

2.4 De maatstaf van analoge verdragsbepalingen

Naast de in paragraaf 2.1 en 2.2 genoemde criteria relateert de rechter de verbindendheid van bepalingen uit het IVESCR aan de al dan niet verbindendheid van gelijkkluidende bepalingen uit andere, rechtstreeks werkende verdragen.

Het Ambtenarengerecht Amsterdam verwijst in zijn uitspraak in 1984³² naar de Memorie van Toelichting bij de goedkeuring van het IVESCR en het IVBPR waarin de volgende overweging is opgenomen:

‘Het zou immers weinig aannemelijk zijn indien bepaalde artikelen uit het Europese Verdrag *wel* en analoge, soms vrijwel identieke, artikelen uit het onderhavige verdrag *niet* als een ieder verbindende bepalingen zouden moeten worden aange-merkt.’³³

Hiermee wordt bedoeld op bepalingen uit het EVRM en de bepalingen van het IVBPR. Anders dan voor deze bepalingen uit het IVBPR zijn volgens de regering voor de verwezenlijking van het IVESCR veelal uitvoeringsmaatregelen vereist.³⁴ Desalniettemin komt de algemene regel ‘gelijke bepalingen, gelijke werking’ hier duidelijk naar voren.

Eenzelfde werkwijze is te vinden in een arrest van de Hoge Raad uit 1990. De Hoge Raad komt tot de conclusie dat artikel 7(a)(i) IVESCR niet een ieder

31 HR 1 april 2011, *LJN* BP3044, *NJ* 2011/354, m.nt. M.R. Mok, r.o. 3.3.3 (*Clara Wichmann/Staat*).

32 Ambtenarengerecht Amsterdam 12 maart 1984, m.nt. A.W. Heringa, *NJCM-bulletin* 1984, p. 245-252. De uiteindelijke vaststelling van de een ieder verbindendheid van de verdragsbepaling is door het gerecht op een andere wijze beargumenteerd. Dit wordt besproken in par. 3.2.

33 *Kamerstukken II* 1975/76, 13 932, nr. 3, p. 13 (MvT).

34 *Kamerstukken II* 1975/76, 13 932, nr. 3, p. 13 (MvT).

verbindend is aan de hand van de inhoud en bewoordingen van de verdragsbepaling en de Memorie van Toelichting. Daarnaast refereert hij aan het Europees Sociaal Handvest³⁵ (hierna: ESH), dat een gelijksoortige bepaling bevat als artikel 7(a)(i) IVESCR.³⁶ Het ESH-artikel erkent het recht van mannelijke en vrouwelijke werknemers op gelijke beloning voor arbeid van gelijke waarde, maar bevat geen algemene erkenning van gelijke beloning voor gelijke arbeid zoals wel is opgenomen in artikel 7(a)(i) IVESCR. Mede gezien het feit dat de waarborg uit het IVESCR verder gaat dan hetgeen is neergelegd in een soortgelijk artikel uit het ESH is het volgens de Hoge Raad aannemelijk dat de waarborg uit het IVESCR niet meer omvat dan 'een doelstelling waarnaar gestreefd dient te worden'.³⁷ De Hoge Raad haalt een bijna identieke, verbindende verdragsbepaling aan en gebruikt deze als maatstaf voor het bepalen van de doorwerking van een niet verbindende bepaling uit het IVESCR.

Om te komen tot een uitspraak over de verbindendheid van een verdragsbepaling worden in bovenstaande zaken verdragsbepalingen die niet een ieder verbinden vergeleken met analoge bepalingen die wel een ieder verbinden. Het vaststellen van verbindendheid via analoge, een ieder verbindende bepalingen is een voor de hand liggende methode. Wanneer het gaat om rechtsregels die overeenkomen met de regels uit verdrag A, welke al geïmplementeerd zijn door de wetgever of waaraan reeds rechtstreekse werking is toegekend, versnelt en vergemakkelijkt dit de doorwerking van gelijklopende regels uit verdrag B zonder in strijd te zijn met reeds bestaande wetgeving. Tegelijkertijd kan deze werkwijze de rechter ook op het verkeerde been zetten. Het arrest van de Hoge Raad is hier een voorbeeld van. In casu beperkt (mede) het ESH de verbindende werking van bepalingen uit het IVESCR: omdat het ESH een beperktere inhoud heeft, wordt aan de ruimere bepaling van het IVESCR geen een ieder verbindende kracht toegekend.³⁸ Het ene verdrag kan het andere echter niet zonder meer uitsluiten. Een dergelijk verschil tussen verdragsbepalingen kan heel goed de intentie van verdragspartijen zijn geweest. Er kan ook sprake zijn van voortschrijdend inzicht. Een inhoudelijk verschil zou dan geen belemmering mogen vormen voor toepassing van een verdrag. Het is van belang dat de rechter de verbindendheid van verdragsbepalingen ook op zichzelf staand beoordeelt, en niet alleen in vergelijking met een ander verdrag.

In het arrest van de Hoge Raad is de vergelijking tussen het ESH en het IVESCR niet doorslaggevend. Het is slechts een van de vier redenen om het IVESCR niet als een ieder verbindend te beschouwen. Opvallend is dat de Hoge Raad deze werkwijze niet nogmaals gebruikt. In 2004 citeert hij – eveneens in een zaak over gelijke behandeling – de overwegingen uit dit arrest aangaan-

35 Eerste versie: *Trb.* 1962, 3.

36 HR 20 april 1990, *LJN* AD1098, *NJ* 1992/636, m.nt. E.A. Alkema, r.o. 3.2.

37 HR 20 april 1990, *LJN* AD1098, *NJ* 1992/636, m.nt. E.A. Alkema, r.o. 3.2.

38 E.A. Alkema in zijn noot bij HR 20 april 1990, *LJN* AD1098, *NJ* 1992, 636.

de inhoud, bewoordingen en Memorie van Toelichting, waarna de conclusie wordt getrokken dat het IVESCR geen rechtstreekse werking heeft maar een doelstelling is waarnaar moet worden gestreefd.³⁹ De passage over het ESH wordt uitdrukkelijk niet geciteerd. Ook in andere uitspraken komt deze werkwijze niet meer voor. Blijkbaar is deze niet onomstreden.

2.5 Kanttekening: het gebruik van de Memorie van Toelichting

In bovenstaande zaken is de Memorie van Toelichting een door de rechter veelgebruikt hulpmiddel voor een inzicht in de strekking van bepalingen uit het Verdrag. Alhoewel parlementaire stukken een goede bron kunnen zijn bij de toepassing van een verdrag in het algemeen, behoeft het gebruik voor een uitleg van het IVESCR in het bijzonder enige nuancering.

Het IVESCR is een multilateraal verdrag: het is opgesteld door de verdragssluitende partijen gezamenlijk. Het standpunt van de Nederlandse regering, zoals weergegeven in de Memorie van Toelichting, is daarom niet zonder meer bepalend voor de vaststelling van de bedoeling van al de verdragssluitende partijen. Dat de opvattingen van de regering en verdragssluitende partijen kunnen botsen wordt duidelijk door de gespreksverslagen en aanbevelingen van het Economisch en Sociaal Comité, ingesteld om de naleving van het IVESCR te beoordelen. Illustratief is het volgende citaat:

‘Mr. Sadi said he disagreed with the Netherlands Government’s view that the provisions of the Covenant did not directly give rise to legal obligations and asked whether the Netherlands Government was prepared to give consideration to this view. (...) Mr. Pillay, noting that the Dutch section of the International Commission of Jurists considered that the Covenant was only marginally, if at all, taken into consideration in the legislative and policy-making process at the national level, asked how, if that was so, the Netherlands Government could be said to be complying with its obligations under the Covenant. (...) Mr. van Rijssen (Netherlands) said that, (...) (i)n his country’s system, the question of the effectiveness of steps taken to discharge an obligation was considered a matter for Parliament rather than for the judiciary. Of course, if the State failed to discharge its obligation altogether, an individual who believed that his or her human rights had been violated as a result could bring the matter before the courts. (...) Mr Sadi, pointing out that articles 1, 3 and certain other of the two International Covenants⁴⁰ were identical, urged the Netherlands Government to reconsider its position.’⁴¹

De opmerking van Sadi maakt duidelijk dat de stelling van Nederland dat het verdrag geen juridische verplichtingen inhoudt, onjuist is. Daarnaast wordt

39 HR 30 januari 2004, *LJN* AM2312, *NJ* 2008/536, m.nt. E. Verhulp, r.o. 2.8.

40 Bedoeld worden het IVBPR en IVESCR.

41 UN Documents E/C.12/1998/SR.13, 7 mei 1998, par. 10-28.

het IVESCR gelijkgesteld met het IVBPR, iets dat in de Memorie van Toelichting niet wordt erkend. Kort na deze sessie wordt de Nederlandse regering aangespoord zijn verantwoordelijkheid te nemen en zo snel mogelijk gevolg te geven aan bepalingen uit het IVESCR:

‘(T)he Committee considers that, at a minimum, certain provisions of the Covenant are potentially able to be directly applied both in law and in policy. It therefore cannot accept the assertion by the representative of the State party that “for essentially technical reasons the Covenant ... is not directly applicable”.’⁴²

Na een soortgelijke bijeenkomst in 2010 herhaalt het Comité zijn bezorgdheid:

‘Given the fact that the State party follows a monist system, whereby international treaties are directly applicable, the Committee reiterates its concern that some provisions of the Covenant are not self executing and enforceable in the State party and that they have not been admitted by courts to substantiate legal claims relating to economic, social and cultural rights.’⁴³

Het gegeven dat de regering in zijn Memorie van Toelichting niet per se het standpunt van de opstellers van het Verdrag inneemt – althans niet het standpunt dat het verdragscomité van belang acht – maakt dat een rechterlijke beslissing aan de hand van de bedoeling van het verdrag zoals dit door de Nederlandse regering is verwoord in de Memorie van Toelichting niet altijd de juiste hoeft te zijn.

2.6 Kortom

De verbindendheid van verdragsbepalingen wordt door de rechter bekeken op basis van de geschiedenis, bewoordingen, aard en strekking van de betrokken verdragsbepaling. Wanneer een verdragsbepaling een ieder verbindend wordt geacht, kan hierop door de burger een rechtstreeks beroep worden gedaan. De rechter kan dan strijdige nationale bepalingen buiten toepassing laten. Is een verdragsbepaling niet verbindend, dan wordt deze door de rechter niet in aanmerking genomen bij het beoordelen van de zaak die voorligt. Dit

⁴² UN Documents E/C.12/1/Add.25, 16 juni 1998, par. 11.

⁴³ UN Documents E/C.12/NDL/CO/4-5, 9 december 2010, par. 6. In een monistisch systeem vormen internationaal en nationaal recht één rechtssysteem en werkt internationaal recht rechtstreeks door in het nationale recht. In een dualistisch systeem zijn het internationale en nationale recht gescheiden rechtssystemen en moet internationaal recht eerst omgezet worden in nationaal recht. Nederland kent een gematigd monistisch systeem dat onder andere tot uitdrukking komt in de artikelen 93 en 94: internationaal recht werkt rechtstreeks, maar onder de voorwaarde van een ieder verbindendheid. Volgens het Comité zijn de genoemde bepalingen een ieder verbindend en dus rechtstreeks werkend, maar door de Nederlandse rechter worden ze niet op deze wijze benaderd.

betekent niet dat deze bepalingen geen enkele invloed hebben op het oordeel van de rechter. In de volgende paragraaf wordt deze invloed uiteengezet.

3 METHODEN VOOR HET TOEPASSEN VAN NIET EEN IEDER VERBINDENDE BEPALINGEN

3.1 Inleiding

Hoewel de heersende leer ten aanzien van bepalingen uit het IVESCR is dat deze bepalingen niet een ieder verbindend zijn, eindigt hiermee de invloed van deze verdragsbepalingen niet. In deze paragraaf wordt aandacht besteed aan twee methoden die de rechter gebruikt om aan de niet een ieder verbindende verdragsbepalingen een zekere betekenis toe te kennen.

3.2 Betekenis via de uitleg en toepassing van andere bepalingen

De eerste methode houdt in dat verdragsbepalingen die niet een ieder verbinden een rol van betekenis kunnen spelen bij de uitleg van andere bepalingen van internationale en nationale wet- en regelgeving. In 1993 is een zaak bij de Hoge Raad aanhangig waarin door ongehuwde vrouwelijke leerkrachten opgekomen wordt tegen de regeling dat gehuwde mannelijke leerkrachten meer betaald krijgen vanwege zogenoemde onderhoudsverplichtingen. Verweerders zijn het schoolbestuur en het Eilandgebied Curaçao. Door eiseressen tot cassatie worden bepalingen uit twee verschillende verdragen los van elkaar als cassatiemiddel gebruikt: ten eerste artikel 2, tweede lid, in verband met artikel 7 IVESCR en ten tweede artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR).⁴⁴ Beide gaan over ongelijke behandeling. Advocaat-Generaal Koopmans acht toetsing aan het een ieder verbindende artikel 26 IVBPR voldoende. Het beroep op het IVESCR hoeft wat hem betreft niet te worden behandeld aangezien het Verdrag geen rechtstreekse werking heeft.⁴⁵ De Hoge Raad behandelt het beroep op het IVESCR echter wel en komt tot de volgende conclusie:

‘[Artikel 7 IVESCR mist] rechtstreekse werking (...) maar de waarborg van een gelijke beloning voor gelijke arbeid in het IVESCR is wel een doelstelling waarnaar gestreefd dient te worden. Hiermee zou niet stroken om al te snel aan te nemen dat

44 HR 7 mei 1993, *LJN* ZC0955, *NJ* 1995/259, m.nt. E.A. Alkema. Ook de ARRS oordeelde eerder al dat bepalingen uit het IVBPR en IVESCR in combinatie met elkaar tot bescherming van bepaalde rechten leiden. Bijvoorbeeld ARRS 10 mei 1979, *AB* 1979/472.

45 HR 7 mei 1993, *LJN* ZC0955, *NJ* 1995/259, m.nt. E.A. Alkema, 14 (concl. A-G Koopmans).

voor een beloningsverschil (...) een redelijke en objectieve rechtvaardiging voor handen is.⁴⁶

De Hoge Raad erkent allereerst de algemene opvatting dat artikel 7 IVESCR niet rechtstreeks werkt. Zijn daaropvolgende conclusie luidt dat de waarborg uit het artikel wel een na te streven doelstelling is. Was dit in eerdere arresten een bevestiging voor het niet verbindend zijn van het Verdrag, in dit arrest klinkt in het woord 'maar' een oproep om het Verdrag ondanks het ontbreken van verbindendheid wel van betekenis te voorzien. De Hoge Raad voegt de daad bij het woord en past de waarborg van het artikel uit het IVESCR toe in de beoordeling van de criteria van een 'redelijke en objectieve rechtvaardiging' die behoren bij het beoordelen van schendingen van artikel 26 IVBPR.⁴⁷ Op deze manier geeft de Hoge Raad aan het niet een ieder verbindende artikel 7 IVESCR betekenis via het een ieder verbindende artikel 26 IVBPR.⁴⁸

In deze zaak wordt artikel 26 IVBPR – hoewel op zichzelf staand en niet in combinatie met het IVESCR – expliciet aan de rechtsklacht ten grondslag gelegd. Dit kan een verklaring zijn voor een combinatiebeoordeling van deze twee verdragen door de Hoge Raad. Dat dit echter geen op zichzelf staand geval is blijkt uit latere rechtspraak. In 2000 buigt de Hoge Raad zich over een zaak aangaande discriminatie.⁴⁹ Bij het Hof hebben appellanten zich beroepen op onder andere artikel 26 IVBPR en artikel 2 en 6 IVESCR. Volgens het Hof

'is de wijze van toetsing aan de genoemde bepalingen in beginsel dezelfde. Discriminatie is aanwezig indien personen verschillend worden behandeld die (...) in relevant gelijke posities verkeren, terwijl voor het verschil in behandeling geen objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat.'⁵⁰

Volgens plaatsvervangend Procureur-Generaal Mok heeft het Hof hiermee de juiste maatstaf aangelegd. Hij acht het argument dat een verdrag niet een ieder verbindend is op zichzelf niet doorslaggevend, omdat

'[a]an verdragen zonder rechtstreekse werking wel betekenis kan toekomen bij de uitleg en toepassing van bepalingen uit verdragen die wel rechtstreekse werking hebben.'⁵¹

46 HR 7 mei 1993, *LJN* ZC0955, *NJ* 1995/259, m.nt. E.A. Alkema, r.o. 3.4.

47 Deze criteria zijn vastgesteld door de Human Rights Committee in een uitspraak van 9 april 1987, m.nt. T. Zwart, *NJCM-bulletin* 1987, p. 377-391, par.13.

48 Zie ook: noot van A.W. Heringa, HR 7 mei 1993, *NJCM-bulletin* 1993, p. 694-699.

49 HR 24 november 2000, *LJN* AA8448, *NJ* 2001/376, m.nt. P.J. Boon.

50 HR 24 november 2000, *LJN* AA8448, *NJ* 2001/376, m.nt. P.J. Boon, r.o. Hof 3.11-3.12.

51 HR 24 november 2000, *LJN* AA8448, *NJ* 2001/376, m.nt. P.J. Boon, r.o. 3.3.5.2. (concl. plv. P-G Mok).

De Hoge Raad beaamt deze methode. Deze komt overeen met hetgeen hij overwoog in de hierboven behandelde uitspraak uit 1993.⁵² Bepalingen uit een Verdrag die als niet een ieder verbindend worden beschouwd kunnen betekenis krijgen via verdragsbepalingen die wel een ieder verbinden. In zijn proefschrift noemt Heringa deze indirecte werking van niet een ieder verbindende bepalingen de 'reflexwerking'.⁵³ Hij verstaat hieronder

'de werking van een niet rechtstreeks toepasbare verdragsbepaling, die langs de achterdeur zijn werking binnen de omheining van ons nationale recht doet gevoelen.'⁵⁴

In de door Heringa bij het arrest uit 1993 gevoegde noot klinkt opluchting door over de opening die deze uitspraak biedt om effect te verbinden aan niet een ieder verbindende bepalingen van internationaal recht.⁵⁵ Heringa vraagt zich dan nog wel af of de Hoge Raad deze interpretatiemethode 'slechts' toe kan passen tussen verdragen in onderling verband of ook bij nationale regelgeving.

De opmaat voor het antwoord op deze vraag komt een jaar later in de zaak van werkgever Agfa tegen werknemer Schoolderman. De Hoge Raad kan zich vinden in het oordeel van de Rechtbank dat het 'algemeen erkende rechtsbeginsel dat gelijke arbeid in gelijke omstandigheden op gelijke wijze moet worden beloond, tenzij een objectieve rechtvaardigingsgrond een ongelijke beloning toelaat' in aanmerking moet worden genomen voor het bepalen van de verplichtingen van goed werkgeverschap.⁵⁶ Volgens de Rechtbank leeft dit algemeen beginsel in het rechtsbewustzijn en is het ook erkend in het geschreven recht. Zij verwijst hierbij onder andere naar artikel 7 IVESCR.⁵⁷

In navolging van het Agfa-arrest wordt door de Hoge Raad op 30 januari 2004 het belang van artikel 7 IVESCR voor de invulling van nationale rechtsbeginselen verder uitgewerkt.⁵⁸ Parallel Entry procedeert namens piloten van KLM-Cityhopper tegen KLM. De piloten van KLM-Cityhopper vorderen toepassing van dezelfde arbeidsvoorwaarden als waarop KLM-piloten aanspraak maken. De vraag of sprake is van een ongeoorloofd onderscheid beantwoordt de Hoge Raad aan de hand van de eis van goed werkgeverschap, artikel 7:611 Burgerlijk Wetboek. Voor de vaststelling van deze eisen neemt hij mede het

52 HR 24 november 2000, *LJN* AA8448, *NJ* 2001/376, m.nt. P.J. Boon, r.o. 4.3.

53 A.W. Heringa, *Sociale grondrechten. Hun plaats in de gereedheidskist van de rechter*, dissertatie Leiden, 's-Gravenhage: T.M.C. Asser Instituut 1989.

54 Heringa, 1989, p. 260-261.

55 HR 7 mei 1993, m.nt. A.W. Heringa, *NJCM-bulletin* 1993, p. 698.

56 HR 8 april 1994, *LJN* ZC1322, *NJ* 1994/704, m.nt. P.A. Stein, r.o. 3.5 (Agfa/Schoolderman).

57 HR 8 april 1994, *LJN* ZC1322, *NJ* 1994/704, m.nt. P.A. Stein, RB r.o. 5.4 (Agfa/Schoolderman).

58 HR 30 januari 2004, *LJN* AM2312, *NJ* 2008/536, m.nt. E. Verhulp (Parallel Entry/KLM).

Agfa-criterium van gelijke beloning in aanmerking, waaraan – alhoewel niet doorslaggevend en naast de andere omstandigheden van het geval –

‘gelet op het feit dat het ook steun vindt in verdragsbepalingen als art. 26 IVBPR en art. 7 Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (...) een zwaar gewicht kan worden toegekend.’⁵⁹

Deze uitspraak van de Hoge Raad wordt door verschillende instanties herhaald.⁶⁰ Via de eis van goed werkgeverschap kent de Hoge Raad een zekere betekenis toe aan het niet een ieder verbindende artikel 7 IVESCR. De indirecte werking van niet een ieder verbindende verdragsbepalingen – in dit geval sociale grondrechten – in het privaatrecht is ook mogelijk via artikel 3:12 Burgerlijk Wetboek.⁶¹

‘Bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, moet rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken.’⁶²

Uit de arresten Agfa en Parallel Entry blijkt specifiek dat ook aan nationale rechtsbeginselen invulling kan worden gegeven door het gebruik en de interpretatie van internationale verdragsbepalingen. Dit kan ook wanneer deze bepalingen niet een ieder verbindend zijn. In het Agfa-arrest overweegt de Hoge Raad dat art. 3:12 BW ‘dezelfde normen tot uitdrukking’ brengt als artikel 7:611 BW aangaande goed werkgeverschap.⁶³ In het arrest Parallel Entry neemt de Hoge Raad aan dat het beginsel van gelijke beloning voor gelijk werk een algemeen erkend rechtsbeginsel in de zin van art. 3:12 BW is. Er wordt dus een zekere betekenis toegekend aan niet een ieder verbindende verdragsbepalingen bij het interpreteren van internationale en nationale bepalingen.

59 HR 30 januari 2004, *LJN* AM2312, *NJ* 2008/536, m.nt. E. Verhulp, r.o. 3.3 (Parallel Entry/KLM).

60 Bijvoorbeeld: Hof 's-Gravenhage (Handelskamer) 28 april 2009, *LJN* BI3564, *RAR* 2009/103; Gerecht in Eerste Aanleg van de Nederlandse Antillen (Curaçao) 30 maart 2010, *LJN* BM0322, *RAR* 2010/97.

61 HR 8 april 1994, *LJN* ZC1322, r.o. 3.6 (Agfa/Schoolderman); Noot Verhulp bij HR 30 januari 2004, *LJN* AM2312, *NJ* 2008, 536 (Parallel Entry/KLM); Heerma van Voss, ‘Toetsing van CAO-bepalingen aan grondrechten’ in: *Een inspirerende Fase in het sociaal recht. Liber Amicorum voor prof.mr. Wil Fase*, Paris; Zutphen, 2007, p. 118.

62 Het gebruik door de Hoge Raad van artikel 3:12 BW heeft geleid tot de vraag wat onder deze ‘algemeen erkende rechtsbeginselen’ moet worden verstaan. Dit heeft geleid tot een interessante en omvangrijke discussie waar in dit hoofdstuk geen aandacht aan wordt besteed. Het gebruik van ‘algemene rechtsbeginselen’ en de (indirecte) doorwerking van verdragsbepalingen is hier van belang, niet de precieze inhoud van het begrip.

63 HR 8 april 1994, *LJN* ZC1322, *NJ* 1994/704, m.nt. P.A. Stein, r.o. 3.5 (Agfa/Schoolderman).

3.3 De schending van minimumnormen leidt tot een ieder verbindendheid

Een tweede methode wordt gevolgd wanneer een nationale bepaling invulling geeft aan een norm uit een verdragsbepaling en de nationale bepaling wordt geschonden. De rechter kan dan betekenis toekennen aan de aan deze bepaling ten grondslag liggende norm uit de niet een ieder verbindende verdragsbepaling. Het Ambtenarengerecht Amsterdam is het eerste college dat deze methode toepast en op grond hiervan zelfs een bepaling uit het IVESCR als een ieder verbindend beschouwt.⁶⁴ Ook de Centrale Raad van Beroep gebruikt deze methode kort na elkaar in twee zaken.⁶⁵

In 1984 spreekt het Ambtenarengerecht Amsterdam zich uit in een zaak tussen het bestuur van het Academisch Ziekenhuis bij de Universiteit van Amsterdam en diens werknemers over de inhouding van salarissen ingevolge de WIISO. Voor het beoordelen van de een ieder verbindendheid van het gelijkheidsbeginsel ex artikel 7(a)(i) IVESCR ligt het volgens het Ambtenarengerecht voor de hand om in ieder geval directe werking toe te kennen aan bepalingen van internationale overeenkomsten voor zover hun strekking overeenkomt met wat in de nationale rechtsorde reeds is gewaarborgd.⁶⁶ Het hangt er hierbij van af of het gaat om het handhaven van een nog steeds bestaande ongelijkheid of het ongedaan maken van een reeds bestaande gelijkheid en of deze beperking volgens het Verdrag toelaatbaar is.⁶⁷ Deze regel wordt in onderhavige zaak toegepast. Het Ambtenarengerecht oordeelt dat de inbreuk op de 'bestaande gelijkheid' door nieuwe wetgeving niet op objectieve en redelijke gronden kan worden gerechtvaardigd. De WIISO is daarmee een schending van de een ieder verbindende verdragsbepaling en moet buiten toepassing worden gelaten.

Een decennium later toetst de Centrale Raad van Beroep wel rechtstreeks aan de norm van een verdragsbepaling zonder zich te buigen over vraag of deze een ieder verbindend is.⁶⁸ In een zaak over een ingetrokken uitkering ingevolge de (nieuwe) Toeslagenwet laat hij in het midden of artikel 11 lid 1 IVESCR, ingeroepen door de eiser, een ieder kan verbinden volgens de artikelen 93 en 94 van de Grondwet. Het recht op 'steeds betere levensomstandigheden', in verband met de 'ter beschikking staande hulpbronnen' waarvan de staat

64 Ambtenarengerecht Amsterdam 12 maart 1984, m.nt. A.W. Heringa, *NJCM-bulletin* 1984, p. 245-252. Deze zaak is gedeeltelijk besproken in par. 2.2, alwaar bleek dat het eindoordeel van het ambtenarengerecht niet door de Centrale Raad van Beroep werd overgenomen.

65 CRvB 31 maart 1995, *JB* 1995/161, m.nt. A.W. Heringa; CRvB 22 april 1997, *JB* 1997/158, m.nt. F.M.C. Vlemminx.

66 Ambtenarengerecht Amsterdam 12 maart 1984, m.nt. A.W. Heringa, *NJCM-bulletin* 1984, p. 245-252.

67 Ambtenarengerecht Amsterdam 12 maart 1984, m.nt. A.W. Heringa, *NJCM-bulletin* 1984, p. 245-252.

68 CRvB 31 maart 1995, *JB* 1995/161, m.nt. A.W. Heringa.

gebruik moet maken volgens artikel 2 lid 1 IVESCR,⁶⁹ geldt volgens de Centrale Raad als richtsnoer.⁷⁰ De overweging van de Centrale Raad is overgenomen uit de Memorie van Toelichting:

‘[H]oewel het IVESCR destijds is opgesteld vanuit een optiek en een toekomstverwachting die met een mogelijke stilstand of afname in economische groei en ook met een eventuele teruggang in het genot van de onderhavige rechten nauwelijks rekening hield, [gold] dit artikellid door de verwijzing naar de ‘ter beschikking staande hulpbronnen’ toch ook als een richtsnoer in tijden van gelijkblijvende of dalende algemene welvaart.’⁷¹

De nieuwe bepalingen waartegen in beroep is gegaan hebben als doel een ‘toereikende minimumstandaard te garanderen’ en zijn daarom niet in strijd met het IVESCR.⁷² De Centrale Raad slaat de vraag naar rechtstreekse werking over en beoordeelt of de in artikel 2 lid 1 IVESCR opgenomen norm door de staat is geschonden.

In 1997 gaat een gehandicapte vrouw bij de Centrale Raad van Beroep in beroep tegen een besluit tot het verlagen van de taxikostenvergoeding omdat deze volgens haar in strijd is met de artikelen 9, 11 en 15 IVESCR. De Centrale Raad laat wederom in het midden of genoemde verdragsbepalingen behoren tot de in de artikelen 93 en 94 van de Grondwet bedoelde bepalingen, die naar hun inhoud een ieder kunnen verbinden.⁷³ Volgens de Centrale Raad hebben de bepalingen van het IVESCR echter niet het karakter van *standstill* bepalingen,⁷⁴ bepalingen waarbij het verboden is om op bepaalde gebieden nieuwe beperkingen in te voeren. De Centrale Raad benoemt in deze uitspraak nogmaals de combinatie van artikel 11 en artikel 2 lid 1 IVESCR en komt tot de conclusie dat de wetgever tot een verlaging van sociale zekerheidsprestaties over kan gaan op grond van economische omstandigheden mits ‘een toereikende minimumstandaard wordt gewaarborgd’.⁷⁵

In deze twee zaken komt de Centrale Raad tot de conclusie dat de norm van de ingeroepen verdragsbepaling niet geschonden is. Over de manier waarop dit gebeurt zijn de meningen verdeeld. Vlemminx vindt de directe

69 Artikel 2 lid 1 IVESCR: Iedere Staat die partij is bij dit Verdrag verbindt zich maatregelen te nemen, zowel zelfstandig als binnen het kader van de internationale hulp en samenwerking, met name op economisch en technisch gebied, en met volledige gebruikmaking van de hem ter beschikking staande hulpbronnen, ten einde met alle passende middelen, inzonderheid de invoering van wettelijke maatregelen, tot een algehele verwezenlijking van de in dit Verdrag erkende rechten te komen.

70 CRvB 31 maart 1995, JB 1995/161, m.nt. A.W. Heringa.

71 CRvB 31 maart 1995, JB 1995/161, m.nt. A.W. Heringa, par. II.

72 CRvB 31 maart 1995, JB 1995/161, m.nt. A.W. Heringa, par. II.

73 CRvB 22 april 1997, JB 1997/158, m.nt. F.M.C. Vlemminx, par. II.

74 CRvB 22 april 1997, JB 1997/158, m.nt. F.M.C. Vlemminx, par. II.

75 CRvB 22 april 1997, JB 1997/158, m.nt. F.M.C. Vlemminx, par. II.

IVESCR-conforme interpretatie een ‘stapje vooruit’⁷⁶ en ook Heringa juicht deze ontwikkeling toe.⁷⁷ Pennings acht de vraag naar de rechtstreekse werking echter van het grootste belang en geeft er de voorkeur aan dat de Centrale Raad deze expliciet behandelt.⁷⁸ Het kan zijn dat de Centrale Raad de vraag naar verbindendheid niet relevant acht omdat in casu de verdragsbepalingen niet zijn geschonden. De hierna besproken zaak wijst echter op een andere reden voor het overslaan van deze vraag: nationale wetgeving kan worden getoetst aan normen uit niet een ieder verbindende verdragsbepalingen.

In 2005 doet de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State een uitspraak die in de lijn van bovenstaande zaken ligt.⁷⁹ Artikel 24 IVBPR wordt door appelland beschouwd als geschonden omdat een verblijfsvergunning voor een minderjarig kind is geweigerd.⁸⁰ De Afdeling overweegt als volgt:

‘Deze bepaling bevat, gelet op haar formulering, behoudens het daarin neergelegde discriminatieverbod, geen norm die zonder nadere uitwerking in nationale wet- en regelgeving door de rechter direct toepasbaar is.’⁸¹

De Afdeling beschouwt het discriminatieverbod als direct toepasbaar omdat de betekenis en strekking voldoende duidelijk is. De overige tekst van de bepaling vraagt volgens de Afdeling om een nadere invulling door de wetgever. In plaats van aan te geven dat de norm zelf in nationale wetgeving moet worden verwerkt en in die hoedanigheid kan worden toegepast, stelt de Afdeling dat de norm uit het verdrag *rechtstreeks werkt* wanneer er nationale wet- en regelgeving bestaat die aan deze norm betekenis geeft. In zijn noot bij dit arrest wijt Fleuren deze uitspraak aan een verwarring bij de Afdeling. Deze zou bedoeld hebben dat de bepaling alleen door middel van nationale wet- en regelgeving kan worden uitgevoerd.⁸² In de lijn van bovenstaande uitspraken van de Centrale Raad van Beroep kan de Afdeling echter wel degelijk een toetsing aan de norm uit de verdragsbepaling voor ogen hebben gehad. Temeer omdat de Afdeling een paar maanden eerder dezelfde redenering hanteerde.⁸³ In een zaak over een besluit van het Centraal Orgaan opvang asielzoekers, inhoudende een afwijzing van een verzoek tot opvang, beroepen

76 CRvB 22 april 1997, *JB* 1997/158, m.nt. F.M.C. Vlemminx.

77 CRvB 31 maart 1995, *JB* 1995/161, m.nt. A.W. Heringa.

78 CRvB 22 april 1997, *AB* 1996, 283, m.nt. F.J.L. Pennings.

79 ABRvS, 29 november 2005, *JV* 2006/23, m.nt. J.W.A. Fleuren.

80 Artikel 24 IVBPR: Elk kind heeft, zonder onderscheid naar ras, huidskleur, geslacht, taal, godsdienst, nationale of maatschappelijke afkomst, eigendom of geboorte, recht op die beschermende maatregelen van de zijde van het gezin waartoe het behoort, de gemeenschap en de Staat, waarop het in verband met zijn minderjarigheid recht heeft.

81 ABRvS, 29 november 2005, *JV* 2006/23, m.nt. J.W.A. Fleuren, r.o. 2.2.2.

82 ABRvS, 29 november 2005, *JV* 2006/23, m.nt. J.W.A. Fleuren.

83 ABRvS 1 maart 2005, *JV* 2005/176, m.nt. J.W.A. Fleuren, r.o. 2.1.2.

appellanten zich op artikel 27 van het Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind. Volgens de Afdeling

‘[bevatten] die bepalingen, gelet op hun formulering, geen norm die zonder nadere uitwerking in nationale wet- en regelgeving door de rechter direct toepasbaar is.’⁸⁴

Samenvattend omvat de tweede besproken methode de toepassing van normen uit verdragsbepalingen. Het bestaan van een regeling in het nationale recht die een onderwerp uit het IVESCR bestrijkt, impliceert dat deze regeling een interpretatie en uitwerking van het Verdrag is. Juist wanneer de wetgever een nationale regeling in het licht van een bepaald verdrag jarenlang heeft laten bestaan, kan deze des te overtuigender worden bestempeld als een regeling die volgens de wetgever voldoet aan de normen uit dit verdrag. De norm uit het verdrag vormt vervolgens een ondergrens die moet worden gewaarborgd. Het (door de wetgever) afbreuk doen aan deze regeling vormt daarmee een inbreuk op (de norm van) een verdragsbepaling waaraan door de rechter consequenties kunnen worden verbonden.

4 CONCLUSIE

Voor een geslaagd beroep op een verdragsbepaling bij de rechter is het volgens de artikelen 93 en 94 van de Grondwet van belang dat deze bepaling bekendgemaakt en naar zijn inhoud een ieder verbindend is. Dit levert een onderscheid op tussen een ieder verbindende en niet een ieder verbindende verdragsbepalingen. Beide spelen een rol in de rechtspraak, maar lang niet in dezelfde mate. Wat hierna volgt is een korte samenvatting en evaluatie van de bevindingen uit dit artikel.

Wanneer een verdragsbepaling een ieder verbindend is, is deze direct van toepassing binnen het nationale rechtssysteem. De rechter beoordeelt de verbindendheid van verdragsbepalingen eerst aan de hand van de totstandkomingsgeschiedenis: wat hebben partijen beoogd bij het aangaan van het verdrag. Daarnaast oordeelt hij aan de hand van bewoordingen, aard en context. Dit zijn volgens artikel 31, eerste en tweede lid, Weens Verdragenverdrag de juiste criteria voor het interpreteren van een verdrag. Hierbij wordt door de rechter de Memorie van Toelichting veelal gebruikt als hulpmiddel voor een inzicht in de bedoeling en strekking van een verdrag. In het geval van het IVESCR is het voor een meer accurate toepassing mogelijk af te gaan op de Aanbevelingen van het Economisch en Sociaal Comité, het aangewezen orgaan voor het geven van een juiste interpretatie van dit Verdrag.

Naast de inhoud en context van een verdrag vergelijkt de rechter voor het vaststellen van de verbindendheid van verdrag A diens bepalingen met ana-

84 ABRvS 1 maart 2005, JV 2005/176, m.nt. J.W.A. Fleuren, r.o. 2.1.2.

loge, een ieder verbindende bepalingen uit verdrag B. Deze werkwijze is gebaseerd op het uitgangspunt dat gelijke bepalingen gelijke werking hebben. Een verdragsbepaling is een ieder verbindend wanneer een vergelijkbare bepaling uit een ander verdrag dit ook is.

Het oordeel dat een verdragsbepaling niet een ieder verbindend is gezien inhoud en context betekent niet dat aan deze bepaling geen enkele aandacht wordt geschonken. De rechter kent via twee verschillende methoden een zekere werking toe aan niet een ieder verbindende verdragsbepalingen. Ten eerste is een werking van niet verbindende verdragsbepalingen mogelijk door aan deze bepalingen betekenis toe te kennen bij de uitleg en interpretatie van andere nationale en internationale bepalingen. Op deze wijze kan de strekking van een verdragsbepaling van betekenis zijn voor het nationale recht en de rechtspraak. De tweede methode is het toetsen aan een norm die is vervat in een niet een ieder verbindende bepaling voor het vaststellen van een minimum van wat in nationale wet- en regelgeving moet worden gerespecteerd. Bestaande wetgeving mag niet zonder dringende reden worden vervangen door wetgeving die de verwezenlijkte verdragsrechten beperkt.

Door het vaststellen van de verbindendheid van verdragsbepalingen acht de rechter de toetsing van nationale wetgeving aan deze bepalingen mogelijk. Artikel 94 Grondwet staat dit immers alleen toe bij een ieder verbindende bepalingen. Toch gebruikt de rechter verschillende methoden om niet een ieder verbindende verdragsbepalingen toe te passen. Blijkbaar wordt door hem wel de behoefte gevoeld aan een verdrag als het IVESCR enige betekenis toe te kennen in de nationale rechtspraak. Dit kan voortkomen uit een bewustzijn ten aanzien van de maatschappelijke rol die door de rechterlijke macht vervuld wordt. Het verdrag in zijn algemeenheid is een bron van internationaal recht, het IVESCR in het bijzonder bevat sociale grondrechten. Deze zijn voor particulieren van groot belang en kunnen niet simpelweg 'niet van toepassing' worden verklaard. Daarnaast is het de rol van de rechter het nationale recht door interpretatie en toepassing in overeenstemming te brengen met het internationale recht.

6 | Het legaliteitsbeginsel in de privaatrechtelijke rechtsvinding

T. van der Linden [■]

1 INLEIDING

Eén van de kernbeginselen van de democratische rechtsstaat is het legaliteitsbeginsel.¹ De staat mag alleen zijn macht uitoefenen bij of krachtens een wettelijke bepaling. *The rule of law, not men*. Het legaliteitsbeginsel geldt – uiteraard – óók voor de rechter en dit op twee manieren. De rechter ontleent allereerst zijn bevoegdheid tot rechtspreken aan de grondwet.² Daarnaast is het in een continentaal stelsel als het onze zo, dat de rechter recht moet spreken op grondslag van de wet.³ ‘De regter moet’, zo bepaalt art. 11 wet AB, ‘volgens de wet regt spreken: hij mag in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid der wet beoordelen.’ Thans behoort deze bepaling niet tot de meest geprezen bepalingen die ons recht kent. Integendeel, er gaan geluiden op dat de bepaling zijn beste tijd gehad heeft. Voorts is er, zeker in het privaatrecht, weinig dogmatische aandacht voor de implicaties van het uitgangspunt dat de rechter op grondslag van de wet recht moet spreken.

Daarom probeer ik in dit artikel een theorie uiteen te zetten over de betekenis van het legaliteitsbeginsel voor de privaatrechtelijke rechtsvinding. Mijn methode is niet die van een *case study*, waarin onderzocht wordt hoe de rechter of de Hoge Raad *de facto* met het legaliteitsbeginsel omgaat. Als de betekenis van het legaliteitsbeginsel af zou hangen van de rechtspraak van de Hoge Raad, dan zou hij letterlijk en figuurlijk rechter zijn in eigen zaak. Ik kies een andere benadering. In dit artikel probeer ik stap voor stap een theorie op te bouwen die antwoord geeft op de vraag hoe de rechter *de iure* om behoort te gaan met het beginsel dat hij op grondslag van de wet recht moet spreken in het privaatrecht. Wat zijn de implicaties van het *staatsrechtelijke* beginsel van legaliteit voor de *privaatrechtelijke* rechtsvinding? Daarmee probeer ik een

■ T. van der Linden is PhD-fellow bij de afdeling burgerlijk recht, Universiteit Leiden.

1 M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling, B.P. Vermeulen (e.a.), *Beginselen van de democratische rechtsstaat: inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 41 e.v. en p. 51 e.v.

2 Art. 112 GW.

3 P.P. T. Bovend'Eert, *Rechterlijke organisatie, rechters en rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2008, p. 148-149.

welhaast vergeten meerlagigheid tussen twee overbekende rechtssystemen principieel voor het juridische voetlicht te brengen: de wisselwerking tussen de privaatrechtelijke rechtsvinding enerzijds en het staatsrechtelijke legaliteitsbeginsel anderzijds.

2 PRIVAATRECHTELIJKE RECHTSVINDING BEGREPEN ALS CONSTITUTIONEEL VRAAGSTUK

‘In het rechtsvindingsdebat’, zo schrijft Koopmans, ‘ontbreekt meestal de constitutionele dimensie: dat debat wordt gevoerd in termen van juridische techniek.’⁴ De onderbelichting van het constitutionele perspectief in het debat over de privaatrechtelijke rechtsvinding is merkwaardig. Niet mag worden vergeten dat alle rechtsvinding uiteindelijk betrekking heeft op de werkzaamheid van één van de drie staatsmachten: de rechter. Holmes schrijft:

‘When we study law we are not studying a mystery but a well known profession. We are studying what we shall want in order to appear before judges, or to advise people in such a way as to keep them out of court. The reason why it is a profession, why people will pay lawyers to argue for them or to advise them, is that in societies like ours the command of the public force is intrusted to the judges in certain cases, and the whole power of the state will be put forth, if necessary, to carry out their judgments and decrees. People want to know under what circumstances and how far they will run the risk of coming against what is so much stronger than themselves, and hence it becomes a business to find out when this danger is to be feared. The object of our study, then, is prediction, the prediction of the incidence of the public force through the instrumentality of the courts.’⁵

Deze beroemde woorden van Holmes geven niet alleen een visie op het belang van de rechtswetenschap, maar prenten ons voorts in dat het recht in nauw verband staat met het geweldsmonopolie van de staat. Als alles is gezegd en gedaan is rechterlijke rechtsvinding een voorbereiding van een machtswoord. Dit machtswoord, het *dictum*, zet – indien nodig – de uitvoerende macht in werking. Deze zal, bij wijze van *ultimum remedium*, bereid zijn het zwaard te gebruiken om de uitspraak ten uitvoer te brengen.⁶ Dit machtswoord kan diep ingrijpen in een mensenleven. Dworkin schrijft beeldend: ‘People often stand

4 T. Koopmans, ‘De constitutionele kant van de rechtsvinding’, in: E.S.G.N.A.I. van de Griend en B.W.N. de Waard (red.), *Rechtsvinding/Gedachtenwisseling over het nieuwe Algemeen Deel** van de Asser-serie (Asser-Vranken)*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p.1.; Vgl. ook in kritische zin: P.B. Cliteur, ‘Vooruitgang in de wetenschap van het staatsrecht’, in: J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker (red.), *Vooruit met het recht: wat geldt in de rechtswetenschap als vooruitgang?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2006, p. 33-42.

5 O.W. Holmes, *The Path of The Law And The Common Law*, New York: Kaplan Publishing, p. 1.

6 Bovend’Eert, 2008, p. 7.

to gain or lose more by one judge's nod than they could by any general act of Congress or Parliament.⁷ De macht van de rechter, en daarmee de macht van de rechtsvinding is, zeker ten opzichte van het individu, in potentie groot. Vandaar dat algemeen wordt aanvaard dat de macht van de rechter gebonden behoort te zijn. Deze gebondenheid gaat niet zover dat de rechter *more geometrico* aan de wet gebonden is. Gangbaar is de opvatting dat de rechter gebonden is aan het (ongeschreven) recht.⁸

Nu zou men het juridische feit, dat de privaatrechter is gebonden aan het recht, als een specifieke constitutionele beperking van de bevoegdheid van de privaatrechterlijke rechtspleging kunnen zien. Vanuit een constitutioneel perspectief is hier wel iets tegenin te brengen. In de terminologie die de voorstelling oproept van de aan het recht gebonden rechter, ja in het begrip 'rechtsvinding' zelf, schuilt een taalval. Het beeld waarin de nadruk ligt op *bestaand* recht dat – in de woorden van Scholten – 'moet worden gevonden',⁹ geeft de rechter een soort begripsmatige constitutionele immuniteit: hoe zou een rechter, die recht spreekt overeenkomstig *gevonden* recht, ooit in strijd handelen met *the rule of law*? Natuurlijk wil ik niet betogen dat kritiek op de rechtspraak vanuit dit perspectief niet mogelijk is, laat staan dat ik de gedachte wil ontwikkelen dat ongeschreven recht niet bestaat. Het punt dat ik wil maken is dat er in de terminologie van het primaat van het (ongeschreven) recht een zeker *vooroordeel* besloten ligt, dat een scherpe constitutionele blik op de privaatrechterlijke rechtsvinding in de weg zit. Binding aan het ongeschreven recht is vaag en – zacht gezegd – voor meerdere interpretatie vatbaar.

Om de constitutionele dimensie van de rechtsvinding helder voor het voetlicht te brengen, zou ik in de voorstelling van de werkzaamheid van de rechter niet de nadruk willen leggen op de rechter die *bestaand* recht vindt, maar op de rechter die de aan hem verleende bevoegdheid uitoefent om geschillen te beslechten. Naar geldend staatsrecht moet iedere overheidstaak – dus ook de taak om geschillen te beslechten – worden uitgeoefend op basis van een wettelijke grondslag. De blote bevoegdheid tot rechtspreken ontleent de burgerlijke rechter eenvoudig aan de grondwet.¹⁰ Maar hier houdt het verhaal van het staatsrecht niet op: de rechter moet – krachtens art. 11 wet AB – deze bevoegdheid ook overeenkomstig de wet uitoefenen. Het probleem van de rechtsvinding verschijnt vanuit deze invalshoek als een constitutioneel vraagstuk. Wat betekent de eis dat de rechter volgens de wet recht moet spreken? Hoeveel vrijheid mag de rechter innemen ten opzichte van wet en

7 R.M. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge: Harvard University Press 1986, p. 1.

8 Vgl. J.B.M. Vranken, Mr. C. Asser's *handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel* **, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1995, nr. 81. Vgl. laatstelijk W.J.M. Voermans, 'Legaliteit als middel tot een doel', in: *Controverses rondom legaliteit en legitimatie*, Deventer: Kluwer 2011, p. 65-66.

9 P. Scholten, Mr. C. Asser's *handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974, p. 12.

10 Art. 112 GW.

wetgever? En voor de rechtsvinding wellicht het meest relevant: hoe kan in een systeem waarin het ongeschreven recht een vooraanstaande plaats inneemt de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid worden gewaarborgd? Deze vragen zetten het probleem van de rechtsvinding in de sleutel van het staatsrecht en scheppen ruimte voor constitutionele reflectie op de rechtsvinding in het privaatrecht.

Deze kijk op de rechtsvinding is allerm minst nieuw: het waren de civilisten van weleer – de legisten – die met deze bril naar de rechtsvinding keken.¹¹ Zij hadden een politiek-constitutionele visie op de rechtsvinding en leidden uit de *trias politica* af dat het primaat van de rechtsvorming zoveel als mogelijk bij de wetgever – en niet bij de rechter – behoort te liggen.¹² Als democratisch gelegitimeerd orgaan behoort, in deze zienswijze, de wil van de wetgever ook voor de rechter ‘wet’ te zijn. Land is een legist bij wie dit *leitmotiv* duidelijk naar voren komt. Land erkent dat de wet per definitie tekort schiet als de wet naast de maatstaf der gerechtigheid wordt gelegd. Dit gegeven sluit – aldus Land – *niet* in, dat de rechter de bevoegdheid heeft, of behoort te hebben, om de wet aan te vullen of te verbeteren conform de gerechtigheid.¹³ De bevoegdheid om de wet naar de gerechtigheidsnorm te vormen behoort hoofdzakelijk bij de wetgever te worden neergelegd. Dit omdat de wet als resultaat van ‘algemeene samenwerking, eerder kan gelden als de uiting van de overtuiging der gemeenschap, dan de uitspraak van een rechter, die zelfstandig eigen oordeel zal volgen.’¹⁴ Er moet met enige nadruk op worden gewezen dat deze staatsrechtelijke kijk op de rechtsvinding *niet* noodzakelijkerwijs leidt tot een ongenueanceerd beeld van het wezen van de rechtsvinding. Zo aarzelt Diephuis, een jurist uit de legistische traditie, niet te erkennen dat de rechter de wet moet interpreteren, en dat een analogieredenering soms noodzakelijk is. Maar hij wijst ook op het gevaar dat de rechter zich bij de wetsuitleg teveel laat leiden door de gewenste uitkomst.¹⁵ De uitleg van de wet moet zich niet *richten* op de vraag wat de jurist als de gedachte van de wetgever kán beschouwen, maar op datgene ‘wat werkelijk zijn gedachte is geweest en als zoodanig in de wet is uitgedrukt’.¹⁶

11 Zie in algemene zit het overzicht van Kop: P.C. Kop, *Legisme en privaatrechtswetenschap: legisme in de Nederlandse privaatrechtswetenschap in de negentiende eeuw*, Deventer: Kluwer 1982; P.B. Cliteur, ‘Vooruitgang in de wetenschap van het staatsrecht’, in: J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker (red.), *Vooruit met het recht: wat geldt in de rechts-wetenschap als vooruitgang?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2006, p. 37-38.

12 G.C.J.J. van den Bergh, C.J.H. Jansen, *Geleerd recht. Een geschiedenis van de Europese rechtswetenschap in vogelvlucht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 132.

13 N.K.F. Land, ‘Nog eens: Wet en rechter’, *WPNR* 1897/1442, p. 446.

14 Land 1897, p. 446.

15 G. Diephuis, *Nederlandsch Burgerlijk Regt*, Groningen: J.B. Wolters 1869, p. 110.

16 Diephuis 1869, p. 110.

3 DE TANENDE BETEKENIS VAN HET LEGALITEITSBEGINSEL IN HET PRIVAAT-RECHT

Het legaliteitsbeginsel, de staatsrechtelijke regel dat de rechter volgens de wet recht moet spreken, is een norm die iedere civilist wel op grote lijnen zal onderschrijven maar tegelijkertijd is het – naar mijn gevoel – geen norm die in het hart van de hedendaagse civilist gegrift staat. Eén ding is zeker, de passie die de legisten hadden voor de wet, is vandaag de dag bij geen civilist meer te vinden. Sterker, de overwinning op het legisme wordt gezien als één van de verworvenheden van het privaatrecht, een verworvenheid die niet meer uit handen mag worden gegeven. Zo betoogt Snijders dat het vermogensrecht een open systeem is, dat steeds tegemoet komt en behoort te komen aan de noden van het rechtsverkeer, en dat de ‘miskenning’ hiervan in wezen een nieuwe vorm van legisme is.¹⁷ En vlak na de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek betoogt Hartkamp dat wij niet hoeven te vrezen dat het nieuwe wetboek het legisme zou doen herleven, omdat het Burgerlijk Wetboek genoeg ruimte biedt om recht te doen aan de omstandigheden van het geval.¹⁸ De rechtshistoricus Jansen gaat een stap verder en betoogt dat art. 11 Wet AB een overbodige bepaling is. Hij schrijft:

‘De overbodigheid van de Wet AB schijnt een gegeven te zijn, niet echter omdat zij is verinnerlijkt of vanzelfsprekend is geworden, maar omdat zij is achterhaald door ‘moderne’ ontwikkelingen en inzichten. Aan het uitgangspunt van de Wet AB wordt nog slechts lippendienst bewezen. Als een mantra houden wij onze studenten voor dat het de taak van de wetgever is om algemeen verbindende voorschriften op te stellen en die van de rechter om te beslissen in concrete gevallen. Maar daarmee is weinig gezegd. Met name de hoogste rechter heeft zich een nieuwe rol aangemeten (of moeten aanmeten, zoals velen menen): die van zelfstandige rechtsvormer naast de wetgever.’¹⁹

Wat zijn deze “moderne” ontwikkelingen en inzichten’ die maken dat het legaliteitsbeginsel niet hoog op de privaatrechtelijke agenda staat? Het is aan ten minste drie factoren toe te schrijven dat het legaliteitsbeginsel geen prominente plaats meer inneemt in het hoofd en hart van de hedendaagse beoefenaar van de privaatrechtelijke rechtsvinding.

17 W. Snijders, ‘De openheid van het vermogensrecht’, in S.C.J.J. Kortmann (e.a./red), *Onderneming en 10 jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 27.

18 A.S. Hartkamp, *Wetsuitleg en rechtstoepassing na de invoering van het nieuwe burgerlijk wetboek*, Deventer: Kluwer 1992, p. 21-30.

19 C.J.H. Jansen, ‘Over de plaats en de functie van de Wet, houdende Algemeene Bepalingen der Wetgeving van het Koninkrijk (1829)’, *Ars Aequi* 2008, p. 29.

3.1 Wet en recht vallen methodologisch niet samen

De binding van de rechter aan de wet wekt op zijn minst de suggestie dat de wet logisch dwingend de oplossingen van concrete casusposities in zich draagt. En inderdaad was het de Franse rechter vlak na de codificatiebeweging niet toegestaan de wet te interpreteren.²⁰ De onhoudbaarheid van deze zienswijze is een eerste factor die heeft geleid tot een relativering van de betekenis van het legaliteitsbeginsel. Smith schrijft:

‘In ten minste één opzicht is het niet langer mogelijk om Montesquieus opvatting over rechterlijke heteronomie te onderschrijven: de leer dat alle recht in de wet te vinden is, hangt tegenwoordig bijna niemand binnen de rechtstheorie meer aan.’²¹

Waarom wordt deze leer in de rechtstheorie bijna niet meer aangehangen? Het antwoord ligt besloten in het inzicht dat het systeem van het recht van nature open is. Het is er volgens Scholten ‘verre vandaan, (...) dat door zuiver logische arbeid uit dit systeem voor ieder voorkomend geval de beslissing kan worden afgeleid.’²² Het punt is dat iedere uitspraak dat regel x op geval y van toepassing is, een moment van waardering insluit én dat deze uitspraak altijd een beslissing is. Scholten schrijft:

‘iedere beslissing, ook die welke zogenaamd naar de woorden geschiedt, is tegelijk toepassing en schepping; er is altijd het oordeel van hem, die beslist, dat mede de toepassing bepaalt.’²³

De rechter maakt, volgens Scholten, steeds een sprong van de regel naar het geval; de uitspraak van de rechter is een wilsverklaring.²⁴ Zou de rechter uitspraak doen over de vraag of een louter emotioneel belang een ‘voldoende belang’ is voor het instellen van een rechtsvordering in de zin van art. 3:305 BW, dan is dat een wilsverklaring, die niet wordt ingegeven door de logica. Met deze uitspraak voegt de rechter een regel – ‘een louter emotioneel belang is wel of niet een voldoende belang voor een rechtsvordering’ – toe aan het rechtssysteem. Smith vat de consequentie van dit inzicht als volgt samen:

‘De toepassing van de bestaande regels van het rechtssysteem op concrete gevallen vereist, anders gezegd, de beslissing van rechters en gezagsdragers. Het is pas in

20 Zie: J.H.A. Lokin, ‘Interpretatieproblemen na de codificatie’ in: J. Erauw B. Bouckaert, H. Bocken e.a. (red.), *Liber Memorialis Francois Laurent 1810-1887*, Brussel: E. Story-Scientia 1989, p. 334-340.

21 C.E. Smith, *Feiten en rechtsnorm*, Maastricht : Shaker Publishing 1998, p. 75.

22 Scholten 1974, p. 75.

23 Scholten 1974, p. 76.

24 Scholten 1974, § 28.

de toepassing dat de regels van het recht hun betekenis voor het concrete, voorliggende geval krijgen.²⁵

De wet ontleent zijn betekenis voor een belangrijk deel aan de wijze waarop de wet wordt toegepast. Welnu, vanwege het inzicht dat een beantwoording van een rechtsvraag een beslissing vergt die niet logisch uit de wettelijke regel volgt, is alle rechtsvinding – vanuit een rechtstheoretisch perspectief bezien – in meer of mindere mate aan te merken als rechtsvorming.

Alle rechtsvinding, ook die waarbij de rechter dicht bij de tekst van de wet blijft, is rechtsvorming. Een dergelijk fors *statement* zou voor iemand als Huib Drion een doorn in het oog zijn. In de meeste geschillen, zo stelt hij, staan eenvoudig te beantwoorden rechtsvragen centraal en komt het meer aan op het vinden van de feiten dan op het vinden van het recht.²⁶ Toch kan ook in eenvoudige gevallen staande worden gehouden dat de rechtsvinder – theoretisch gezien – recht vormt. Eenvoudige daden van rechtsvinding bevestigen geldend recht, in dit bevestigen ligt de rechtsvorming. Praktisch – en daarin heeft Drion gelijk – is er in dat soort gevallen geen sprake van rechtsvorming; de juridische overzichtswerken hoeven na de meeste beslissingen niet herschreven te worden. Dit doet echter niet af aan het feit dat de rechter *theoretisch* gezien recht vormt in die zin dat hij een bepaalde rechtsregel in stand houdt.

De louter theoretische rechtsvorming gaat over in praktisch relevante rechtsvorming daar waar de rechter op de *open texture* van rechtsregels stuit. Rechtsregels in het algemeen en wettelijke bepalingen in het bijzonder hebben, volgens Hart, een *open texture*.²⁷ Een rechtsregel ziet op een aantal gevallen waar de regel duidelijk voor geschreven is; dit zijn de zogenaamde paradigmatische gevallen. Omgekeerd is vaak ook duidelijk waar de regel niet voor geschreven is. Naast deze gevallen zijn er altijd twijfelgevallen, waarin het onduidelijk is of de rechtsgevolgen van een bepaalde regel al dan niet moeten intreden. Als de rechter in dergelijke gevallen beslist, dan vormt hij niet alleen uit een louter theoretisch oogpunt recht, maar óók vanuit een praktisch oogpunt.

Het inzicht dat de toepassing van de wet mede de betekenis van de wet bepaalt, brengt mee dat er geen harde grens getrokken kan worden tussen de louter theoretische rechtsvorming en de praktische relevante rechtsvorming. Dit betekent, zoals Smith terecht heeft opgemerkt, dat de bepaling van *geldend* recht nauw samen hangt met de vraag hoe het recht eruit *behoort* te zien.²⁸ Omdat de rechtstoepassing altijd een beslissing vereist, kan het geldende recht

25 C.E. Smith, *Regels van rechtsvinding*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007, p. 107.

26 H. Drion, 'Negen stellingen over rechtsvorming door rechter en wetgever', in: A.R. Bloembergen, *Geschriften van H. Drion*, Deventer: Kluwer 1982, p. 377.

27 H.L.A. Hart, *The concept of law*, Oxford: Clarendon Press 1994, p. 128.

28 C.E. Smith, 'Het normatieve karakter van de rechtswetenschap: recht als oordeel', *R&R* 2009, p. 224.

in dat opzicht niet geheel los worden gezien van het wenselijke recht. Dit zien wij terug in de hantering van de instrumenten van rechtsvinding. Als zich een probleem van rechtsvinding voordoet, dan gaat het al snel over interpretatiemethoden en andere juridische technieken zoals analogie en rechtsverfijning. Vranken betoogt dat de rechter weliswaar gebonden is aan de 'normatieve premissen van het recht',²⁹ maar dat hij tegelijkertijd een zekere keuzevrijheid heeft: hij kiest min of meer zelf welke instrumenten hij gebruikt in zijn zoektocht naar het geldende recht.³⁰ Ten aanzien van de interpretatiemethoden wordt over het algemeen aangenomen dat er geen rangorde bestaat tussen deze methoden; er is ten hoogste een relatieve rangorde.³¹ Het inzicht dat de rechter een passende interpretatiemethode *kies*t impliceert dat de rechter niet altijd aan praktische relevante rechtsvorming kan ontkomen en dat de rechter, binnen zekere grenzen, de mogelijkheid heeft om op de meest rechtvaardige uitkomst aan te sturen. Het inzicht dat wetstoepassing rechtsvorming insluit, is een relativering van de betekenis van het legaliteitsbeginsel.

3.2 De wetgever kan niet alle rechtsvragen beantwoorden

Een verdere relativering van de betekenis van het legaliteitsbeginsel in het privaatrechtelijke denken is, in de tweede plaats, het gevolg van een wijsheid die ten minste teruggaat tot de klassieke oudheid. Het is het Aristotelische inzicht dat de aard van de algemene wet, die – per definitie – algemene regels bevat, nooit recht kan doen aan de bijzonderheden van alle mogelijke casusposities.³² De wet geeft algemene regels die gelden en 'werken' voor de meerderheid van de gevallen. Maar zodra zich een geval voordoet waarin niet is voorzien moet de rechter – aldus Aristoteles – oordelen zoals de wetgever zou hebben gedaan als hij het geval zou hebben gekend. Welnu, juist in het privaatrecht doen de nadelen van algemeen geformuleerde wettelijke regels zich gevoelen, dit vanwege het feit dat het privaatrecht betrekking heeft op alle mogelijke conflicten van vermogensrechtelijk belang die tussen één of meer personen kunnen rijzen. De bepalingen van het Burgerlijk Wetboek omvatten, aldus Portalis, dan ook 'alle handelingen en ingewikkelde en wisselende belangen die voorwerp van geschil kunnen worden tussen in maatschappelijk

29 Vranken 1995, nr. 81.

30 Vranken 1995, nr. 217.

31 F.T. Groenewegen, *Wetsinterpretatie en rechtsvorming : een rechtstheoretisch onderzoek naar wetsinterpretatie en rechtsvorming door de rechter in het bestuursrecht en het privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 187-192.

32 Aristoteles, *Ethica Nicomachea*, Groningen: Historische Uitgeverij 1999, Nr. V. 10.

verband levende mensen.³³ Het is een gemeenplaats – maar een belangrijke gemeenplaats – dat het voor de wetgever onmogelijk is om alle bronnen van conflict te voorzien en om voor alle gevallen een aanvaardbare oplossing in de wet neer te leggen. Hoe kan deze moeilijkheid het hoofd worden geboden?

3.3 Vage normen

De door de wetgever gekozen oplossing is de derde factor die er toe heeft bijgedragen dat er weinig aandacht is voor het legaliteitsbeginsel in het privaatrechtelijke denken. 'Het is', aldus Portalis, 'de taak van de wet om met verziende blik de algemene stelregels van het recht vast te leggen, om beginselen in te voeren die rijk aan gevolgen zijn, en niet om af te dalen tot detailkwesties die op elk rechtsgebied kunnen rijzen. Het is aan de rechter en de rechtsgeleerde om, doordrongen van de algemene geest der wetten, richting te geven aan de toepassing daarvan.'³⁴ Niet afdalen in detailkwesties. Het is dit advies dat de moderne wetgever in het privaatrecht ter harte heeft genomen. Op een aantal strategische plaatsen in het Burgerlijk Wetboek heeft de wetgever open normen opgenomen. Een gedraging is (onder meer) onrechtmatig als deze in strijd is met 'hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt'; 'Een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien; Een tussen een schuldeiser en schuldenaar geldende regel is niet van toepassing 'voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.'; 'Hij die ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van een ander, is verplicht, voor zover dit redelijk is, diens schade te vergoeden tot het bedrag van zijn verrijking'.

Hoewel deze normen in het privaatrecht breed worden gedragen, hollen dergelijke normen de betekenis van het legaliteitsbeginsel – in ieder geval op het eerste gezicht – uit. 'Als de wetgever' – zo schrijft Houwing – 'neerschrijft, dat de rechter naar redelijkheid, naar billijkheid, naar goede trouw heeft te beslissen dan schept hij geen geschreven recht, doch verklaart hij het ongeschreven recht van kracht. En waar hij deze of andere vage termen gebruikt, geeft hij geen wet, doch draagt hij zijn wetgevende macht aan den rechter over.'³⁵ Cliteur schrijft dat de betamelijkheidsnorm en andere open normen in wezen géén criteria zijn: 'het zijn vrijbrieven voor de rechter om het werk

33 J.E.M. Portalis, *Inleidingsrede, uitgesproken b? de presentatie van het ontwerp van de regeringscommissie*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994 (*Discours préliminaire au premier projet de Code civil* (1801), vertaald, toegelicht en besproken door B. van Roermond, F. Tanghe en H. Willekens), p. 17.

34 Portalis, 1801, p. 15.

35 Ph.A.N. Houwing, 'Zekerheid omtrent het recht', in: A. Minkenhof, J.M. Polak, *Geschriften van Houwing*, Deventer: Kluwer 1972, p. 204.

van de wetgever naar bevind van zaken in te vullen.³⁶ Hesselink ziet de redelijkheid en billijkheid niet als een grondregel die het verbintenissenrecht doortrekt, maar als een schaamlap die het – kennelijk ijdele – werk der rechterlijke rechtsvorming bedekt.³⁷

Deze drie schrijvers zetten het probleem buitengewoon scherp neer en leggen ook wat betreft de betekenis van het legaliteitsbeginsel de vinger op de zere plek. Als de wet op een aantal belangrijke punten geen criteria geeft, dan verliest het legaliteitsbeginsel, het idee dat de rechter volgens de wet recht moet spreken, fors aan betekenis: daar waar de rechter op basis van een open norm heeft te beslissen *kán* de rechter – al zou hij dat willen – niet *contra legem* gaan en wel omdat de wet hem geen strobreed in de weg lijkt te leggen. De maatschappelijke betamelijkheid in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, de redelijkheid en billijkheid in het contractuele aansprakelijkheidsrecht en de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking als sluitstuk lijken mee te brengen dat het legaliteitsbeginsel weinig normerende kracht *kán* hebben. Deze normen geven de rechter – anders gezegd – tamelijk veel ruimte tot rechtsvorming.

4 GEEN PLAATS VOOR HET LEGALITEITSBEGINSEL IN HET PRIVAATRECHT?

Het feit dat *is* en *ought* vanuit een methodologisch perspectief niet goed van elkaar zijn te onderscheiden, het feit dat de wetgever de civielrechtelijke werkelijkheid niet geheel kan overzien en het – kwalitatief – ruimhartige gebruik van open normen door de privaatrechtelijke wetgever maken dat er weinig plaats lijkt voor het legaliteitsbeginsel in het vermogensrecht. Ja, heel veel verder dan de vage notie van de binding aan het recht aan de ene kant, en de zoektocht naar het aanvaardbare resultaat aan de andere kant, lijken wij vanuit een constitutioneel perspectief niet te kunnen komen. *Interaction between Legal systems?* Tussen het staatsrecht en het privaatrecht lijken wij er, zeker wat het legaliteitsbeginsel betreft, ver van verwijderd. Hesselink schrijft:

‘De taak van de rechter op grond van een stelsel van abstracte regels een concreet geval te beslissen brengt dus mee dat hij onder omstandigheden de regels moet concretiseren, aanvullen, corrigeren teneinde een (in zijn ogen) aanvaardbaar resultaat te bereiken.’³⁸

Vervolgens maakt hij de volgende gevolgtrekking:

³⁶ Cliteur, 2006, p. 38.

³⁷ M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1999, p. 410-411.

³⁸ Hesselink 1999, p. 400, zie voorts p. 404 e.v.

‘De rechter past het recht niet alleen toe; hij ontwikkelt het ook. [...] [D]e noodzaak voor de rechter nieuwe regels te ontwikkelen, [vloeit voort] uit de omstandigheid dat hij in elk geschil dat hem wordt voorgelegd moet beslissen: hij moet de eis toe- of afwijzen. Zou men dus de bevoegdheid van de rechter tot rechtsvorming willen betwisten, dan stelt men daarmee noodzakelijk ook zijn bevoegdheid tot rechtspreken ter discussie. Elke poging tot verdere legitimatie is dus tot mislukken gedoemd. Er is geen enkele ander legitimatie voor de rechterlijke uitspraak dan de feitelijke dat de Grondwet de rechter de taak heeft gegeven geschillen te beslechten op basis van het wetboek.’³⁹

Vanuit een staatsrechtelijk oogpunt zou er weinig meer te zeggen zijn dan dat de burgerlijke rechter zijn bevoegdheid om geschillen te beslechten aan de grondwet ontleent. ‘Elke poging tot verdere legitimatie is [...] tot mislukken gedoemd.’

Ik deel zijn analyse slechts ten dele. Hesselink heeft gelijk als hij meent dat de rechter niet aan rechtsvorming kán ontkomen. Doch, de verwevenheid van het geldende recht en het wenselijk recht impliceert nog niet dat het legaliteitsbeginsel zonder betekenis is en kan zijn. ‘Dat de rechter interpreteert’, zo schrijft van den Bergh terecht, ‘is een gegeven. De vraag is slechts, hoever de rechter daarbij kan gaan. Dat is geen zuiver theoretische vraag, maar mede een politiek constitutionele’.⁴⁰ Een rechter die de rechtsvorming als zijn taak ziet, kan zich – in mijn optiek – niet achter de theoretische onontkoombaarheid van rechterlijke rechtsvorming verschuilen. Het zou een staatsrechtelijke capitulatie zijn om de zoektocht bij voorbaat te staken, en, zoals Hesselink doet, een stopbord te plaatsen met het opschrift: ‘kansloos’. De vraag kan namelijk worden gesteld hoeveel rechtsvorming het legaliteitsbeginsel verdraagt, hoeveel rechtsvorming vanuit een constitutioneel oogpunt legitiem is en waarom.

De onontkoombaarheid van rechterlijke waarderingsruimte zegt op zichzelf niets over het antwoord op de vraag in hoeverre de rechter deze ruimte mag aanwenden om tot het gewenste resultaat te komen. Ik zou het zo willen stellen, dat de rechter meer conservatief of meer progressief met zijn waarderingsruimte om kan gaan. De wijze waarop de rechter of de rechtsvinder met deze ruimte omgaat zou ik het rechtsvindingscredo willen noemen.⁴¹ Er zijn twee uitersten. Enerzijds is er een rechtsvindingscredo denkbaar dat de nadruk legt op het gewenste resultaat. De bijbehorende kritische vraag luidt: ‘Is dit resultaat rechtvaardig?’ Anderzijds is er een meer conservatief rechtsvindingscredo denkbaar. De kritische vraag luidt hier: ‘Kunnen de rechtsbronnen

39 Hesselink 1999, p. 403.

40 G.C.J.J. van den Bergh, *Wet en gewoonte*, Deventer: Kluwer 1982, p. 24.

41 Hierbij ben ik geïnspireerd door een opstel van Vranken over de methode die Schoordijk in zijn werk aan de dag legt. Vranken spreekt van het ‘credo’ van Schoordijk dat het recht nooit onbillijk kan zijn. J.B.M. Vranken, ‘Moderne dogmatiek. Over de denkstijl van Herman Schoordijk. De huidige discussie over juridische methodologie’, *WPNR*, 2007/6693, p. 24.

dit resultaat dragen?’ Natuurlijk is het niet van tweeën één en draagt iedere rechtsvindingstheorie iets van beide benaderingen in zich. Het is een vraag van meer of minder. In een gecodificeerd rechtssysteem heeft het rechtsvindingscredo vooral betrekking op de vraag hoe de rechter om behoort te gaan met het bestaan van een wet of het niet bestaan van een (gewenste) wet. Is er een relevante wet voor handen, dan kan de jurist zich afvragen, hoeveel vrijheid hij zich ten opzichte van de wet mag veroorloven bij de interpretatie. Is er géén wet voor handen die ziet op een bepaalde situatie, dan kan de rechter zich afvragen of hij de wet mag aanvullen. Deze vragen komen neer op een opvatting van het juridische legaliteitsbeginsel, een opvatting over de vraag wat het betekent dat de rechter volgens de wet recht moet spreken.

Ik zal deze abstracte vraag verduidelijken met een concreet voorbeeld. Over het algemeen wordt aangenomen dat de rechter in beginsel recht mag vormen als er sprake is van een wettelijke leemte.⁴² Wie deze stelling poneert, moet goed in het oog houden wat een leemte tot een leemte maakt. Stel, wij leven in 1919 en wij hebben zitting in de Hoge Raad der Nederlanden en voor ons staan Cohen en Lindenbaum.⁴³ De eerste heeft bedrijfsgeheimen gestolen van de laatste; de laatste wenst schadevergoeding. Probleem is – wij leven in 1919 – dat ‘onregmatig’ onwetmatig betekent, en dat er géén wet voorhanden is die verbiedt hetgeen Cohen deed. Wij zouden nu kunnen stellen dat de wet, gezien de (destijds) heersende interpretatietheorie, een leemte vertoont. *Quod non!* Er bestaat wel degelijk een oplossing: een afwijzing van een vordering is óók een oplossing.⁴⁴ Deze uitspraak zal menig jurist tegen de haren in strijken. En daarmee zijn we bij de kern: de uitspraak ‘de wet bevat een leemte’, staat niet zelden gelijk aan de uitspraak ‘de wet behoort dit of dat zó en zó te regelen’. Inderdaad, de behoefte aan een bepaald resultaat, constitueert soms de leemte. Vervolgens is het een interessante vraag of er een (staatkundige of staatsrechtelijke) legitimatie kan worden gevonden, voor de rechterlijke *opvulling* van een dergelijke leemte. Was het progressieve rechtsvindingscredo van de Hoge Raad in het klassieke Lindenbaum/Cohen arrest in strijd met het legaliteitsbeginsel?

Voordat wij deze vraag vruchtbaar kunnen beantwoorden is het goed kort stil te staan bij de verhouding van het legaliteitsbeginsel tot de constitutionele theorie.

42 Vgl. 13 AB.

43 HR 31 januari 1919, NJ 1919,161.

44 Vranken, 1995, nr. 100.

5 HET LEGALITEITSBEGINSEL EN DE CONSTITUTIONELE THEORIE

Aan het staatsrecht gaat (idealiter) een voorstelling vooraf hoe het staatsrecht eruit behoort te zien.⁴⁵ Deze voorstellingen over het constitutionele *ius constitutum* maken sinds de Griekse oudheid deel uit van een belangrijke traditie die heden ten dage bekend staat als de constitutionele theorie. Wie deze constitutionele theorie bestudeerd, zal zien dat er grofweg twee kernbeginselen bestaan waaraan ieder constitutioneel systeem zoveel mogelijk moet voldoen. In de eerste plaats moet de constitutie zo zijn vorm gegeven dat de onderdanen zijn beschermd tegen willekeurige aanwending van de staatsmacht. Machtsmisbruik moet zoveel als mogelijk worden voorkomen; het is deze grondregel die ieder jurist in zijn hoofd en hart meedraagt. Doch daarnaast is er een tweede grondbeginsel: iedere staat behoort over voldoende juridisch gelegitimeerde macht te beschikken om het algemeen belang naar behoren te dienen.⁴⁶ Ik licht dit kort toe.

Aan alle constitutionele theorie gaat noodzakelijkerwijs één vraag vooraf. Waartoe is de staat op aarde?⁴⁷ In één van de oudste werken op het gebied van de constitutionele theorie – Plato's *Politeia* – komt dit treffend naar voren. Socrates bouwt in een dialoog een staat van de grond toe op. Op een gegeven moment bereikt Socrates een punt, waar hij het leven beschrijft van de ingezetenen. Socrates beschrijft een sober diner, gebed in een sober leven. Eén van zijn toehoorders, Glaukon, roept uit:

'Als je een varkensstaat zou stichten, Socrates, zou je toch precies dezelfde kost serveren?'⁴⁸

Na deze opmerking voelde Socrates zich gedwongen om een andere weg in te slaan. Dit gesprek is nog altijd relevant voor de constitutionele theorie. Het leert ons dat het antwoord op de vraag 'Waartoe is de staat op aarde?', van invloed is op de vraag hoe de staat het beste kan worden ingericht. Vele eeuwen later is het *telos* van de staat door Hobbes vastgesteld op het garanderen van de vrede en veiligheid: een ieder draagt een deel van zijn macht over aan de soeverein om aan de door Hobbes gedachte oorlog van allen tegen

45 Voor de invalshoek van het *ius constitutum* ben ik geïnspireerd door het werk en de college's van A.A.M. Kinneging. Zie bijvoorbeeld: A.A.M. Kinneging, *Geografie van goed en kwaad: filosofische essays*, Utrecht: Spectrum 2005, p. 304-331.

46 Beide grondbeginselen komen fraai tot uitdrukking over de verhouding tussen 'instrumentaliteit' en 'rechtsbescherming' in het strafrecht. Zie daarvoor: A.C. 't Hart, R. Foqué, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming: grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem: Gouda Quint 1990.

47 Deze vraag is een variatie op een vraag die Nieuwenhuis als boektitel heeft gekozen. J.H. Nieuwenhuis, *Waartoe is het recht op aarde*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

48 Plato, *Politeia*, Amsterdam: Bert Bakker 2005 (*Politeia*, vertaald door H. Warren en M. Molegraaf), p. 75.

allen te ontsnappen.⁴⁹ Ondertussen zal er geen westerling te vinden zijn die het daarbij alleen wil laten. Maar daar houdt de overeenstemming ook op: waar de staat voor bedoeld is, is traditioneel voorwerp van het politieke debat. Een belangrijk onderdeel van deze traditie is dat deze te onzent democratisch is en dat er altijd ruimte is voor een hedendaagse Glaukon die pleit voor een ruimere of engere opvatting van de staatstaak. Een belangrijk grondbeginsel van het constitutionele *ius constituendum* is dat de staat de juridische middelen behoort te hebben om het doel in voldoende mate te verwezenlijken waarop zijn bestaansrecht is gefundeerd. Dit noem ik het telosbeginsel.

Het is mogelijk om daartoe alle juridische macht in handen te leggen van één persoon, zodat deze in staat is het algemeen belang te dienen. Zo zag Plato de macht het liefst in handen van een door hem gedachte koning-filosof.⁵⁰ Het probleem van koning-filosofen is echter dat zij dun zijn gezaaid, en het probleem van politieke macht is dat deze in verkeerde handen kan komen en kan worden misbruikt. De ervaring leert dat een koning zijn macht niet alleen ten goede kan aanwenden maar evenzeer ten kwade. Op basis van de Romeinse constitutionele geschiedenis, waarin koningen het voor het zeggen hadden trekt Cicero een belangrijke les voor de constitutionele theorie:

‘The fate of the people, then, is precarious when (...) it depends on the goodwill and good character of a single man.’⁵¹

De staatsmacht in handen van één man, of in handen van één groep personen, kan leiden tot tirannie. Met deze waarschuwing van Cicero, zijn we aanbeland bij het andere vereiste dat aan een constitutioneel systeem kan worden gesteld. Iedere constitutie moet voorkomen dat de staat uitmondt in tirannie en willekeur. Dit noem ik het beschermingsbeginsel.

Tussen deze twee kernbeginselen bestaat een spanningsveld. Een staat die aan handen en voeten gebonden is, is wellicht voor de onderdaan ongevaarlijk, maar daarnaast mogelijk niet bij machte te doen wat nodig is voor het algemeen belang. Omgekeerd is een dictator uitermate slagvaardig, maar men moet maar hopen dat hij zijn juridische macht ten goede aanwendt. De heilige graal van de constitutionele theorie, de heilige graal van het staatsrecht is een constitutioneel systeem waarin beide beginselen naast elkaar tot hun recht komen. Hoe komen de twee grondbeginselen van het constitutionele *ius constituendum* tot zijn recht in het legaliteitsbeginsel?

‘Elk overheidsoptreden’, zo schrijft Kortmann, ‘dient te berusten op een algemene (...) regel, hetzij krachtens attributie, hetzij krachtens delegatie

49 T. Hobbes, *Leviathan*, Amsterdam: Boom 2005, p. 164. (*Leviathan*, vertaald door W.E. Krul ingeleid door B.A.G.M. Tromp), p. 211.

50 Plato 2005, p. 217-218.

51 T. Cicero, *The Republic and the Laws*, Oxford: University Press 1998, p. 19 (*De Republica en De Legibus*, vertaald naar Engels door N. Rudd), p. 51.

vastgesteld. Tevens moet dat optreden conform de algemene regel zijn, qua inhoud en procedure.⁵² Iemand is geen verdachte als de opsporingsambtenaar of de officier van justitie dat gerade acht, doch iemand is, krachtens art. 27 Sv, slechts verdachte als er ten aanzien van die persoon 'uit feiten of omstandigheden een redelijk vermoeden van schuld aan enig strafbaar feit voortvloeit'. Het begrip verdachte is vervolgens van essentieel belang ten aanzien van de vraag welke dwangmiddelen de staat tegen een persoon mag gebruiken. Uiteraard klinkt in het legaliteitsbeginsel heel sterk de gedachte door dat 'de burger' en 'de rechtspersoon' beschermd moeten worden tegen willekeurige aanwending van de staatsmacht. Zo hangt het beginsel nauw samen met twee belangrijke rechtsstatelijke beginselen. Dit is enerzijds het idee dat overheids-optreden democratisch gelegitimeerd moet zijn. Het is de democratisch gelegitimeerde wetgever die de wet stelt; de soevereiniteit ligt bij het volk. Anderzijds ligt het legaliteitsbeginsel dicht bij de trias politica. Het legaliteitsbeginsel vooronderstelt een wetgever die wetten stelt en andere staatsmachten die overeenkomstig de wet handelen. In het legaliteitsbeginsel klinkt duidelijk het beschermingsbeginsel door.

Toch is dit slechts één kant van het legaliteitsbeginsel: het is tevens een uitwerking van het *telos*beginsel. Het legaliteitsbeginsel is binnen de continentale traditie van de rechtsstaat het concept bij uitstek dat betrekking heeft op de vraag wat de staat wél mag: aan de staatsambten wordt door middel van attributie en delegatie bevoegdheden toegekend. De overheid mag – in beginsel – dat doen, waartoe de wet de bevoegdheid verleent. Anders gezegd, *the rule of law* draagt ook de gedachte *rule by law* in zich.⁵³ Het staatsrecht geeft de staat in het algemeen, en de staatsambten meer in het bijzonder, de juridische middelen in handen die nodig zijn om het algemeen belang te dienen. Als wij alle internationale betrekkingen laten voor wat zij zijn, kan worden gesteld dat het de wetgever is, die het werkterrein van de overheid omlijnt. De (grond)wetgever rolt het legaliteitsbeginsel uit tot een systeem van wetgeving waaraan de overheid zijn bevoegdheden ontleent. Het is de taak van de wetgever om deze taak op een dusdanige manier op te vatten, dat de staat voldoende bij machte is om het algemeen belang te dienen.

Soms is er een meer subtiele balans tussen de twee grondbeginselen nodig. Het *telos*beginsel komt heel nadrukkelijk naar voren in het fenomeen dat sinds Struycken in de rechtsgeleerde literatuur bekend staat als de zogenaamde 'terugtrek van de wetgever'.⁵⁴ Door de enorme staatstaak die de verzorgings-

52 C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 51-52.

53 Term 'rule by law' heb ik van: B.Z. Tamanaha, *On the rule of law. History, Politics, Theory*, Cambridge University Press 2004, p. 91.

54 Kortmann 2008, p. 60; De term is gemunt in A.A.H. Struycken, *Administratie of rechter : beschouwingen over de moderne rechtstaatsgedachte naar aanleiding van de aanhangige ontwerpen tot regeling der administratieve rechtspraak*, Arnhem: Gouda Quint 1910, p. 17.

staat meebrengt, is het voor de wetgever ondoenlijk om alles te overzien en tot in detail te regelen. Kortmann schrijft dat de terugtred van de wetgever:

‘op gespannen voet (staat) met een aantal elementen van de rechtsstaat, te weten het legaliteitsbeginsel, de eis van de “democratische” wetgever en de eis dat de norm niet afkomstig is van de administratie zelf.’⁵⁵

Hoewel deze opmerking juist is, moet niet uit het oog worden verloren dat andere rechtsstatelijke idealen op de tocht zouden staan, zodra de wetgever al deze taken zelf uitputtend zou (willen) regelen. Daarmee bedoel ik de eis dat de overheid voldoende bij machte behoort te zijn om het algemeen belang te dienen. Natuurlijk moet ervoor worden gewaakt, dat het legaliteitsbeginsel met het terugtreden van de wetgever, een lege huls wordt. Er moet echter worden bedacht, dat tegen besluiten van bestuursorganen bezwaar en beroep mogelijk is. De rechter kan besluiten met name toetsen aan de beginselen van behoorlijk bestuur.⁵⁶ Inderdaad, de beginselen van behoorlijk bestuur worden ingegeven door het beschermingsbeginsel; de terugtred van de wetgever door het telosbeginsel.

6 DE BETEKENIS VAN HET LEGALITEITSBEGINSEL IN HET PRIVAATRECHT

6.1 De stuwende kracht van het telosbeginsel

De rechter behoort volgens de wet recht te spreken. Als wij dit uitgangspunt vanuit het perspectief van het constitutionele beschermingsbeginsel bekijken dan heeft het met name twee te onderscheiden functies. Enerzijds ligt in deze eis de waarde besloten dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld en ongelijke gevallen ongelijk: voor de wet is een ieder gelijk. Anderzijds beoogt het legaliteitsbeginsel ‘de burger’ en de ‘rechtspersoon’ een zekere mate van zekerheid omtrent het recht te verschaffen. Zij moeten kunnen voorspellen wanneer, in de woorden van Holmes, de ‘*whole power of the state*’ zich tegen hen zal keren bij de tenuitvoerlegging van een executoriale titel.

Wie dit beeld tot zich laat doordringen, en zich de potentiële macht van de rechter realiseert, moet ervoor waken dat hij de andere kant van de constitutionele medaille niet uit het oog verliest. Hierop wordt goed zicht verkregen als men zich afvraagt: ‘*Waar toe is de burgerlijke rechter op aarde?*’⁵⁷ In de grondwet staat droog: ‘Aan de rechterlijke macht is opgedragen de berechting van

⁵⁵ Kortmann 2008, p. 60.

⁵⁶ H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt, R. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Amsterdam: Reed Business 2011, p. 267 e.v. en p. 354 e.v.

⁵⁷ Deze vraag is een variatie op een vraag die Nieuwenhuis als boektitel heeft gekozen. J.H. Nieuwenhuis, *Waar toe is het recht op aarde*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

geschillen over burgerlijke rechten en over schuldvorderingen.⁵⁸ Deze bepaling is niets minder dan de keerzijde van een zeer fundamenteel principe dat in ieder beschaafd land geldt. De taak van de rechter om geschillen te beslechten staat in nauw verband met het verbod op eigenrichting. Het met dit verbod samenhangende beroep op een onafhankelijke rechter ziet Locke zelfs als hét kenmerk van een politieke gemeenschap.⁵⁹ Een belangrijk verschil tussen de *'The State of Nature'* en de samenleving die leeft onder het gezag van een overheid, is dat in de eerste samenlevingsvorm een ieder zichzelf beschermt tegen de willekeur van zijn naasten, terwijl in de laatste samenlevingsvorm deze taak principieel is neergelegd bij de bezitter van het geweldsmonopolie: de staat. Eén van de essentialia van het maatschappelijk verdrag is, aldus Locke, dat een ieder zijn recht op eigenrichting overdraagt aan de soeverein.⁶⁰

Welnu, de enige manier om in een politieke gemeenschap in een onoplosbaar conflict je gelijk te gelde te maken is, juridisch gezien, niet met de vuist, maar met de dagvaarding. Dit punt maakt de rechtsprekende functie tot een belangrijke staatsfunctie. Tegenover het inzicht dat de *'whole power of the state'* een potentieel kwaad is, is dit tegelijkertijd het zwaard dat de burger beschermt tegen de bedoelde én onbedoelde willekeur van zijn medemens. Een deel van de *'Bellum omnium contra omnes'* wordt tegenwoordig (mede) gevoerd met juridische middelen.⁶¹ Juist vanwege het verbod op eigenrichting is de rechtsbedeling, zo schrijft Portalis, 'de eerste schuld (...) van de soeverein tegenover de burgers.'⁶² Deze schuld heeft ook een kwalitatieve dimensie. *Lites finire oportet* mag in een rechtsstaat géén cynisch adagium zijn. Inderdaad, het telosbeginsel brengt mede, dat de rechter het instrumentarium behoort te hebben om rekening te houden met de omstandigheden van het geval, hij behoort het instrumentarium te hebben waarmee hij rechtvaardig recht kan spreken.

Terug naar het arrest Lindenbaum/Cohen. Was het rechtsvindingscredo van de Hoge Raad te progressief, teveel gericht op het aanvaardbare resultaat? Cohen stal bedrijfsgeheimen van Lindenbaum, de laatste wilde schadevergoeding voor de door hem geleden schade. Het probleem was dat 'onregtmatig' volgens vaste rechtspraak onwetmatig betekende en dat er voorts geen wet was, die verbood hetgeen Cohen had gedaan. De gemiddelde jurist zal het niet moeilijk vallen om in Cohen, Holmes' *bad man* te zien, ditmaal niet zozeer om aan te tonen dat er een onderscheid bestaat tussen recht en moraal, maar om het inzicht dat zekere wetten, met zekere uitkomsten, uitnodigen tot

58 Art. 112 GW.

59 J. Locke, *The Second Treatis of Government and A Letter Concerning Toleration*, New York: Dover Publications 2002, nr. 87.

60 Locke, 2002, nr. 87.

61 Naast de middelen die nodig te zijn om tegen elkaar in het krijt te treden binnen het domein van de vrije markt.

62 Portalis, 1801, p. 18.

wetontwijkend gedrag te kwader trouw.⁶³ Anders gezegd, teveel rechtszekerheid geeft de *bad man* de mogelijkheid om evident immoreel gedrag op zijn naaste te botvieren voor zover de wet een normatieve leemte in zich draagt. In dit arrest was de Hoge Raad dan ook van oordeel dat onrechtmatig niet alleen slaat op een doen of nalaten in strijd met de wet maar óók op 'een handelen of nalaten, dat (...) indruischt (...) tegen de zorgvuldigheid, welke in het maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed.'⁶⁴ Men mag, in een rechtssysteem met een verbod op eigenrichting, niet het slachtoffer worden van lieden te kwader trouw alléén omdat de wet onvolledig is. Een stuk rechtsonzekerheid zorgt er in wezen voor dat '*our friend the bad man*' met wat minder zekerheid en vertrouwen zijn praktijken kan uitoefenen. Niet mag worden vergeten dat de burger niet alleen moet worden beschermd tegen de overheid maar óók tegen de willekeur van zijn medeburgers. Het telosbeginsel rechtvaardigd in het Lindenbaum/Cohen arrest een rechtsvindingscredo dat geënt is op het aanvaardbare resultaat; de staat behoort bij machte te zijn om zijn onderdanen te beschermen tegen de kwade trouw van andere onderdanen.

Het probleem in het Lindenbaum/Cohen arrest is een sprekend voorbeeld van het meer algemene probleem dat in elk gecodificeerd vermogensrecht besloten ligt. Het legaliteitsbeginsel (waaraan het telosbeginsel mede ten grondslag ligt) gaat uit van de vooronderstelling dat de wetgever in staat is om een wet in het leven te roepen die de rechter voldoende in staat stelt rechtvaardig recht te spreken. Er zijn grofweg twee strategieën die dit kwalitatieve probleem het hoofd proberen te bieden, één ingezet door de wetgever de ander door de rechter. Ik doel op het gebruik van open normen in de wet door de wetgever enerzijds en een progressief rechtsvindingscredo door de rechter anderzijds. 'Het resultaat bepaalt', zo schrijft Schoordijk, '...of wij een beslissing als goed of slecht ervaren. Het te bereiken resultaat bepaalt de inhoud van de normen.'⁶⁵ Nu wil ik niet beweren dat iedere civilist er zo over denkt, wél durf ik de stelling aan dat een hedendaags civilist zich weinig thuis zou voelen bij een (te) conservatief rechtsvindingscredo, juist omdat de rechter bij machte behoort te zijn om recht te doen aan 'de omstandigheden van het geval'.⁶⁶ Een progressief rechtsvindingscredo lijkt, zeker in het verbintenissenrecht, gerechtvaardigd. In het goederenrecht ligt dit anders: ik beperkt mij hier tot de overweging dat het karakter van het goederenrecht meebrengt dat de rechter hier veel minder ruimte heeft en behoort te hebben. Bedacht moet worden dat het goederenrecht alleen goed kan functioneren als helder vast staat wie welk recht toekomt: de rechtszekerheid staat in het goederen-

63 Holmes, p. 6.

64 HR 31 januari 1919, NJ 1919, 161 (Lindenbaum/Cohen).

65 H.C.F. Schoordijk, *Oordelen en vooroordelen (rede)*, Deventer: Kluwer 1972, p. 9.

66 Hartkamp 1992, p. 20-30; J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel ****, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2005, nr. 9.

recht voor een belangrijk deel in het teken van het *telos*beginsel. Rechtszekerheid is hier een eis van het rechtsverkeer.

6.2 De conserverende kracht van het beschermingsbeginsel: de fundering van het *stare decisis* beginsel

Zeker in het verbintenissenrecht is een progressief rechtsvindingscredo legitiem. Maar, zo zouden we op dit punt met Houwing kunnen zeggen, verlangt de burger naast rechtvaardige rechtspraak niet ook zekerheid, zekerheid omtrent het recht?⁶⁷ Wat is de plaats van het ideaal dat gelijke gevallen gelijk behandeld moeten worden? Hoe kan, kortom, het beschermingsbeginsel tot zijn recht komen? – wij lijken precies te staan aan het begin van ons betoog waar de plaats van het legaliteitsbeginsel van weinig betekenis leek. Het methodische inzicht dat de toepassing van de norm de betekenis mede bepaalt, de open normen in het vermogensrecht, de zojuist ‘aangetoonde’ legitimiteit van een progressief rechtsvindingscredo, dat alles lijkt tot de onontkoombare conclusie te leiden dat het legaliteitsbeginsel nauwelijks normerende kracht heeft: er lijkt eenvoudigweg geen plaats voor. De rechtshistoricus Jansen lijkt ook na al het bovenstaande het gelijk aan zijn zijde te hebben.

Desalniettemin meen ik dat Jansen, daar waar hij betoogt dat artikel 11 wet AB zijn tijd wel gehad heeft, bestrijding verdient. Als een jurist wordt geconfronteerd met de vraag in welke zin een rechtshandeling moet worden uitgelegd, en wat de artikelen 3:32-3:35 BW in dit verband meebrengen, dan zal hij niet zelf het wiel uitvinden maar de betekenis van art. 3:32-3:35 baseren op de rechtspraak die omtrent het Haviltex-arrest is gewezen.⁶⁸ Welnu, de vraag laat zich stellen of, en zo ja, in hoeverre de rechtbank, het hof en de Hoge Raad zijn gebonden aan de jurisprudentie van de Hoge Raad. Wij kunnen ons, met andere woorden, afvragen of ons recht een *stare decisis* beginsel kent, en zo ja, wat de grondslag van dit beginsel is.

Daar waar in de literatuur wordt gepleit voor een vorm van precedentwerking wordt dit meestal gefundeerd op het rechtszekerheidsbeginsel en het rechtsgelijkheidsbeginsel. Zo betoogt Vranken dat rechtspraak tot op grote hoogte precedentwerking behoort te hebben, hoewel de binding aan eerdere rechtspraak volgens hem niet strikt is; afwijken mag mits met zwaarwegende argumenten. Van een *stare decisis* beginsel is volgens hem géén sprake, wél van een sterke gebondenheid.⁶⁹ De grondslag van de precedentwerking is volgens Vranken gelegen in het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. Eerder, in 1950, koos Jan Drion – op grond van het rechtszekerheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel – voor een verge-

67 Houwing, 1972, p. 206.

68 HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (Haviltex).

69 Vranken 1995, nr. 189.

lijkbare benadering. Drion aarzelde niet en sprak van een voorwaardelijk *stare decisis* beginsel.⁷⁰ Hoewel het rechtsgelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel als argumenten voor een *stare decisis* beginsel overtuigend kunnen zijn, is het beroep op dergelijke beginselen als fundament vaag. Anderen, zoals Koopmans, concluderen op empirische gronden tot het bestaan van een *stare decisis* beginsel. Het beginsel is ‘slechts af te leiden uit het gedrag van de gerechten zelf.’⁷¹

Ik meen dat er een tamelijk ‘hard’ staatsrechtelijk fundament aan het *stare decisis* beginsel kan worden gegeven. In mijn optiek vloeit het *stare decisis* beginsel voort uit het legaliteitsbeginsel: de regel dat de rechter volgens de wet recht moet spreken. Ik leg dit uit. Als wij erkennen dat de toepassing de betekenis van de wet mede bepaalt, en als wij erkennen dat de rechter – omwille van het telosbeginsel – een redelijke op de praktijk geënte uitleg aan de wet mag geven, is het dan niet volstrekt voor de hand liggend, dat wij dan zeggen dat de aldus ‘gevonden’ betekenis door behoort te werken in de regel, dat de rechter volgens de wet recht moet spreken? Sluit het woord ‘wet’ niet de jurisprudentie in, die naar aanleiding van de wet is gewezen, juist omdat de toepassing de betekenis mede bepaalt?⁷² Inderdaad, de regel dat de rechter volgens de wet recht moet spreken, verwordt tot de regel dat de rechter volgens de wet recht moet spreken – en nu komt het – *overeenkomstig de zin zoals die in de jurisprudentie van de Hoge Raad tot uitdrukking komt*. Dat is de consequentie van de ratio van het legaliteitsbeginsel (vanuit het beschermingsbeginsel), het is de consequentie van de wenselijkheid van rechterlijke rechtsvorming (vanuit het telosbeginsel) en het is de consequentie van het inzicht dat de betekenis van de wet mede door de toepassing wordt bepaald. De rechter is via de wet aan het ongeschreven recht – aan het rechtersrecht – gebonden.

Dit *stare decisis* beginsel is – uiteraard – *beginsel*, geen regel. Het kan niet los worden gezien van het meer progressieve rechtsvindingscredo. De rechter mag van de jurisprudentie afwijken als een bepaalde regel in de rechtspraak in een concreet geval tot resultaten komt die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Maar dit betekent dat een in de jurisprudentie neergelegde uitleg van een bepaalde wetsbepaling het uitgangspunt is en behoort te zijn. De rechter mag alleen afwijken, als het rechtvaardige resultaat zwaarder weegt en behoort te wegen dan het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel.

70 J. Drion, ‘Stare Decisis. Het gezag van precedenteren’, in: Verzamelde geschriften van J. Drion, Denter Kluwer 1968, p. 161 e.v. In gelijke zin Hesselink 1999, p. 400 e.v.

71 G.J. Wiarda, T. Koopmans, Drie typen van rechtsvinding, Deventer: Tjeenk Willink 1999, p. 130. Koopmans is hier zelf aan het woord in de slotbeschouwing van zijn bewerking van het boek van Wiarda.

72 Vgl. Smith 2007, par. 6.4.8. ‘Wat geldend recht is’ – schrijft hij – ‘wordt primair bepaald door de wetgever, maar tevens door de wijze waarop deze regels door de rechtspraak worden gehanteerd.’

Ik moge dit laatste verduidelijken met een voorbeeld. Sinds enkele decennia is de regel gemeengoed, dat bij de uitleg van overeenkomsten niet alleen de woorden worden betrokken, maar dat de uitleg mede afhangt van – kort gezegd – elkanders gerechtvaardigde verwachtingen. Stel nu dat in het *WPNR* een baanbrekend artikel verschijnt, waarin min of meer wordt bewezen dat de Haviltex-norm onrechtvaardig is, dat het veel rechtvaardiger is als er uitsluitend gewicht wordt gehangen aan de woorden van de overeenkomst. Zelfs dan lijkt het mij dat de rechter, ja zelfs de Hoge Raad, *ultra vires* handelt als hij afwijkt van de Haviltex norm en contracten letterlijk gaat uitleggen. De rechtszekerheid dient veel zwaarder te wegen; vele contracten zijn opgesteld met de gedachte dat in rechte de Haviltexnorm geldt.

Soms weegt de zekerheid omtrent het recht minder zwaar. In dit verband zij er met enige nadruk op gewezen dat de bijzondere aard van de privaatrechtelijke rechtsbetrekking niet uit het oog mag worden verloren. Als het rechtszekerheidsbeginsel in het publiekrecht een rol speelt, dan gaat het vaak over een verticale verhouding: de overheid tegen de burger. Slaagt een beroep op de rechtszekerheid dan komt dit ten goede aan de burger, en gaat dit ten koste van de staat. In het privaatrecht draait het daarentegen overwegend om horizontale betrekkingen tussen personen. Een geslaagd beroep op de rechtszekerheid van de één gaat ten koste van het belang van de ander.

In het door mij gedachte rechtsvindingscredo komt én het telosbeginsel én het beschermingsbeginsel tot zijn recht. Het telosbeginsel komt tot zijn recht, doordat de rechter de bevoegdheid heeft om van wet en rechtspraak af te wijken voor zover de rechtvaardigheid dit eist. Het beschermingsbeginsel komt tot zijn recht, doordat de rechter niet alleen is gebonden aan de wet maar óók aan de betekenis die de Hoge Raad aan de wet heeft gegeven. Dit laatste is vooral van grote betekenis daar waar de normen – door de openheid van de normen – zwijgen; recht spreken volgens de wet betekent dan rechtspreken volgens de in de jurisprudentie neergelegde rechtsregels. Ja, ik zou zelfs zeggen dat een meer progressief rechtsvindingscredo alleen legitiem is, als daar een *stare decisis* beginsel tegenover staat. Geen rechtsvorming zonder gebondenheid.

7 SLOT

Op deze plaats heb ik niet heel veel meer dan een constitutioneel fundament willen geven van twee dingen die iedere civilist intuïtief weet. Namelijk dat de rechter een behoorlijke waarderingsvrijheid heeft en behoort te hebben en dat de rechter (de Hoge Raad inclusief) in zekere mate gebonden is en behoort te zijn aan de jurisprudentie van de Hoge Raad. Ik heb geprobeerd een antwoord te geven op de vraag wat de betekenis van het legaliteitsbeginsel behoort te zijn voor de privaatrechtelijke rechtsvinding. Daarmee heb ik in het voetspoor van de legisten aandacht willen schenken aan de constitutionele dimensie van de privaatrechtelijke rechtsvinding.

7 | De invulling van financieelrechtelijke open normen in een meerlagige rechtsorde

T.C.A. Dijkhuizen & V.Y.E. Caria [■]

1 INLEIDING

Sinds 2007 heeft *principle based*-regelgeving¹ snel aan terrein gewonnen. Black stelde dat *principle based*-regelgeving vanaf voornoemd jaar als de oplossing werd gezien voor de uitdagingen die de (financiële) praktijk bood voor zowel beleidsmakers als de financiële sector zelf.² De Serière had het in 2008 over het in zwang komen van *principle based*-regelgeving in het financiële (toezichts)recht.³ Parallel aan de opkomst van vorenbedoelde wetgevingstechniek, stak ook kritiek op de omgang van de financiële toezichthouders met deze wetgevingstechniek de kop op. De Serière sprak in dit verband over een aanzienlijke ‘proliferatie van regelgeving, quasi-regelgeving, interpretaties en informatie’, waarbij de grens tussen regelgeving en informele stellingnames van de toezichthouder vervaagde.⁴ Voorts stelde Roth dat het ‘in het algemeen een doorn in het oog van praktijkjuristen’ was dat de toezichthouder op een inconsistente, weinig toegankelijke wijze de normen invulde.⁵

Deze beschouwing zal nader ingaan op de rol van De Nederlandsche Bank (DNB) en de Autoriteit Financiële Markten (AFM) met betrekking tot *principle based*-regelgeving in het financiële recht. Deze toezichthouders laten niet na om de open geformuleerde regelgeving (kort) na de inwerkingtreding al te interpreteren aan de hand van bijvoorbeeld visiedocumenten en leidraden, maar ook in de vorm van brochures, nieuwsbrieven en readers zonder hieraan

■ T.C.A. Dijkhuizen en V.Y.E. Caria zijn phd-fellow bij het Hazelhoff Centre for Financial Law, Universiteit Leiden.

Deze bijdrage is een bewerking van een eerdere bijdrage. De auteurs zijn dank verschuldigd aan prof. mr. R.P. Raas voor zijn commentaar op een eerdere versie van deze bijdrage.

1 In de optiek van De Serière kan *principle based*-regelgeving in het Nederlands het beste worden aangeduid als ‘regelgeving waar veel gebruikgemaakt wordt van open normstellingen’. Zie V.P.G. de Serière, ‘Luiheid, opportunisme, of wijsheid? Principle based regelgeving in het financiële recht’, *Ondernemingsrecht* 2008, p. 99.

2 J. Black, ‘Forms and Paradoxes of principles-based regulation’, *CMLJ* 2008, p. 425-457.

3 De Serière 2008, p. 99.

4 De Serière 2008, p. 99.

5 G.P. Roth, ‘Over de kenbaarheid van de norm’, in: M. Jurgens, R. Stijnen (red.), *Compliance in het financieel toezichtrecht*. Uitgave van het kenniscentrum Financieel en Economisch Recht, Rechtbank Rotterdam 2008, p. 85-96.

een juridische status te verbinden.⁶ De vraag die dan ook met name rijst is in hoeverre we nog kunnen spreken van open normen in de Wet op het financieel toezicht (Wft). In het bijzonder kunnen we ons dan ook afvragen of deze regelgeving nog wel beantwoordt aan de beloofde flexibiliteit of dat het eerder de mogelijkheid biedt tot *détournement de pouvoir* aan de zijde van de toezichthouders. Tot slot besluiten wij met een kort relaas over de civiele rechter met betrekking tot de invulling van deze open normen.

2 OPEN NORMEN VERSUS GEDETAILLEERDE VOORSCHRIFTEN

De eerste vraag die kan worden opgeworpen is de vraag op welke wijze je open normen van gedetailleerde voorschriften kunt onderscheiden. In de visie van Black kun je regelgeving –in elke mogelijke vorm, intern of extern geldend– categoriseren aan de hand van een aantal karakteristieken. Als eerste karakteristiek noemt zij de materie die een regel behelst. Ook kun je regelgeving categoriseren naar status. Hierbij kan men denken aan het onderscheid tussen bindende en niet-bindende regelgeving. Een derde karakteristiek is gericht op het effect dat regelgeving beoogt te bewerkstelligen. Het is de laatste karakteristiek, de taalkundige structuur van regelgeving, die relevant is voor het onderscheid tussen open normen en gedetailleerde voorschriften. Hierbij kan onderscheid gemaakt worden tussen regels die in heldere, duidelijke en goed te begrijpen taal opgesteld zijn en regels die onbegrijpelijk zijn opgesteld.⁷

Black veronderstelt dat de taalkundige structuur van regelgeving uit drie elementen bestaat, namelijk de nauwkeurigheid of precisie, de complexiteit, en de helderheid van een regel.⁸ Deze elementen zijn ieder op zich weer te geven als een spectrum met aan beide zijden extremen. Als voorbeeld kan dienen het derde lid van art. 1:102 Wft. Hierin wordt bepaald dat de financiële toezichthouder binnen dertien weken beslist over de aanvraag van een vergunning, welke termijn ingaat na ontvangst van de aanvraag. Deze regel geeft een nauwkeurige termijn weer. Aan de andere kant van het spectrum vinden we regels die heel onnauwkeurig zijn. In ons voorbeeld was van een zodanige regel sprake geweest, wanneer het artikel had gesteld dat de toezichthouder over een dergelijke aanvraag diende te beslissen binnen een redelijke termijn. De term ‘een redelijke termijn’ biedt immers weinig aanknopingspunten voor een aanvrager die graag wil weten wanneer de beslissing valt.

Een tweede element is de complexiteit van de regel. Een regel kan als eenvoudig of complex gezien worden.⁹ Een voorbeeld van een duidelijke regel

6 De Serièrè 2008, p. 99.

7 Black 2008, p. 436.

8 Black 2008, p. 437.

9 Black 2008, p. 437.

is art. 5:2 Wft. Deze bepaling stelt dat het, kort gezegd, verboden is om in Nederland effecten aan te bieden zonder prospectus. Deze bepaling lijkt heel eenduidig, maar als vervolgens wordt gekeken naar art. 5:3 Wft blijkt dat de bepaling toch complexer is dan hij lijkt door enkele mogelijke uitzonderingen op het gebod. Voorts zijn er nog uitzonderingen te vinden hieromtrent in de Vrijstellingsregeling Wft en is daarenboven niet altijd duidelijk of het aangebodene onder de definitie van 'effect' valt. Een op het oog duidelijk en nauwkeurig geformuleerde regel blijkt dan zeer complex in de toepassing te zijn.

Het laatste element, de helderheid van een regel, staat het meest ter discussie, omdat deze vaak niet te ontleen is aan de tekstuele opbouw van een regel. De helderheid van regelgeving is afhankelijk van de praktijk, meer specifiek de personen die dagelijks te maken hebben met de regels. Een zeer nauwkeurig opgestelde regel kan tot vragen leiden bij de toepassing ervan.¹⁰ Indien een regel precies is opgesteld en een uitgebreide lijst van omstandigheden herbergt, kan de twijfel toeslaan wanneer men geconfronteerd wordt met een omstandigheid die niet is opgenomen in de eerdergenoemde lijst. Dit kan echter op dezelfde wijze betoogd worden ten aanzien van open normen. De regel, ongeacht het type, is slechts dan eenduidig te noemen wanneer overeenstemming bestaat over de betekenis en toepassing van een regel tussen de wetgever, toezichthouder en onder toezicht staande instellingen. Deze eenduidigheid is bovendien dan nog betrekkelijk, aangezien die eenduidigheid slechts vaststaat voor de vorenbedoelde actoren.

Het gegeven dat overeenstemming bereikt dient te worden, heeft echter ook iets tegenstrijdigs in zich met betrekking tot open normen. In wetgeving worden deze open normen gebruikt om flexibiliteit te creëren, maar er is pas sprake van een heldere invulling van de flexibiliteit –hoe mag een open norm ingevuld worden– als we overeenstemming hebben over de invulling. Hier steekt dan ook –in de visie van Black– een interpretatie-paradox de kop op.¹¹ Open normen worden als zodanig opgesteld om flexibiliteit en duurzame wetgeving te realiseren, maar voor een juiste werking van de open normen moet sprake zijn van een vaststaande, concrete en gedeelde invulling. Dit heeft als gevolg dat open normen in de praktijk geformaliseerd worden.¹² Tevens rijst de vraag door wie deze overeenstemming over de interpretatie van een open norm bereikt dient te worden. De praktijk leert dat de daadwerkelijke invulling of interpretatie van de open norm al voor de genoemde overeenstemming plaatsvindt door wetgevende en toezichthoudende autoriteiten. Dit gebeurt doordat enerzijds de wetgever al een duidelijk beleid inzake de open norm heeft geformuleerd, of anderzijds de toezichthouder de handhaving

10 Black 2008, p. 438, stelt dan ook dat, 'contrary to the lawyers, dearly held beliefs, there is no necessary correlation between precision and certainty, or at least not at after a certain point. The more precise the rules, the more complex they become'.

11 Black 2008, p. 446.

12 Black 2008, p. 446.

omtrent de norm heeft willen standaardiseren door de norm (zelfstandig) te interpreteren.¹³ Dit laatste fenomeen –ook wel *guidance*¹⁴ genoemd– is dan ook in strijd met de strekking van open normen en derhalve een doorn in het oog van vooral grotere onder toezicht staande instellingen.¹⁵ Open normen bieden de onder toezicht staande instellingen een bepaalde interpretatievrijheid, maar er dient voor te worden gewaakt dat die vrijheid door al te gedetailleerde *guidance* hen alsnog wordt ontnomen. Hoewel deze invulling van de open normen door de toezichthoudende autoriteiten in de meeste gevallen niet in strijd is met algemene beginselen van behoorlijk bestuur, kan men zich afvragen of door een dergelijke gedetailleerde *guidance* het karakter van de open norm niet wordt ondergraven.

Er is dus sprake van een paradox: open normen lijken flexibiliteit en interpretatievrijheid te bieden, maar worden in de praktijk of geformaliseerd door gedeelde opvattingen of al op een eerder moment geïnterpreteerd door de toezichthouder die op basis van zijn eigen interpretatie dan ook gaat handhaven. Hebben we hier nog wel te maken met open normen of kunnen we beter spreken van gedetailleerde voorschriften? Kortom, zijn er nog wel ‘echte’ open normen te vinden in de Wft?

3 OPEN NORMEN IN DE PRAKTIJK

3.1 Open normen of gedetailleerde voorschriften?

Voor de beantwoording van de hierboven gestelde (hoofd)vraag zullen we enkele open normen uit de Wft analyseren. Hierbij speelt dan vooral de vraag of de uit de Wft afgeleide open normen nog daadwerkelijk als open normen zijn te kwalificeren of dat deze normen zodanig zijn geïnterpreteerd door de wetgever of toezichthoudende autoriteiten dat we beter kunnen spreken van gedetailleerde voorschriften. Wij zullen ons hierbij in de eerste plaats richten op de regelgeving met betrekking tot beleggingsondernemingen, provisie en het cliëntenbelang en in de tweede plaats op het verbod op onverantwoorde kredietverstrekking.

¹³ Black 2008, p. 446.

¹⁴ C.M. Grundmann-van de Krol, Koersen door de Wet op het financieel toezicht. Regelgeving voor uitgevende instellingen, beleggingsinstellingen en beleggingsondernemingen, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2012, p. 27.

¹⁵ Instituut voor Onderzoek van Overheidsuitgaven, *De samenwerking tussen DNB en AFM op basis van de Wft: Twin-peaks in de praktijk*, Zoetermeer 2010. p. 33. Zie ook Grundmann-van de Krol 2012, p. 27.

3.2 Beleggingsondernemingen, provisie en het cliëntenbelang

De Europese regelgever maakt graag gebruik van open normstellingen en doet dit niet zelden om zodoende het draagvlak voor de regelgeving te vergroten.¹⁶ Hierbij moet worden bedacht dat een scherpe norm eerder tot discussie leidt dan een algemeen geformuleerd principe. Een algemene formulering is dan ook veelal het gevolg van onderhandelingen op Europees niveau. Het resultaat van dit mechanisme wordt bijvoorbeeld zichtbaar in de sinds 1 november 2007 in werking getreden *Markets in Financial Instruments Directive*, (MiFID). Deze verordening heeft geleid tot de incorporatie van een scala aan open normen in de financiële wet- en regelgeving, welke vooral gericht zijn op (de harmonisatie van) de bescherming van beleggers.

Een belangrijke open norm voortkomend uit de MiFID –Busch¹⁷ spreekt zelfs van een hoofdnorm– is terug te vinden in het eerste lid van art. 4:90 Wft. In dit artikel wordt bepaald dat een beleggingsonderneming ‘zich bij het verlenen van beleggingsdiensten of nevendiensten op eerlijke, billijke en professionele wijze in[zet, toev. auteurs] voor de belangen van haar cliënten (...)’. Het artikel ziet toe op een enkel facet van de regulering van *inducements*, te weten provisies, en wordt verder uitgewerkt in de artikelen 149a en 168a Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (BGfo Wft). In deze deelparagraaf gaan wij in op de invulling van art. 4:90 Wft door art. 168a BGfo Wft dat specifiek gericht is op beleggingsondernemingen.

De ratio achter deze bepalingen is de eerdergenoemde beleggerbescherming. Halink spreekt zelfs van een algemene zorgplicht voor beleggingsondernemingen om eerlijk, professioneel en in het belang van de cliënt te handelen.¹⁸ Een provisie (‘een beloning of vergoeding in welke vorm dan ook voor (...) het verlenen van beleggingsdienst of nevendienst’), kan ertoe leiden dat de beleggingsonderneming zich laat beïnvloeden en gaat handelen uit eigen belang.¹⁹ Hier ontstaat dan ook een belangenconflict, aangezien deze onderneming juist in het belang van zijn cliënten dient te handelen. Om dit belangenconflict te voorkomen, zijn bepaalde provisies verboden indien deze ‘kunnen botsen met de plicht van de onderneming om zich op loyale, billijke en professionele wijze in te zetten voor de belangen van haar cliënten’.²⁰

Wanneer we terugkeren naar de, zeer ruim geformuleerde, hoofdbepaling (art. 4:90 lid 1 Wft) kunnen we vaststellen dat deze bepaling veeleer het doel of de strekking van de regeling weergeeft dan dat het een concrete gedragsnorm

¹⁶ De Serière 2008, p. 99.

¹⁷ D. Busch, ‘Het ‘civiel effect’ van MiFID: Europese invloed op aansprakelijkheid van vermogensbeheerders’, *Ondernemingsrecht* 2012, 12, p. 68.

¹⁸ Halink, ‘De nieuwe provisieregels, *Bb* 2009, 29, p. 139.

¹⁹ Art. 1:1 Wft. Zie ook G.A.M. Verwilt, ‘Provisies na MiFID’, *FR*, 2008, 1-2, p. 12.

²⁰ Art. 26(c) Uitvoeringsrichtlijn MiFID. Zie M.H. du Marchie Servaas, ‘Inducements; art. 168a Bgfo’, in: F.M.A. ‘t Hart (red.), *MiFID ‘Vanuit praktijk en theorie bezien’*, NIBE-SVV, deel 55, 2007, p. 172.

oplegt. De bepaling spreekt immers van een eerlijke, billijke en professionele inzet door beleggingsondernemingen ten behoeve van de belangen van de cliënten. Gesteld zou kunnen worden dat men bij elke handeling door de beleggingsonderneming, aan de hand van de omstandigheden van het geval, deze norm moet invullen om te kunnen beoordelen of de beleggingsonderneming zich daadwerkelijk op een eerlijke, billijke en professionele wijze heeft ingezet voor de belangen van de cliënt. Dit biedt dus een zekere flexibiliteit en duurzaamheid voor de wetgever en manoeuvreerruimte voor de rechter. Echter, het is de vraag of van dit laatste nog enigszins sprake is na het verschijnen van de op 16 juli 2009 door de AFM uitgegeven 'Leidraad passende provisie beleggingsondernemingen'.

De AFM neemt in deze leidraad als uitgangspunt dat een provisie passend dient te zijn. Een provisie wordt verondersteld passend te zijn wanneer de mogelijke prikkels om niet te handelen in belang van de cliënt, weggenomen zijn.²¹ De AFM stelt, in overeenstemming met art. 26 Uitvoeringsrichtlijn MiFID, dat wanneer een vergoeding 'enige afhankelijkheid van, of relatie met, de beleggingsdienst of nevendienst van de BO [beleggingsonderneming, toev. auteurs] heeft', de artikelen 4:90 lid 1 Wft en 168a BGfo Wft van toepassing zijn. Wanneer deze artikelen van toepassing blijken te zijn, wordt de lezer aan de hand van een stroomdiagram, gelijk aan art. 168a BGfo Wft, als het ware door de materie begeleid.²² Wanneer de provisie noodzakelijk is voor het verlenen van de dienst (zoals bijvoorbeeld bewaarkosten) of deze wordt verschaft door of aan een derde, dan is de provisie toegestaan. Wanneer deze door of aan een derde wordt verschaft, dient de provisie te voldoen aan de voorwaarden gesteld in art. 168a lid 2 onder b BGfo Wft. Deze voorwaarden zijn dat de provisie de kwaliteit van de beleggingsdienst of nevendienst ten goede komt en dat deze provisie geen afbreuk doet aan de verplichting van de beleggingsonderneming om zich in te zetten voor het belang van de cliënt. Tevens dient de cliënt op uitvoerige en begrijpelijke wijze gewezen te worden op het bestaan, aard en bedrag van de provisie en de wijze van berekening van de provisie.

De eerste twee van de bovengenoemde voorwaarden –AFM spreekt in dit kader over de twee eisen– zijn ook nog redelijk open geformuleerd, maar worden in dezelfde leidraad nader ingevuld door de AFM. Een provisie kan de kwaliteit van de beleggingsdienst ten goede komen wanneer deze niet op negatieve wijze wordt beïnvloed. Een provisie kan bijvoorbeeld het aanbod verruimen, maar mag niet leiden tot een door de provisie beïnvloed advies of aanbeveling. Bij de invulling van de tweede voorwaarde (géén afbreuk doen aan de verplichting om zich in te zetten voor de belangen van de cliënt) weegt de AFM vijf indicatoren mee: (i) het soort dienst waarop de provisie van invloed

21 AFM, Leidraad passende provisie beleggingsondernemingen, <www.afm.nl/layouts/afm/default.aspx~/media/files/rapport/2009/leidraad_passende_provisie_bo.ashx>, 2009, p. 8.

22 AFM 2009, p. 21.

is, waarbij onderscheid gemaakt wordt tussen advies of *execution only*, (ii) een analyse van het verwachte voordeel voor de beleggingsonderneming en de cliënt, waarbij gelet wordt op een mogelijke discrepantie tussen de provisie en de kosten en inspanning van de beleggingsonderneming, (iii) de gebruikelijke marktpraktijk, (iv) de onderlinge relatie tussen beleggingsonderneming en de entiteit waarvan zij de provisie ontvangt, en (v) de afhankelijkheid van de beleggingsonderneming van de provisie(structuur).²³ De laatste voorwaarde wordt verder ingevuld in het derde lid van art. 168a BGfo Wft, waarin bepaald wordt dat de beleggingsonderneming 'in samengevatte vorm mededeling doet over de essentiële voorwaarden van de provisie en de mogelijkheid voor de cliënt om nadere bijzonderheden te verkrijgen'.

Concluderend kan gesteld worden dat de eens zo open geformuleerde normstelling van eerlijk, billijk en professioneel handelen in het belang van de cliënt door de nadere invulling van art. 168a BGfo Wft zijn open karakter heeft verloren. De interpretatie van de AFM heeft de relatief open norm in eerdergenoemde bepaling doen veranderen in een gedetailleerd voorschrift waarmee het handhavingsbeleid ten opzichte van de beleggingsondernemingen ook is opgetekend.

3.3 Het verbod op onverantwoorde kredietverstrekking

Het is niet verrassend dat juist in deze tijd, die in het teken staat van de gevolgen van de kredietcrisis, er meer belang wordt gehecht aan verantwoorde kredietverstrekking. De algemene opvatting is dat consumenten beschermd zouden moeten worden tegen de gevaren die kleven aan mogelijke overkreditering.

De norm die onverantwoorde kredietverstrekking beoogt tegen te gaan, ligt besloten in art. 4:34 lid 2 Wft. In het verleden bepaalde art. 4:34 lid 2 Wft dat de aanbieder geen overeenkomst inzake krediet aangaat met een consument indien dit, met het oog op overkreditering van de consument, onverantwoord is. Sinds mei 2011 is het volgende aan het artikel toegevoegd: 'de aanbieder gaat niet over tot een belangrijke verhoging van de kredietlimiet of de som van de bedragen die op grond van de bestaande kredietovereenkomst aan de consument ter beschikking zijn gesteld – ook weer – indien dit, met het oog op overkreditering van de consument, onverantwoord is.'

Voordat dieper wordt ingaan op de tekst van deze bepaling, is het relevant om het kader te schetsen waarin het verbod op overkreditering zich bevindt. Allereerst dient vermeld te worden dat het artikel van toepassing is op zowel consumptief als op hypothecair krediet.²⁴ Consumptief krediet is op grond van artikel 1 sub e BGfo, 'al het krediet niet zijnde hypothecair krediet'. Het

²³ AFM 2009, p. 10-11.

²⁴ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 339, nr. 3, p. 35.

eerste lid van art. 4:34 Wft bevat de vereisten die gelden bij de totstandkoming van een overeenkomst inzake krediet. Zo dient de aanbieder van krediet informatie in te winnen over de financiële positie van de consument om te beoordelen of de overeenkomst verantwoord is. In de parlementaire geschiedenis worden hiervan concrete voorbeelden gegeven. De aanbieder dient bijvoorbeeld naast de inkomsten van de consument, ook inzicht te hebben in zijn vaste lasten. Ook is het vermogen van de consument van belang. Zo zal de overeenkomst inzake krediet met een jongere met een laag inkomen en een gering vermogen eerder onverantwoord kunnen zijn in het kader van het voorkomen van overkreditering.²⁵

Om te bepalen of sprake zou zijn van onverantwoorde kredietverstrekking bij het tot stand komen van de overeenkomst of bij een significante verhoging van het krediet, dient de aanbieder zich, aldus de memorie van toelichting, te baseren op de informatie die de aanbieder op grond van het eerste lid heeft verzameld.²⁶ Het is vervolgens aan de aanbieder om de verkregen informatie af te wegen en, op basis van die afweging, te bepalen of er sprake is van 'onverantwoorde' kredietverstrekking, die zou kunnen leiden tot 'overkreditering'. In de Wft wordt immers nergens concreet aangegeven wanneer er daadwerkelijk sprake is van overkreditering.²⁷ Art. 4:34 lid 3 geeft aan dat bij algemene maatregel van bestuur regels kunnen worden gesteld met betrekking tot de eerste twee leden. Zo is geschied in art. 115 lid 1 BGfo Wft, maar deze bepaling helpt de aanbieder niet veel verder. Hier wordt het immers nog steeds aan de aanbieder overgelaten om criteria vast te leggen die hij ten grondslag legt aan de beoordeling van een kredietaanvraag van een consument.

We kunnen vaststellen dat de wetgever ervoor heeft gekozen om de bepaling omtrent overkreditering te formuleren in de vorm van een open norm die inhoudelijk niet nader is uitgewerkt. Noch in het algemene art. 4:34 Wft, noch in art. 115 lid 1 BGfo Wft. Hoewel in de parlementaire geschiedenis ook bij de bespreking van art. 4:34 lid 2 Wft enkele voorbeelden worden genoemd die de aanbieder een bepaalde richting op zouden kunnen wijzen, vullen deze de norm niet in.²⁸ Uit de parlementaire geschiedenis blijkt niet waarom de wetgever hier heeft gekozen voor een open norm. De reden hiervoor kan gelegen zijn in het volgende. Met het aanleggen van een open norm wordt volgens Schotsman 'voorkomen dat gebruik wordt gemaakt van juridische redeneringen of constructies die volgens de letter van de wet kloppen, maar die tegen de geest van de wet ingaan'. Daarnaast wordt hierdoor gestimuleerd dat de bij uitstek deskundige (de bank die de klant kent) haar eigen afweging-

25 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 339, nr. 3, p. 35.

26 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 339, nr. 3, p. 36.

27 Roelofsen (*Toezicht Financiële Markten* 4.3, art. 4:34 Wft), aant. 5.

28 Zie de voorbeelden die in voorgaande bladzijden zijn genoemd. Vgl. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 339, nr. 3, p. 36.

gen maakt.²⁹ De vraag die nu voorligt is of de aanbieders in de praktijk werkelijk de vrijheid hebben om de open norm naar eigen inzicht te interpreteren. Bij de beantwoording van deze vraag zullen we nader ingaan op de rol die de AFM bij de invulling van de open norm tot nog toe heeft gespeeld.

Hoewel art. 4:34 Wft zowel van toepassing is op consumptief als op hypothecair krediet, spitst deze bijdrage zich toe op de bespreking van de open norm ten aanzien van het hypothecaire krediet. De open norm is door brancheorganisaties ingevuld in de zogenaamde Gedragscode Hypothecaire Financieringen. Deze Gedragscode is in 1990, naar aanleiding van de Wet op het consumentenkrediet, tot stand gekomen op basis van zelfregulering.³⁰ Deze eerste versie van de Gedragscode was vooral bedoeld om informatie te geven aan aanbieders over de voorlichting aan consumenten over hypothecair krediet. De Gedragscode had aanvankelijk dus niet het doel om overkreditering te voorkomen.³¹ Deze code vervolgens is meerdere malen aangepast en aangescherpt,³² waardoor in de loop der jaren bepalingen over de maximale hoogte van een krediet deel uit gingen maken van de code. De AFM beschouwt de bepalingen zoals weergegeven in de Gedragscode als minimumnormen waaraan een aanbieder moet voldoen ten aanzien van de zorgplicht om overkreditering te voorkomen.³³

Naast deze zelfregulering door de branche, heeft de AFM ook een zeer actieve rol gespeeld bij de nadere invulling van de open norm. Allereerst heeft zij in 2007 het rapport 'Kwaliteit advies en transparantie bij hypotheek' opgesteld, waarin is bepaald dat de in de Gedragscode opgenomen mogelijkheid om onder omstandigheden een hoger bedrag te lenen aan een consument, cijfermatig moest worden onderbouwd. Hoewel dit rapport geen bindende regelgeving bevat, heeft de AFM verschillende boetebesluiten op een niet-naleving van de bepalingen uit het rapport gebaseerd. Opmerkelijk zijn twee zaken, waarin DSB Bank en de Rabobank³⁴ een boete kregen opgelegd wegens schending van art. 4:34 Wft. Beide besluiten van de AFM zijn niet alleen gebaseerd op de Gedragscode, maar ook op bepalingen uit het rapport 'Kwaliteit advies en transparantie bij hypotheek'. Roelofsen merkt hierover op: 'vanuit

29 R.J. Schotsman, *Praktijkgids Wft. Financiële markten en ondernemingen onder toezicht*, Amsterdam: NIBESVV 2011, p. 79.

30 E.P. Roelofsen, 'Overkreditering na de aangepaste Gedragscode: much ado about nothing', *FR* 2011, 7-8, p. 197.

31 Roelofsen 2011, p. 197.

32 Deze aanscherping hangt samen met de discussie omtrent de zogenaamde 'tophypotheek', *Kamerstukken II* 2005/06, 29 507, nr. 35.

33 H.T. van der Erve, 'Zorgplicht en de verplichting tot het voorkomen van overkreditering', in: R. Stijnen & R. Kruisdijk (red.), *Zorgplicht en financieel toezicht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 113.

34 Deze boetebesluiten zijn te vinden op <www.afm.nl>; Noemenswaardig hieromtrent is dat sinds 22 februari 2011 het boetebesluit van de AFM jegens de Rabobank definitief is geworden en niet meer door belanghebbenden ter toetsing aan de rechter kan worden voorgelegd.

het oogpunt van regelgeving is dat curieus omdat een publiekrechtelijke regeling wordt uitgewerkt via zelfregulering, maar vervolgens weer publiekrechtelijk wordt ingekleurd door een AFM rapport zonder een duidelijke juridische grondslag.³⁵

Het is niet gebleven bij het rapport uit 2007. In april 2009 publiceerde de AFM een persbericht bij de presentatie van haar jaarverslag, waarin zij stelde de regels omtrent hypotheekverstrekking te willen aanscherpen en wel zo dat maximaal 100% van de woningwaarde gefinancierd zou mogen worden.³⁶ Hoewel de AFM meende slechts invulling te geven aan de open norm, werd vanuit het Ministerie van Financiën hier toch anders over gedacht. Het ministerie vond dat de AFM niet de bevoegdheid zou hebben 'dit als harde maatregel te hanteren'.³⁷ De volgende stap was de publicatie van het consultatiedocument 'Toetskader Hypothecaire Kredietverlening' dat na de consultatieperiode heeft geleid tot het opstellen van het 'Feedbackstatement Consultatiedocument toetskader hypothecaire kredietverlening' (Feedbackstatement).³⁸ Aanvankelijk werd in de literatuur veel kritiek geuit op de inhoud van het Feedbackstatement. De AFM maakte hierin onder meer een onderscheid in verschillende types huishoudens en stelde voor om consumenten binnen zeven jaar het meerdere boven de 100%-norm te laten aflossen.³⁹ In weerwil van geuite kritiek besloot de Minister van Financiën in 2010 dat de voorstellen van de AFM verwerkt worden in een AMvB,⁴⁰ maar trok dit voorstel later weer in. De minister kwam tot dit besluit vanwege de invoering van een aangescherpte, door de minister en de AFM goedgekeurde, Gedragscode Hypothecaire Financieringen.

Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat naast de zelfregulering van de brancheorganisaties in de vorm van een Gedragscode, de AFM een zeer actieve rol heeft gespeeld bij de invulling van de open norm omtrent het verbod op overkreditering. Deze actieve houding heeft verschillende gevolgen gehad voor de toepassing van die norm in de praktijk. In de eerste plaats valt op dat de AFM haar handhaving deels baseert op bepalingen uit door haar vervaardigde documenten waarvan de juridische status niet altijd even helder is.⁴¹ Deze niet-bindende normen, die in de praktijk door de AFM wel als basis worden gebruikt om te bepalen of er al dan niet sprake is van onverantwoorde kredietverstrekking, dwingen de aanbieders van krediet zich aan deze vereisten te conformeren om boetes te voorkomen. Opmerkelijk is dat in het geschil omtrent de boete die de AFM aan de DSB bank had opgelegd, de rechter zich niet heeft uitgelaten over het feit dat de AFM het boetebesluit gedeeltelijk had

35 Roelofsen 2011, p. 200.

36 Persbericht AFM van 21 april 2009.

37 H.M. Vletter-van Dort, *Back to basics* (oratie Groningen), Deventer: Kluwer 2009, p. 1.

38 <www.afm.nl>.

39 LTV-norm: Loan to Value norm: hiermee wordt de norm bedoeld die de verhouding aangeeft tussen de hoogte van het hypothecair krediet en de waarde van een huis.

40 *Kamerstukken II* 2008/09, 29 507, nr. 91.

41 Vletter-van Dort 2009, p. 23.

gebaseerd op het rapport 'Kwaliteit advies en transparantie bij hypotheek'.⁴² Het is de vraag of deze wijze van handhaving –via de ook door de markt gewenste *guidance* van de AFM– niet het gevaar met zich brengt dat de AFM haar eigen invulling van de norm tot de (enige) standaard verheft. Een gevaar dat overigens inherent is aan de handhaving van open normen door toezichthouders.⁴³

In de tweede plaats kan worden aangenomen dat de actieve houding van de AFM een nadere invulling van de open norm door ofwel de wetgever ofwel de brancheorganisaties heeft gestimuleerd. Deze actieve houding uitte zich niet alleen in het opstellen van verschillende documenten teneinde de open norm van artikel 4:34 Wft in te vullen, maar ook in het doen van verrassende openbare aankondigingen.⁴⁴ Hoewel er uiteindelijk geen AMvB is gekomen die de open norm –conform de wensen van de AFM– nader zou invullen, heeft de Minister van Financiën in 2010 verklaard aan een dergelijke invulling steun te geven. In de literatuur is hierop verschillend gereageerd. Zo heeft Grundmann-van de Krol bij de bespreking van het Jaarverslag van de AFM van 2009 gesteld dat 'de snelle reactie van de Minister van Financiën om de door de AFM voorgestelde normen –een uitwerking van de open norm van art. 4:34 lid 2 Wft inhoudend dat geen krediet verleend mag worden indien dit met het oog op overkreditering onverantwoord is– vast te leggen in een AMvB, er op wijst dat het geloof in de effectiviteit van de zogeheten 'principles based-benadering' aan het afnemen is'.⁴⁵ Dat het besluit tot het in werking laten treden van de AMvB door de Minister van Financiën uiteindelijk is ingetrokken, heeft er niet aan in de weg gestaan dat de brancheorganisaties rekening hebben gehouden met de ontwikkelingen en de Gedragscode zodanig hebben aangepast dat aan de vereisten van de AFM toch is voldaan. We zien hier dus een formalisering van open normen in de praktijk. De brancheorganisaties zijn zich gaan gedragen naar de vereisten gesteld door de AFM zonder daarbij gebruik te maken van de eigen interpretatievrijheid. Hieromtrent werpt Grundmann-van der Krol dan ook de vraag op of 'het door zelfregulering en/of door de toezichthouder invullen van de open normen nog overeenkomt met de (oorspronkelijke) bedoeling om flexibiliteit te bieden en een "one size fits all"-benadering te vermijden en of de "principles based"-benadering langzaamaan gaat functioneren als een verkapte vorm van "regelgevende" bevoegdheid van de toezichthouders'.⁴⁶ Het is dus de vraag of de zogenaamde zelfregule-

42 Rb. Rotterdam (vzr.) 30 juni 2009, LJN BJ1748.

43 Black 2008, p. 446.

44 Als voorbeelden kunnen dienen het Persbericht AFM 21 april 2009 en het optreden van de voormalige voorzitter Hans Hoogervorst bij het programma Pauw & Witteman op dezelfde datum, waarbij de AFM haar ideeën heeft toegelicht over de wenselijke hoogte van hypotheek.

45 C.M. Grundmann-van de Krol, 'Jaarverslag 2009 van de AFM', *Ondernemingsrecht* 2010, 64.

46 Grundmann-van de Krol 2010, 64.

ring in de vernieuwde Gedragscode echt nog aan te duiden is als ‘zelfregulering’ of meer als een uitvoering van het beleid zoals gewenst door een toezichthouder. Er lijkt voldaan te zijn aan de eerdergenoemde interpretatie-paradox die verband houdt met open normen, zoals deze opgenomen zijn in de Wft: De *principle based* geformuleerde norm wordt door het gebruik van een regelgevende bevoegdheid van toezichthouders een gedetailleerd voorschrift.

4 TOT BESLUIT: DE CIVIELE RECHTER EN OPEN NORMSTELLINGEN

De Wft behelst een grote hoeveelheid aan regels die gedragsnormen voor financiële instellingen open formuleert. Aan de hand van twee voorbeelden is in deze bijdrage onderzocht of en in hoeverre een open norm in de praktijk het open karakter heeft behouden. Hoewel deze twee normen slechts ter illustratie hebben gediend en niet enkel op basis hiervan geconcludeerd zou kunnen worden dat open normen in de financieelrechtelijke praktijk niet meer bestaan, geeft het wel een signaal af in die richting. Open normen die bedoeld zijn om aan partijen een grotere interpretatievrijheid te laten en die er tevens voor moeten zorgen dat in praktijk minder leemtes ontstaan, blijken in diezelfde praktijk door toezichthoudende autoriteiten omgezet te worden in gedetailleerde voorschriften. De vraag die resteert, is hoe de civiele rechter hiermee dient om te gaan. Deze vraag is des te meer van belang daar open normstellingen tevens gelden ‘als een soort impliciet mandaat van de wetgever’.⁴⁷ Dit mandaat laat de verdere uitwerking van de regelgeving zowel over aan instanties die dichterbij het wetgevingsonderwerp staan dan de overheid als ook aan de rechter.⁴⁸

Het is begrijpelijk dat de toezichthoudende autoriteiten meer duidelijkheid willen verschaffen en de open norm nader invullen. Dit heeft echter tot effect dat de open normen hun open karakter lijken te verliezen. Hiermede zou het gevaar kunnen ontstaan dat de toezichthouder zijn eigen, meer gedetailleerde invulling van de norm tot standaard verheft. De rechter zou hier een belangrijke rol kunnen spelen. Volgens Nieuwenhuis dient het open karakter van een open norm twee doeleinden. In de eerste plaats dient de norm ontvankelijk te zijn voor de in Nederland levende rechtsovertuiging.⁴⁹ Deze rechtsovertuiging zou een element kunnen vormen van de overeengekomen invulling van een norm door de wetgever, toezichthouder en onder toezicht staande instellingen. In de tweede plaats dienen deze normen ook te fungeren als ‘doorlaat-

47 M.R. Mok, De activistische rechter en het ondernemingsrecht, in: J.B. Huizink, J.B. Wezeman, J.W. Winter (red.), *A-T-D. Opstellen aangeboden aan Prof. mr. P. van Schilfgaarde* (Van Schilfgaarde-bundel), Kluwer, Deventer 2000, p. 299.

48 De Serière 2008, p. 99. Hierbij valt dan ook te denken aan DNB en de AFM.

49 J.H. Nieuwenhuis, ‘Open normen in een open samenleving. In Nederland levende rechtsovertuigingen’, *TREMA*, 2005, p. 262-265.

posten' van fundamentele rechten.⁵⁰ De civiele rechter zou deze twee doeleinden als leidraad kunnen nemen bij de invulling van de open norm. In dit kader zal de rechter een zeker gewicht moeten toekennen aan de eerdere invulling van de open norm door de toezichthouder. Steeds zal de vraag moeten worden beantwoord of deze nadere invulling de in Nederland heersende rechtsovertuiging weergeeft en niet alleen die van de toezichthouder. Op die wijze kan de rechter uiting geven aan het aan hem toevertrouwde mandaat en daarmee ook het open karakter van een open norm – en de doeleinden van die open normstelling – bewaken.

50 J.H. Nieuwenhuis 2005, p. 265.

DEEL III

Toepassingen

8 | Meerlagige rechtsvinding in het intellectuele eigendomsrecht

D.J.G. Visser & P.A.C.E. van der Kooij ■

1 INLEIDING

Het rechtsgebied van de intellectuele eigendom (hierna ook: IE) kan systematisch worden gerangschikt onder het privaatrechtelijk mededingingsrecht. Het omvat momenteel een negental deelgebieden. De bescherming van onderscheidstekens geschiedt met behulp van het *merkenrecht* (met betrekking tot waren en diensten) en het *handelsnaamrecht* (met betrekking tot namen van ondernemingen). Technische probleemoplossingen komen voor bescherming in aanmerking via het *octrooirecht*; voor plantenrassen als zodanig staat het *kwekersrecht* ter beschikking. *Topografieën van halfgeleiderproducten* (chips) kennen eveneens een eigen regelgeving. Het twee- of driedimensionale uiterlijk van producten heeft regeling gevonden in het *tekeningen- en modellenrecht*. Het *auteursrecht* is er voor werken van letterkunde, wetenschap of kunst. Het *naburig recht* beschermt de prestaties van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen en omroeporganisaties. Het *atabankrecht*, ten slotte, richt zich op de bescherming van geordende verzamelingen van gegevens. Naast deze negen deelgebieden zijn er een aantal aanpalende schemergebieden die in Nederland niet tot de intellectuele eigendom worden gerekend, maar internationaal of in andere landen soms wel. Daarbij gaat het bijvoorbeeld om de bescherming tegen slaafse nabootsing en de bescherming van bedrijfsgeheimen die in Nederland op de onrechtmatige daad zijn gebaseerd. Ook valt daarbij te denken aan het portretrecht, dat in Nederland is gebaseerd op een beperking op het auteursrecht.

Het intellectuele eigendomsrecht is doordrenkt met ‘meerlagigheid’. Het rechtsgebied heeft regeling gevonden, niet alleen in nationale wetten per deelgebied, maar ook in een Benelux-verdrag, in EU-richtlijnen, EU-verordeningen, een Europees (maar niet communautair) verdrag, andere internationale verdragen en mondiale verdragen. Daarnaast bestaan er bijvoorbeeld interessante (mondiale) regelingen met een hoog normatief karakter, zoals die voor de internationale domeinnaamarbitrage UDRP. Een min of meer uitputtend

■ D.J.G. Visser is hoogleraar intellectueel eigendomsrecht, Universiteit Leiden, en daarnaast advocaat te Amsterdam. P.A.C.E. van der Kooij is universitair hoofddocent intellectueel eigendomsrecht, universiteit Leiden.

overzicht van alle toepasselijke regelingen zou het bestek van deze bijdrage te boven gaan.

Als gevolg van het naast elkaar bestaan van zoveel nationale en internationale regels rijzen regelmatig vragen over de onderlinge verhouding (lees: rangorde) tussen regelingen, over het al dan niet geharmoniseerd zijn van een bepaalde regel en over de al dan niet rechtstreekse werking van verdragsbepalingen in de nationale rechtssfeer, om nog maar te zwijgen over vragen betreffende het toepasselijke recht en de bevoegde rechter in grensoverschrijdende aangelegenheden.

In het onderstaande zullen wij voor een aantal deelgebieden van de intellectuele eigendom nader op de eigenaardigheden en consequenties van deze meerlagige rechtsorde ingaan.

2 OCTROOIRECHT

Zoals aangegeven geschiedt de bescherming van techniek via het octrooirecht.¹ De toepasselijke regels hiervoor staan in de Rijksoctrooiwet 1995 (ROW), die zoals de titel aangeeft ook (grotendeels) voor de overzeese gebiedsdelen verbindend is. Van (veel groter) belang is voorts het Europees Octrooiverdrag (EOV), dat het mogelijk maakt via één procedure bescherming te verkrijgen voor dezelfde uitvinding in alle (in de praktijk meestal: een groot aantal) verdragsluitende staten.² Dat zijn er momenteel 38, inclusief alle lidstaten van de EU. Een eenmaal verleend Europees octrooi bestaat in feite uit een bundel nationale octrooien: ingevolge art. 2 lid 2 en 64 lid 1 EOV heeft de houder van een Europees octrooi in elk der verdragsluitende staten, waarvoor het is verleend, dezelfde rechten als die hij zou ontleen aan een in die staat verleend nationaal octrooi, tenzij het EOV anders bepaalt. Het hangt dus in zoverre van het onderwerp af, welke regeling vóórgaat: het Verdrag (vooropgesteld dat het onderwerp daarin aandacht heeft gekregen) of de desbetreffende nationale wet.

Zo regelt art. 69 EOV (met een bijbehorend Protocol) de beschermingsomvang van een (bijv. voor Nederland verleend) Europees octrooi, terwijl art. 53 ROW de beschermingsomvang van een op basis van die wet verleend nationaal octrooi definieert. De bepalingen zijn grotendeels gelijklopend, maar vanwege de hiervoor genoemde 'bundel-constructie' zal de Nederlandse rechter bij de uitleg van zowel nationale als voor Nederland verleende Europese

1 In een aantal andere deelgebieden is de bescherming van technische aspecten van producten uitdrukkelijk uitgesloten, en wel in het merkenrecht (art. 2.1 lid 2 BVIE) en het modellenrecht (art. 3.2 lid 1 BVIE). Voor het auteursrecht geldt, op grond van de rechtspraak, in wezen hetzelfde (vgl. bijv. HR 16 juni 2006, NJ 2006, 585 (*Lancôme/Kecofa*)).

2 Normaal gesproken dient een octrooi in ieder land afzonderlijk aangevraagd te worden; het EOV vergemakkelijkt het aanvragen dus aanzienlijk, en maakt octrooiverlening naar verhouding ook veel goedkoper.

octrooien dienen uit te gaan van de regels van het EOV. Onze eigen Hoge Raad is echter tot op heden weinig gevoelig gebleken voor kritiek op arresten waarin bij de uitleg van octrooien een Nederlandse norm (de zg. leer van het wezen van de geoctrooieerde uitvinding) werd gehanteerd.³

Een voorbeeld van een in deze context puur nationaal voorschrift biedt art. 55 ROW met betrekking tot het zg. recht van voorgebruik. Indien over de toepassing en interpretatie van deze bepaling vragen rijzen, zal de Nederlandse rechter niet kunnen terugvallen op een bepaling uit het EOV, maar het artikel uit de ROW ter hand moeten nemen, niet alleen ingeval van een nationaal (Nederlands) octrooi, maar ook ingeval van een Europees octrooi verleend voor Nederland. Op vergelijkbare wijze, maar dan dus op basis van het Duitse resp. Franse equivalent van het recht van voorgebruik, zal een Duitse rechter te werk moeten gaan indien het een nationaal Duits octrooi of een Europees octrooi verleend voor Duitsland betreft, een Franse rechter ingeval van een nationaal Frans octrooi of een Europees octrooi voor Frankrijk, enzovoort.

Art. 60 EOV biedt daarnaast een voorbeeld van een bepaling die verduidelijkt welk nationaal recht van toepassing is, om uit te maken wie recht heeft op een Europees octrooi, indien de uitvinding in kwestie gedaan is door een werknemer in de uitoefening van zijn functie (vgl. voor ons land art. 12 ROW).

Nog even terugkomend op het voorbeeld van art. 69 EOV: als een (hoogste) rechter in één van de lidstaten van het EOV uitspraak doet in een zaak waarin vragen betreffende de beschermingsomvang centraal staan, dan is het met het oog op zoveel mogelijk uniformiteit zeer gewenst dat de (hoogste) octrooirechters in de andere lidstaten op zijn minst kennis nemen van de uitspraak en nagaan of zij hiermee wellicht in toekomstige geschillen hun voordeel kunnen doen. Europese octrooirechters komen met dit doel voor ogen inderdaad op gezette tijden bijeen, om van elkaars uitspraken te leren. Nu het HvJEU in het kader van dit verdrag geen rol speelt, zou een supranationale octrooirechtelijke rechtbank uiteraard in dit opzicht veel voordelen kunnen bieden, en na vele jaren van discussie is onlangs duidelijk geworden dat zo'n instantie er binnen afzienbare tijd zal komen.⁴

Naast de zojuist weergegeven 'kruisbestuiving' tussen nationaal en Europees octrooirecht, bestaat er in het octrooirecht ook anderszins een verstrengeling van regels van verschillende herkomst. Zoals reeds werd vermeld is het EOV geen communautaire regeling, maar wel één waarbij alle EU-lidstaten zijn aangesloten. Opmerkelijk is nu, dat de enige EU-richtlijn op dit gebied tot

3 Aldus reeds HR 20 juni 1930, *NJ* 1930, 1217 m.nt. P. Scholten (*Philips/Tasseron*), en nog steeds (lang na de komst van het EOV) HR 13 januari 1995, *NJ* 1995, 391 m.nt. D.W.F. Verkade (*Ciba Geigy/Oté Optics*). Zie voor kritiek op deze rechtspraak bijv. J.J. Brinkhof, 'Over 20 arresten van de Hoge Raad op het gebied van het octrooirecht en over 13 annotaties en 7 conclusies van Verkade', *BIE* 2008, p. 112 e.v.

4 Zie onder meer *IEF* 10694 en *IEF* 10861 (=www.ie-forum.nl); D.J.G. Visser, 'Kroniek van de Intellectuele Eigendom', *NJB* 2012, p. 1048; *IEF* 12145.

dusverre, met betrekking tot biotechnologische uitvindingen,⁵ zijn weg heeft gevonden naar de uitvoeringsverordening behorend bij het EOv: in Rules 26 e.v. van de Implementing Regulations⁶ is een groot aantal bepalingen uit deze richtlijn vrijwel letterlijk overgenomen, en ingevolge Rule 26(1) moeten de bepalingen van de richtlijn ingeval van Europese octrooien en octrooiaanvragen met betrekking tot biotechnologische uitvindingen worden gebruikt ‘... *as a supplementary means of interpretation*’. Het Europees Octrooibureau (EOB), de uitvoerende instantie van het EOv te München, beschikt over Kamers van Beroep, die oordelen over door het EOB genomen besluiten in het kader van de octrooiverlening, en over een Grote Kamer van Beroep (GKvB), die antwoord geeft op vragen van meer principiële aard. Een Nederlandse rechter die met een zaak wordt geconfronteerd waarin de al dan niet octrooieerbaarheid van een bepaald voortbrengsel of een bepaalde werkwijze centraal staat (bijv. op het gebied van de biotechnologie), is dus verplicht om kennis te nemen van eventuele uitspraken van de GKvB op dat terrein en er in zijn oordeel over de zaak rekening mee te houden.⁷ Strikt genomen zijn de GKvB en het HvJEU instanties die geheel onafhankelijk van elkaar opereren; aannemelijk is echter dat zij in voorkomende gevallen van elkaars beslissingen kennis zullen nemen en deze waar mogelijk eveneens over en weer ‘*as a supplementary means of interpretation*’ zullen gebruiken.

De rechtsvinding in octrooizaken wordt voorts beïnvloed door een tweetal mondiale verdragen, en wel het Unieverdrag en het TRIPS-verdrag.⁸ Bij beide speelt de vraag naar de rechtstreekse werking van de bepalingen van die verdragen een rol, ook binnen andere deelgebieden van de intellectuele eigendom (zie ook in de volgende paragrafen). Dit is een vraag die niet steeds op dezelfde wijze beantwoord wordt, hetgeen mede wordt veroorzaakt door de tekst van de bepalingen zelf. Om ons hier tot TRIPS te beperken: sommige artikelen zijn facultatief van aard (‘de lidstaten kunnen...’), andere dwingend (‘de lidstaten vereisen...’), en dat kan tot gevolg hebben dat op het ene artikel geen rechtstreeks beroep gedaan kan worden, maar op het andere misschien wel.⁹ Art. 31 TRIPS vormt een voorbeeld van een bepaling die het gebruik door derden van het onderwerp van een octrooi zonder toestemming van de octrooi-

5 Richtlijn 98/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 juli 1998 betreffende de rechtsbescherming van biotechnologische uitvindingen, *Pb.EU* d.d. 30 juli 1998, L 213/13.

6 Voluit: Implementing Regulations to the Convention on the Grant of European Patents, gepubliceerd op www.epo.org.

7 Zie voor een recent voorbeeld: V.zr. Rb. Den Haag 31 januari 2012, *BIE* 2012, 35 m.nt. P.A.C.E. van der Kooij (*Taste of Nature/Cresco*).

8 Resp. Herzien Internationaal Verdrag van Parijs van 20 maart 1883 tot bescherming van de industriële eigendom, laatstelijk *Trb.* 1980, 31; Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights d.d. 15 april 1994, *Trb.* 1995, 130. Deze tweede regeling is een bijlage bij het Verdrag tot oprichting van de Wereldhandelsorganisatie.

9 Vgl. HvJEG 14 december 2000, gevoegde zaken C-300/98 en C-392/98, *Jur.* 2000, p. I-11307 (*Parfums Christian Dior/Tuk Consultancy resp. Assco Gerüste/Wilhelm Layher*).

houder alleen toestaat indien aan een groot aantal voorwaarden is voldaan. Eén daarvan is expliciet in onze eigen wetgeving overgenomen, namelijk de bepaling dat het gebruik van een zg. afhankelijk octrooi (waarbij de ene uitvinding op de andere voortborduurt) slechts wordt toegestaan indien de in het latere octrooi beschreven uitvinding een 'belangrijke technische vooruitgang van aanmerkelijke economische betekenis' vertoont ten opzichte van de eerdere uitvinding (art. 31 onder l en onder i TRIPS; vgl. art. 57 lid 4 ROW). Of op de vele andere in art. 31 TRIPS genoemde voorwaarden een rechtstreekse beroep kan worden gedaan, ook als deze voorwaarden niet in nationale wetgeving zijn opgenomen, is de vraag.

3 KWEKERSRECHT

Een hiermee vergelijkbare situatie doet zich voor in het kwekersrecht, zoals gezegd: het deelgebied van de intellectuele eigendom dat speciaal in het leven is geroepen voor de bescherming van plantenrassen. Ook hier is er nationale en internationale regelgeving: enerzijds de Zaaizaad- en plantgoedwet 2005 (ZPW), anderzijds het Internationaal Verdrag tot bescherming van kweekprodukten (het zg. UPOV-verdrag) alsmede Verordening nr. 2100/94 inzake het communautaire kwekersrecht.¹⁰ In materieel opzicht verschillen deze regelingen maar weinig van elkaar: het UPOV-verdrag (laatste versie van 1991) heeft in zoverre model gestaan voor de beide andere regelingen. Tekstuele verschillen kunnen echter ook hier de vraag oproepen naar de rechtstreekse werking van de verdragsbepalingen. Voor zover ons bekend is dit overigens tot op heden nog niet in enige procedure aan de orde geweest.

De considerans van Verordening nr. 2100/94 zegt aan het slot, dat deze verordening 'rekening houdt' met de bestaande internationale verdragen, zoals het EOv en het TRIPS-verdrag. Ook deze vorm van verwevenheid zou in rechtszaken soms tot interpretatievragen aanleiding kunnen geven.

Een bijzonder aspect vormt in dit deelgebied het gegeven, dat de EU als zodanig lid van UPOV is geworden. Dat heeft niet alleen tot een aanpassing van de bepaling met betrekking tot de stemverhoudingen geleid (zie art. 26 lid 6 UPOV 1991), maar ook tot allerlei vormen van samenwerking tussen de Internationale Unie tot bescherming van kweekprodukten en de EU. In de eerste jaren na de inwerkingtreding van de hiervoor genoemde verordening werd in de EU bij het onderzoek naar de beschermwaardigheid van kandidaat-rassen volop gebruik gemaakt van UPOV-richtlijnen, die pas veel later werden omgezet in technische EU-protocollen. Voor eventuele geschillen moest dus in die eerste

10 Resp. *Stb.* 2005, 184; Internationaal Verdrag tot bescherming van kweekprodukten d.d. 19 maart 1991, *Trb.* 1993, 153 (het acroniem UPOV staat voor *Union internationale pour la protection des obtentions végétales*); Verordening (EG) nr. 2100/94 d.d. 27 juli 1994, laatstelijk *Pb. EU* d.d. 11 januari 2008, L8/2.

periode in de EU worden teruggevallen op UPOV-regels. Inmiddels zijn ongeveer 150 EU-protocollen gereed (voor elk gewas één), terwijl het totaal aantal UPOV-richtlijnen bijna het dubbele bedraagt. De (administratieve) rechter die over het besluit tot verlening of niet-verlening van een nationaal of communautair kwekersrecht een oordeel moet uitspreken, zal naar gelang van het gewas in kwestie hetzij geconfronteerd worden met een toepasselijke UPOV-richtlijn, hetzij met een EU-protocol, hetzij met een nationaal protocol, hetzij met een combinatie daarvan.¹¹ Het is echter ook heel goed mogelijk dat voor het desbetreffende gewas nog geen richtlijn is opgesteld, want er bestaan wereldwijd vele duizenden gewassen. Dan zal de zaak beoordeeld moeten worden aan de hand van een algemene richtlijn¹² of een richtlijn met betrekking tot een gewas dat met het gewas in kwestie vergelijkbaar is. Verschillen tussen de diverse richtlijnen en protocollen met betrekking tot hetzelfde gewas zijn zeer wel denkbaar: ingevolge art. 23 lid 1 van de bij Verordening nr. 2100/94 behorende uitvoeringsverordening¹³ heeft de voorzitter van het Communautair Bureau voor Plantenrassen (CBP), de uitvoerende instantie in deze, de bevoegdheid om aan de testrichtsnoeren andere eigenschappen van een ras en de uitingvormen ervan toe te voegen. Die nieuwe eigenschappen of uitingvormen zullen dan eveneens bij de beoordeling van de beschermwaardigheid van nieuwe kandidaat-rassen betrokken moeten gaan worden. De zojuist bedoelde verschillen kunnen de bevoegde rechterlijke instanties voor de vraag plaatsen welke regels dienen vóór te gaan en met ingang van welke datum.¹⁴

Voor de rechtsvinding op dit deelgebied kan voorts van belang zijn, dat een buitenlandse (hoogste) rechter uitspraak doet in een zaak waarin een regel centraal staat die ook hier te lande geldt. Deze situatie heeft zich al eens voorgedaan. Vanwege de genoemde onderlinge verwevenheid van de nationale en internationale regelingen kennen vrijwel alle UPOV-lidstaten (en ook de EU-verordening) inmiddels dezelfde bepaling met betrekking tot de omvang van

11 Zie voor de in ons land gehanteerde richtlijnen enz. www.naktuinbouw.nl, onder Kwekersrecht en toelating; voor de UPOV-richtlijnen www.upov.int, onder UPOV System; en voor de EU-protocollen www.cpvo.europa.eu, onder Technische onderzoeken.

12 Zoals bijv. te vinden in doc. nr. TG/1/3 d.d. 19 april 2002 (General Introduction to the Examination of Distinctness, Uniformity and Stability and the Development of Harmonized Descriptions of new Varieties of Plants), gepubliceerd op www.upov.int, onder UPOV System en vervolgens onder DUS Guidance.

13 Verordening (EG) nr. 874/2009 van de Commissie van 17 september 2009, *Pb EU* d.d. 24 september 2009, L 251/3.

14 Voor een nationaal (Nederlands) kwekersrecht is de bevoegde instantie het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (zie de Wet Aanpassing Bestuursprocesrecht, bijlage 2, art. 4) voor communautaire aangelegenheden de Kamer van Beroep van het CBP, met de mogelijkheid van beroep bij het Gerecht, en daarna nog bij het HvJEU (zie art. 58 e.v. Verordening nr. 2100/94). De toetsing van het (doorgaans ingewikkelde) technische onderzoek dat tot toe- of afwijzing van de aanvraag heeft geleid, kan tot een marginale toetsing beperkt blijven: zie HvJEU 15 april 2010, zaak C-38/09 (*Schröder/CBP*), punt 77 (te vinden op www.curia.europa.eu).

de kwekersrechtelijke bescherming. Deze houdt, kort gezegd, in dat de houder van het kwekersrecht zich onder bepaalde omstandigheden kan verzetten tegen commerciële handelingen met geoogst materiaal van het beschermde ras. Het Duitse Bundesgerichtshof (BGH) heeft over die 'bepaalde omstandigheden' een uitspraak gedaan, die hoogstwaarschijnlijk ook de rechtsvinding op dit punt in andere landen – met precies dezelfde bepaling – zal beïnvloeden.¹⁵

Tot slot van dit onderdeel kan nog op een tweetal vormen van verstrengeling van octrooi- en kwekersrechtelijke regelingen gewezen worden. In art. 11 lid 1 van de hiervoor genoemde EU-richtlijn inzake biotechnologische uitvindingen wordt aandacht besteed aan een uit het kwekersrecht bekende uitzondering op het uitsluitend recht, te weten het *farmer's privilege*. Kort gezegd houdt dit in dat een landbouwer in een aantal gevallen geoogst materiaal van een beschermd ras mag gebruiken voor vermeerderingsdoeleinden op zijn eigen bedrijf (terwijl vermeerdering normaal gesproken verboden is).¹⁶ Ingevolge genoemd art. 11 lid 1 geldt dit *farmer's privilege* óók indien het plantaardig materiaal betreft dat onder een octrooi valt (bijv. als gevolg van genetische modificatie), waarbij echter 'de reikwijdte en de nadere regeling van deze afwijking beperkt blijven tot die van artikel 14 van Verordening (EG) nr. 2100/94'. En omgekeerd valt die verstrengeling waar te nemen in art. 29 lid 5a Verordening nr. 2100/94, dat betrekking heeft op het verlenen van een dwanglicentie, hetzij aan de houder van een octrooi (die met een kwekersrechtelijk beschermd ras geconfronteerd wordt en geen vrijwillige licentie van de houder van het kwekersrecht kan verkrijgen), hetzij aan de houder van een kwekersrecht (die met een octrooi op plantmateriaal wordt geconfronteerd en geen vrijwillige licentie van de octrooihouder kan verkrijgen). Voor beide gevallen bevat de genoemde bepaling namelijk een dubbele verwijzing naar art. 12 leden 1 en 2 van de EU-richtlijn biotechnologie dat op de dwanglicentie betrekking heeft. Om de verwevenheid met andere bepalingen nogmaals te benadrukken: één van de voorwaarden waaraan voor het verkrijgen van een dwanglicentie voldaan moet zijn, is de eerder genoemde, uit art. 31 TRIPS afkomstige norm van de belangrijke technische vooruitgang van aanzienlijk economisch belang. Aldus kunnen, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, in één en hetzelfde geschil over een dwanglicentie een bepaling van nationaal kwekersrecht, een bepaling van nationaal octrooirecht, een EU-richtlijn uit het octrooirecht, een EU-verordening over het kwekersrecht én een mondiaal IE-verdrag onderwerp van discussie en interpretatie vormen.¹⁷

15 BGH 14 februari 2006, zaaknr. X ZR 93/04, *GRUR* 2006, 575 (*Melanie*). Zie voor de bepaling in kwestie art. 14 lid 2 UPOV 1991, art. 13 lid 3 Verordening nr. 2100/94 en art. 57 lid 4 ZPW.

16 Zie art. 15 lid 2 UPOV 1991, art. 14 Verordening nr. 2100/94 en art. 59 ZPW.

17 Zie voor de hier bedoelde bepalingen van nationaal recht art. 57 leden 5 en 6 ROW (met een foutieve verwijzing naar een oud ZPW-artikel) en art. 61 leden 3 en 4 ZPW.

4 MERKENRECHT

Het merkenrecht is geregeld in het Beneluxverdrag inzake de intellectuele eigendom (BVIE).¹⁸ Dit verdrag is de voortzetting van de Benelux-Merkenwet die heeft gegolden van 1 januari 1971 tot 1 september 2006. Geen louter nationale regeling dus (zoals in ons land van 1893 tot 1971), omdat men van mening was dat afzonderlijke merkenwetten in de Benelux tot verstoring van het handelsverkeer konden leiden.¹⁹

Van eind 1988 dateert de EU-merkenrichtlijn, die tot doel had het merkenrecht van de lidstaten meer op één lijn te brengen, eveneens met het oog op het terugdringen van handelsbelemmeringen die uit het uitsluitend bestaan van (zeer uiteenlopende) nationale merkenwetten zouden kunnen voortvloeien.²⁰ Deze richtlijn heeft betrekking op een groot aantal merkenrechtelijke onderwerpen, maar niet op alle aspecten van dit deelgebied. Het gevolg hiervan is, dat het van het voorwerp van een merkenrechtelijk geschil afhangt, welke rechterlijke instantie het uiteindelijk voor het zeggen heeft. Is het onderwerp alléén in het BVIE geregeld, dan is dit het Benelux-Gerechtshof (BenGH), gaat het om een aspect waaraan (ook) de richtlijn aandacht besteedt, dan is dit het Hof van Justitie van de EU (HvJEU). Aan beide instanties kunnen prejudiciële vragen worden voorgelegd, en dat is dikwijls gebeurd; vanzelfsprekend is het aantal aan het BenGH voorgelegde vragen na de inwerkingtreding van de richtlijn sterk afgenomen.

Een paar jaar na de komst van de Merkenrichtlijn is er ook een Merkenverordening tot stand gebracht, die het mogelijk maakt via één procedure een merkrecht voor de gehele Unie te verkrijgen.²¹ BVIE, richtlijn en verordening zijn uiteraard op veel punten aan elkaar gelijk, maar er zijn ook significante verschillen, óók tussen de lidstaten onderling, in het bijzonder in situaties waarin de richtlijn niet voorziet of indien de richtlijn een bepaalde regel slechts facultatief voorschrijft. Denkbaar is dan ook, dat een nationale rechter een bepaalde vordering van een merkhouders op basis van het nationale recht van de lidstaat in kwestie zal moeten afwijzen, maar uit hoofde van de verordening (als de merkhouders zich niet alleen op zijn nationale merk maar ook of in plaats daarvan op zijn overeenkomstige gemeenschapsmerk beroept) zal kunnen toewijzen, of andersom. Een voorbeeld. Art. 5 lid 2 van de richtlijn

18 Zie laatstelijk *Trb.* 2007, 1. De tekst is ook te vinden op www.boip.int, onder Juridisch.

19 Zie bijv. Ch. Gielen & L. Wichers Hoeth, *Merkenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 54; T. Cohen Jehoram, C.J.J.C. van Nispen & J.L.R.A. Huydecoper, *Industriële eigendom. Deel 2 Merkenrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 51.

20 Eerste Richtlijn 89/104/EEG van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der Lid-Staten, *Pb EU* d.d. 11 februari 1989, L 40/1; inmiddels vervangen door Richtlijn 2008/95/EG van 22 oktober 2008, *Pb EU* d.d. 8 november 2008, L 299/25.

21 Verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het Gemeenschapsmerk, *Pb EU* d.d. 14 januari 1994, L 11/1; inmiddels vervangen door Verordening (EG) nr. 207/2009 van 26 februari 2009, *Pb EU* d.d. 24 maart 2009, L 78/1.

bepaalt, dat elke lidstaat *kan* bepalen dat de merkhouder, kort gezegd, gerechtigd is om op te treden tegen een derde die zijn merk gebruikt voor waren die niet soortgelijk zijn aan die waarvoor het merk is ingeschreven, een en ander onder bepaalde voorwaarden en tenzij de derde een geldige reden heeft voor dat gebruik (vgl. art. 2.20 lid 1 onder c BVIE). In art. 9 lid 1 onder c van de verordening is dit niet facultatief, maar dwingend vastgelegd als één van de bevoegdheden van de houder van het gemeenschapsmerk. Voor zover bekend hebben overigens alle EU landen inmiddels een dergelijke bepaling in hun regelgeving geïmplementeerd.

Met de zojuist genoemde geldige reden is in deze context nog iets bijzonders aan de hand. In het BVIE is een extra bevoegdheid van de merkhouder opgenomen: ingevolge art. 2.20 lid 1 onder d kan hij tevens optreden (onder vergelijkbare voorwaarden als bij onderdeel c en tenzij de derde een geldige reden heeft) tegen gebruik van zijn merk anders dan ter onderscheiding van waren. In de verordening komt deze regel niet voor, terwijl art. 5 lid 5 van de richtlijn het invoeren daarvan in het nationale merkenrecht aan de lidstaten overlaat.²² Dat zou dus kunnen betekenen dat indien een lidstaat of een groep van lidstaten, zoals in casu de Benelux, art. 5 lid 5 Richtlijn in de eigen wetgeving implementeert,²³ de uitleg van de in die bepaling gebruikte terminologie in zoverre ook een nationale (lees: Benelux) aangelegenheid is. Welnu, het BenGH heeft al in 1975 een zeer strikte interpretatie van het begrip geldige reden gegeven en is daar sindsdien niet van teruggekomen.²⁴ Hetzelfde begrip komt echter, zoals gezegd, óók in art. 5 lid 2 Richtlijn voor en in art. 9 lid 1 onder c Verordening. Indien over de betekenis van die bepalingen vragen rijzen horen die bij het HvJEU thuis. In 2011 liet het HvJEU zich voor de eerste keer uit over de communautaire betekenis van de term geldige reden.²⁵ De uitleg die dat hof gaf is naar het zich laat aanzien iets minder stringent dan die van het BenGH destijds. En daarmee rijst de vraag of een Benelux-feitenrechter in het vervolg bij de toepassing van het begrip geldige reden in situaties die onder art. 2.20 lid 1 onder d BVIE (art. 5 lid 5 Richtlijn) vallen, gehouden is de uitleg van het BenGH te (blijven) volgen, dan wel die van het HvJEU. Voor het laatste is naar onze mening het meest te zeggen, nu het wenselijk is dat een term die in dezelfde context in meer dan één richtlijnbepaling (én in een bepaling van de Verordening) voorkomt steeds op dezelfde wijze wordt geïnterpreteerd.

Beïnvloeding in tegenovergestelde richting, in die zin dat een door het BenGH gegeven uitleg van een begrip naderhand door het HvJEU is gevolgd,

22 Vgl. HvJEG 21 november 2002, zaak C-23/01, IER 2003, 6 m.nt. Ch. Gielen (*Robeco/Robelco*).

23 In feite komt deze bepaling tot op heden alleen in de Benelux voor, dus niet in het nationale merkenrecht van de andere EU-lidstaten.

24 BenGH 1 maart 1975, NJ 1975, 472 m.nt. L. Wichers Hoeth; BIE 1975, 30 m.nt. J.W. van der Zanden (*Claeryn/Klarein*).

25 HvJEU 22 september 2011, zaak C-323/09, BIE 2011, 116 m.nt. P.J.M. Steinhauser; IER 2011, 71 m.nt. Ch. Gielen (*Interflora/Marks & Spencer*).

heeft zich op dit deelgebied eveneens voorgedaan. In art. 2.26 lid 2 onder a BVIE (voorheen art. 5 onder 3 Benelux-Merkenwet) staat dat het merkrecht vervallen wordt verklaard indien gedurende een ononderbroken tijdvak van vijf jaren geen normaal gebruik van het merk is gemaakt. Het BenGH heeft lang geleden een uitleg aan het begrip normaal gebruik gegeven, die het HvJEU (nadat een vergelijkbare bepaling in de Merkenrichtlijn was opgenomen) grotendeels tot de zijne heeft gemaakt.²⁶ Voor het niet normaal gebruik kan de merkhouders een geldige reden aanvoeren. In het in voetnoot 26 genoemde arrest heeft het BenGH ook deze term nader ingevuld; het HvJEU heeft deze interpretatie deels gevolgd, maar deels ook niet, mede onder invloed van (wederom) het TRIPS-verdrag (art. 19 lid 1) dat ten aanzien van deze geldige reden soepeler is dan het BenGH destijds.²⁷

Het eerdergenoemde TRIPS-verdrag, onderdeel van het Wereldhandelsverdrag, roept ook bij andere onderdelen van het merkenrecht vragen op. De laatste jaren onderscheidt het HvJEU steeds meer ‘functies’ van het merkenrecht die soms als uitbreiding, maar meestal als beperking op het Europese merkenrecht hebben te gelden.²⁸

De belangrijkste, op zichzelf niet omstreden, functie van het merkenrecht betreft de herkomstfunctie. Op grond van die functie oordeelde het HvJEU dat bij de toepassing van art. 5 lid 1 sub a Richtlijn sprake moet zijn van gevaar voor herkomstverwarring.²⁹ Dit terwijl deze bepaling, gericht op gebruik van een identiek teken voor identieke waren, dat vereiste niet kent. In art. 16 lid 1 van het TRIPS-verdrag staat echter te lezen: ‘In het geval van het gebruik van een identiek teken voor identieke waren of diensten wordt het vermoeden van verwarring verondersteld’. Er is op gewezen dat deze veronderstelling van vermoedelijke verwarring niet slechts een weerlegbaar bewijsvermoeden is.³⁰ Blijkens de totstandkomingsgeschiedenis van het TRIPS-Verdrag is de rechter in een voorkomend geval verplicht verwarringsgevaar aan te nemen.³¹ De vraag of een nationale rechter zich nu moet houden aan het duidelijke oordeel van het Hof van Justitie over de interpretatie van Europese regelgeving of aan de eveneens duidelijke tekst en totstandkomingsgeschiedenis van het ‘hogere’ mondiale TRIPS-verdrag is er typisch één van meerlagige rechtsvinding.

26 Zie resp. BenGH 27 januari 1981, NJ 1981, 333 m.nt. L. Wichers Hoeth; BIE 1981, 33 (*Turmac/Reynolds*); HvJEG 11 maart 2003, zaak C-40/01, NJ 2004, 339, m.nt. J.H. Spoor; IER 2003, 31 (*Ansul/Ajax*).

27 Zie voor een voorbeeld uit onze nationale rechtspraak waarin deze ontwikkeling doorwerkt HR 11 januari 2008, BIE 2008, 21 (*Hugo Boss/Reemtsma*).

28 Zie hierover bijv. T. Cohen Jehoram, C.J.J.C. van Nispen & J.L.R.A. Huydecoper, a.w., p. 39 e.v.

29 HvJEG 25 januari 2007, IER 2007, 28 (*Opel/Autec*).

30 Zie S. Klos, ‘TRIPS aan de Luxemburgse laars gelapt’, IEF 2716.

31 Zie N. Perez de Carvalho, *The TRIPS Regime of Trademarks and Designs*, Den Haag: Wolters Kluwer, 2006, paragrafen 16.6 t/m 16.9, p. 262-265.

Complicerende factor is dat het Hof van Justitie in de betreffende zaak in het geheel geen aandacht heeft besteed aan de eventuele invloed van art. 16 TRIPS.

Dit heeft uiteraard ook te maken met de kwestie van directe werking en met de vraag welke rechter bevoegd is eventuele directe werking vast te stellen en toe te passen. Ook dat komt in het merkenrecht regelmatig aan de orde.

Een mondiale laag bestaat in het merkenrecht niet alleen via het TRIPS-verdrag, maar ook nog langs een andere weg. In de Inleiding werd reeds de domeinnaam genoemd. Een domeinnaam is normaal gesproken niets anders dan de kern van een internetadres (na de letters 'www'), maar het kan daarbij onder omstandigheden ook gaan om een merk en/of handelsnaam. Geschillenbeslechting op het gebied van domeinnamen vindt veelal via arbitrage plaats. Dat kan een Nederlandse procedure zijn, maar ook een Europese, en zelfs een wereldwijde. Deze laatste weg loopt via de World Intellectual Property Organization (WIPO). De toepasselijke regels voor de te volgen procedure zijn neergelegd in de zg. Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy, kortweg UDRP.³² Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan het gebruik van een domeinnaam merk- en/of handelsnaaminbreuk opleveren, of anderszins onrechtmatig bevonden worden; bij merken kan (en zal er vaak) sprake zijn van een depot te kwader trouw (vgl. bijv. art. 2.4 sub f BVIE). Een door de WIPO samengesteld panel van drie personen doet uitspraak, rekening houdend met bestaande nationale en internationale (bijv. Europese) handelsnaam- en merkenrechtelijke regelingen, zoals elders in deze bijdrage besproken.³³

5 AUTEURSRECHT

De Nederlandse Auteurswet bestond in 2012 precies honderd jaar. De Auteurswet 1912 was ten tijde van de invoering ervan een moderne wet die qua opzet verrassend goed bestand is gebleken tegen de technologische ontwikkelingen. De Auteurswet 1912 vormde gedeeltelijk een implementatie van het belangrijkste internationale auteursrechtverdrag, de Berner Conventie. De aanpassingen van de Auteurswet waren tot begin jaren '90 van de vorige eeuw gebaseerd op wijzigingen van die Berner Conventie. Nadien hebben het eerder genoemde TRIPS-verdrag uit 1994 en het World Copyright Treaty (WCT) uit 1996 hun invloed gehad op de Auteurswet.

32 Deze regels zijn opgesteld door de Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN), een organisatie die zich onder meer bezighoudt met de technische coördinatie van het internet.

33 Zie hierover ook C.J.J.C. van Nispen, J.L.R.A. Huydecoper & T. Cohen Jehoram, *Industriële eigendom. Deel 3 Vormen, namen en reclame*, Deventer: Kluwer 2012, p.263 e.v.

Het TRIPS-verdrag verklaart onder andere het grootste gedeelte van de Berner Conventie van overeenkomstige toepassing op het auteursrecht van alle lidstaten van de Wereld Handelsorganisatie. Dit heeft ertoe geleid dat het hoogste beslisorgaan van de Wereld Handelsorganisatie, het WTO-Dispute Settlement Body (WTO-DSB), een uitspraak heeft gedaan over de betekenis van de zogenaamde drie-stappen-toets die een beperking vormt op de auteursrechtelijke beperkingen die lidstaten mogen introduceren. Deze toets luidt als volgt:

‘Members shall confine limitations or exceptions to exclusive rights to certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder.’

De Europese Unie klaagde bij dit WTO-DSB over een bepaling in de Amerikaanse Auteurswet op grond waarvan voor het laten spelen van een normaal radiotoestel in een horeca-gelegenheid in de VS geen auteursrechtelijke vergoeding behoefde te worden betaald. Europese componisten en artiesten liepen daardoor veel inkomsten mis. Het WTO-DSB oordeelde dat deze Amerikaanse bepaling in strijd was met art. 11 TRIPS.³⁴

Vanaf 1991 is het auteursrecht inmiddels vrijwel geheel Europees geharmoniseerd door een zevental Europese auteursrechtelijke richtlijnen.³⁵ Er is echter (nog) geen eenvormig Europees auteursrecht vastgelegd in een Europese Auteursrechtverordening. Met name de richtlijn Auteursrecht in de informatiemaatschappij uit 2001 heeft blijkens de recente rechtspraak van het HvJEU een vergaande harmonisatie gebracht. Het HvJEU lijkt er thans in zijn rechtspraak vanuit te gaan dat elk begrip dat in de bewuste richtlijn Auteursrecht in de informatiemaatschappij wordt genoemd uniform Europees moet worden uitgelegd.³⁶

Bij de uitleg van deze auteursrechtelijke begrippen grijpt het HvJEU vaak terug op de onderliggende begrippen zoals deze in het WCT, maar vooral zoals ze in de Berner Conventie staan gedefinieerd of worden geïnterpreteerd. Het HvJEU lijkt naar believen te verwijzen naar commentaren bij de Berner Conventie die geen enkele officiële status hebben, maar wel door de WIPO zijn uitgegeven. Het HvJEU kent zichzelf sowieso inmiddels een zeer ruime bevoegdheid toe om auteursrechtelijke begrippen te interpreteren zonder veel basis in

34 WTO-DSB 27 juli 2000, Case WT/DS/160/1, Te downloaden via: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/distab_e.htm. Zie ook B. Hugenholtz, *AMI* 2000, nr. 10, p. 197.

35 Het betreft, kort gezegd, Richtlijn 2009/24/EG (computerprogramma's), 93/83/EEG (satellietomroep en kabeldoorgifte), 96/9/EG (databanken), 2001/29/EG (informatiemaatschappij), 2001/84/EG (volgrecht), 2006/115/EG (verhuur- en uitleenrecht) en 2006/116/EG (beschermingstermijn). Deze laatste Richtlijn werd verleden jaar gewijzigd door Richtlijn 2011/77/EU.

36 HvJEG 16 juli 2009, NJ 2011, 288 (*Infopaq I*); HvJEU 22 december 2010, NJ 2011, 289 (*Softwareva*); HvJEU 21 oktober 2010, IER 2011, 26 (*Padawan*); HvJEU 4 oktober 2011, IEF 10278 (*Premier League*); HvJEU 1 december 2011, IER 2012,16 (*Painer*).

traditionele rechtsbronnen. Veel begrippen en definities die in Nederland en in andere Europese landen gedurende de afgelopen honderd jaar zijn ontwikkeld gaan daarmee plotseling op de helling.

Bij het HvJEU is het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie de laatste tijd ook in auteursrechtelijke zaken een interessant nieuw aanknopingspunt. Een verplichting voor een telecommunicatiebedrijf³⁷ en een exploitant van een sociale mediasite³⁸ om op auteursrechtelijk beschermd materiaal te filteren bleek bijvoorbeeld in strijd met verschillende grondrechten uit het Handvest, met name de vrijheid van meningsuiting, de privacy en de dataprotectie. In een merkenrechtelijke zaak die ging over een mogelijke filterverplichting van eBay betrok het HvJEU ook de 'Vrijheid van ondernemerschap' van art. 16 van het Handvest erbij.³⁹ Ook in auteursrechtzaken wordt daar inmiddels in Nederland beroep op gedaan.⁴⁰ Recent heeft het Bundesgerichtshof een vraag van uitleg gesteld aan het HvJEU inhoudende of het toepassen van een auteursrechtelijke kopieerheffing op fotokopieerapparaten, maar niet op scanners en printers, misschien in strijd is met het gelijkheidsbeginsel van art. 20 van het Handvest.⁴¹ Ook dit is een novum. Via het Handvest blijken allerlei verschillende grondrechten een grotere rol te gaan spelen in het Europese auteursrecht dan wij voorheen gewend waren.⁴²

In de Benelux doet zich nog het bijzondere verschijnsel voor, dat het eerdergenoemde BVIE in het gedeelte dat betrekking heeft op modellenrecht, ook een aantal auteursrechtelijk relevante bepalingen kent. Zo bestaat er voor modellen een opdrachtgeversauteursrecht, terwijl de Nederlandse Auteurswet geen opdrachtgeversauteursrecht kent. Het Benelux-Gerechtshof heeft bepaald dat dit opdrachtgeversauteursrecht niet alleen geldt voor geregistreerde Beneluxmodellen, maar ook voor vormgeving die niet als Beneluxmodel is geregistreerd, maar wel behoort tot de categorie die onder het BVIE onder het opdrachtgeversauteursrecht valt.⁴³ Daarmee bestaat nu een opdrachtgeversauteursrecht met betrekking tot 'elk op industriële of ambachtelijke wijze vervaardigd voorwerp, met inbegrip van onder meer [...] verpakkingen, uitvoering, grafische symbolen en typografische lettertypen', indien dat voorwerp in opdracht of op bestelling is ontworpen en voor zover dat voorwerp bestemd is om door de opdrachtgever op industriële schaal te worden vervaar-

37 HvJEU 24 november 2011, C-70/10, IEF 10551 (*Scarlet/Sabam*).

38 HvJEU 16 februari 2012, C-360/10, IEF 10920 (*Sabam/Netlog*).

39 HvJEU 12 juli 2011, C-324/09, IER 2011, 58 (*L'Oréal/eBay*).

40 V.zr. Rb. Den Haag 10 mei 2012, LJN BW5387 (*BREIN/UPC, KPN, T-Mobile, Tele2*).

41 BGH 5 september 2011, bij HvJEU zaak C-458/11 (*VG Wort/Canon*).

42 Vgl. E.J. Dommering, 'De zaak Scarlet/Sabam: naar een horizontale integratie van het auteursrecht', *AMI* 2012, p. 49-53. Vgl. ook W. Geursen, 'Tendens om alleen te toetsen aan het EU-Grondrechtenhandvest: opmaat voor een ruimere bescherming dan EVRM?', *Actualiteiten Mededingingsrecht* (december 2011), p. 167-169, voetnoot 18.

43 BenGH 22 juni 2007, NJ 2007, 500, IEF 4331 (*Electrolux/SOFAM*).

digd en verhandeld.⁴⁴ Dit past niet goed in het Nederlandse auteursrechtelijke systeem, en al helemaal niet in het Belgische.⁴⁵

Daarmee bestaat in het auteursrecht een mondiale laag. Deze bestaat uit het TRIPS-verdrag, met als bijbehorende 'rechter' het WTO-Dispute Settlement Body. Daarnaast is er de Berner Conventie en het andere door de WIPO geadministreerde verdrag, het World Copyright Treaty. Deze verdragen worden voor Nederland op het hoogste niveau 'uitgelegd' door het HvJEU. Daaronder liggende zeven Europese auteursrechtlijn en het Europese Handvest die ook door het HvJEU worden uitgelegd. Dan is er voor een klein, maar niet onbelangrijk gedeelte van het auteursrecht de Benelux-laag van het BVIE, dat onder het Benelux-Gerechtshof valt. Helemaal onderaan is er nog een beetje, en steeds minder, nationaal auteursrecht waarover de Hoge Raad het laatste woord heeft.

6 HANDELSNAAMRECHT

Het handelsnaamrecht ligt vast in de Handelsnaamwet uit 1921. Een handelsnaam is een naam waaronder een onderneming gedreven wordt; het is dus geen onderscheidingsteken voor waren of diensten, zoals bij merken het geval is. Europese harmonisatie is er niet, maar het handelsnaamrecht wordt wel genoemd in het TRIPS-verdrag en uitgelegd door het HvJEU. In de *Budvar*-zaak overwoog het hof, dat een handelsnaam een teken kan zijn als bedoeld in het hiervoor reeds genoemde art. 16 lid 1 van het TRIPS-verdrag, zodat een merkhouder in voorkomende gevallen het gebruik van die handelsnaam zou kunnen beletten indien daardoor afbreuk zou worden gedaan aan de functies van het merk. Het Hof besliste echter ook dat een handelsnaam onder omstandigheden een 'eerder recht' kan vormen als in die bepaling bedoeld (met als gevolg dat de gebruiker een geldige reden zou kunnen hebben voor dat gebruik, zie hiervoor).⁴⁶

In dezelfde lijn besliste het HvJEU in de *Céline*-zaak,⁴⁷ dat weliswaar zuiver gebruik als handelsnaam geen gebruik voor waren is (en dus geen merkgebruik), maar dat daarvan wel sprake is indien iemand het teken dat zijn handelsnaam vormt aanbrengt op de waren die hij verhandelt. Zelfs zonder het aanbrengen van de handelsnaam op de waren kan er sprake zijn van gebruik 'voor waren' en dus merkgebruik, indien de handelsnaam op zodanige wijze wordt gebruikt (bijv. in reclame) dat er een verband ontstaat tussen dat teken en de verhandelde waren.

44 D.J.G. Visser, 'Opdrachtgeversauteursrecht', *AMI* 2009/3, p. 97-98.

45 H.J. Vanhees, 'Opdrachtgeversauteursrecht: een (Belgische) reactie', *AMI* 2009/5, 179-181.

46 HvJEG 16 november 2004, *IER* 2005, 23 (*Anheuser-Busch/Budvar*).

47 HvJEG 11 september 2007, *IER* 2007, 102 (*Céline*).

Daarmee is dan, kort gezegd, de link naar het merkenrecht een feit, en geldt ook met betrekking tot handelsnamen in zoverre alles wat over het merkenrecht hiervoor reeds ter sprake is gebracht.

7 CONCLUSIE

Op alle in deze bijdrage besproken deelgebieden van de intellectuele eigendom is sprake van meerlagige rechtsvinding, hetzij via nationale, hetzij via communautaire, hetzij via anderszins internationale, hetzij via wereldwijde regelingen. Al die regels zijn gaandeweg, in een niet meer te stuiten mondialisering, steeds meer met elkaar verstrengeld.

In het bovenstaande is op een aantal bijzonderheden van deze meerlagigheid nader ingegaan. Opvallend is daarbij vooral de rol die het HvJEU vervult, of mogen wij zeggen: zich in de loop der jaren heeft toegeëigend. Het hof schroomt niet om een mondiale regeling als het TRIPS-verdrag uit te leggen, of om Europese bepalingen zo ruim te interpreteren dat men soms de indruk krijgt dat het hof op de stoel van de wetgever is gaan zitten.

Daarnaast is de in een aantal gevallen bestaande mogelijkheid van mondiale geschillenbeslechting op zijn minst opmerkelijk te noemen. We kwamen daarvan in het voorgaande voorbeelden tegen bij de handelsnamen, de merken, de domeinnamen en in het auteursrecht.

Alles bijeen genomen leidt de meerlagigheid tot steeds weer nieuwe juridische vragen. Tegelijkertijd is er zo langzamerhand van het puur nationale, Nederlandse intellectuele eigendomsrecht nog maar heel weinig overgebleven.

9 | De aansprakelijkheid van de verkoper voor beperkingen die voortvloeien uit een bestemmingsplan

L.M. de Hoog [■]

1 INLEIDING

De tweede afdeling van titel 7.1 BW geeft een uitgebreide regeling van de op de verkoper rustende verplichtingen. Zo is de verkoper onder meer verplicht de volledige eigendom van de zaak aan de koper te verschaffen. Art. 7:15 BW geeft een nadere uitwerking van deze in art. 7:9 lid 1 BW neergelegde regel. Hieruit blijkt dat de verkoper is verplicht de zaak af te leveren vrij van alle bijzondere lasten en beperkingen, met uitzondering van die welke de koper uitdrukkelijk heeft aanvaard. Dit artikel beschermt de koper tegen zogenoemde rechtsgebreken.¹ De zaak moet daarnaast ook in materieel opzicht aan de overeenkomst beantwoorden. Deze regel – het zogenaamde conformiteitsvereiste – is neergelegd in art. 7:17 BW. Iedere klacht van de zijde van de koper, die inhoudt dat de verkoper niet aan zijn contractuele verplichtingen heeft voldaan, zal lopen hetzij over art. 7:15 BW, hetzij over het meer rekkelijke art. 7:17 BW. Beide artikelen bestrijken tezamen het gehele terrein van de aan de overgedragen onroerende zaak klevende gebreken. In dit artikel staat de vraag centraal hoe met een klacht van de koper met betrekking tot een uit een bestemmingsplan voortvloeiende beperking moet worden omgegaan. Ook deze uit het publiekrecht voortvloeiende beperking kan de koper immers beperken in de gebruiksmogelijkheden van de onroerende zaak. Het gaat om een grensgeval in twee betekenissen van het woord: op de grens van het publiekrecht en het privaatrecht en op de grens van art. 7:15 en 7:17 BW. Ik zal bepleiten dat in het geval van een beperkend bestemmingsplan de koper zijn klacht op art. 7:17 BW dient te baseren.

[■] L.M. de Hoog is PhD-fellow bij de afdeling notarieel recht, Universiteit Leiden.

¹ Zie *Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 113 (TM).

2 BEROEP OP ARTIKEL 7:15 OF 7:17 BW?

Art. 7:15 lid 1 BW bepaalt dat de verkoper verplicht is de verkochte zaak in eigendom over te dragen vrij van alle bijzondere lasten en beperkingen, met uitzondering van die welke de koper uitdrukkelijk heeft aanvaard. Hierin ligt besloten dat op de verkoper ter zake van deze lasten en beperkingen een mededelingsplicht rust en dat voor de koper in beginsel geen eigen onderzoeksplicht geldt.² Het antwoord op de vraag of een last of beperking onder art. 7:15 of 7:17 BW valt, is onder meer van belang voor de vraag of van de koper een eigen onderzoek hiernaar mag worden verwacht.³ Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever bewust heeft afgezien van het opnemen van een uitzondering in art. 7:15 BW voor de lasten die de koper had kunnen kennen door bijvoorbeeld de openbare registers te raadplegen.⁴ Zoals gezegd zullen gebreken die buiten het bereik van art. 7:15 BW vallen, via art. 7:17 BW moeten worden beoordeeld. Bij het meer rekkelijke art. 7:17 BW speelt – zeker in vergelijking met het strenge art. 7:15 BW – de onderzoeksplicht van de koper een grotere rol aangezien het verwachtingspatroon van de koper als uitgangspunt geldt. De zaak zal niet aan de overeenkomst beantwoorden indien zij niet de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. Voor de beantwoording van de vraag welke eigenschappen de koper mag verwachten moet worden gekeken naar de omstandigheden van het geval, zoals de aard en de leeftijd van de zaak, de hoedanigheid van partijen, de eventuele mededelingen van de verkoper en de hoogte van de prijs.⁵

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat onder bijzondere lasten en beperkingen als bedoeld in art. 7:15 BW moeten worden begrepen die lasten en beperkingen die de verkochte zaak in het bijzonder treffen, en niet welke drukken op alle zaken van dezelfde soort, zoals belastingen en retributies.⁶ De wetgever geeft als voorbeelden zakelijke rechten van derden, beperkingen voortvloeiende uit auteursrechten, octrooien en merken, en uit overeenkomst voortvloeiende lasten zoals huur. Hieruit kan worden afgeleid dat de wetgever zich primair heeft gericht op privaatrechtelijke beperkingen. Al snel na de invoering van het nieuw BW rees de vraag of onder het begrip bijzondere lasten

2 Dit kan onder omstandigheden anders zijn indien de last of beperking min of meer uit de feitelijke situatie voortvloeit en deze geen wezenlijk zwaardere last betekent dan de koper redelijkerwijs kon verwachten. Zie W.G. Huijgen, *Koop en verkoop van onroerende zaken*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 18c.

3 Een ander belang voor de kwalificatie van een last of beperking onder art. 7:15 BW is dat de verkoper in dat geval op grond van het tweede lid dwingendrechtelijk het risico voor de in de periode tussen de koop en de levering ingeschreven beperkingen krijgt toebedeeld. Zie hierover verderop in dit artikel.

4 Zie *Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 113 (TM).

5 Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 335.

6 Zie *Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 113 (TM).

en beperkingen ook de publiekrechtelijke belemmeringen moeten worden begrepen.⁷ De Hoge Raad heeft in het arrest Bos/Smeenk duidelijkheid gegeven door deze vraag bevestigend te beantwoorden.⁸ Volgens de Hoge Raad is voor de beantwoording van de vraag of art. 7:15 BW van toepassing is, bepalend of de lasten op het desbetreffende goed in het bijzonder rusten. Het onderscheid tussen publiek- en privaatrechtelijke belemmeringen is niet relevant. In onderhavig geval ging het om niet (volledig) vermelde ruilverkavelingslasten bij de koop van een veehouderijbedrijf. De Hoge Raad past het criterium toe uit de parlementaire geschiedenis (rust de last al dan niet op alle zaken van dezelfde soort) door in aanmerking te nemen dat niet op alle agrarische percelen in Nederland ruilverkavelingslasten rusten en oordeelt derhalve dat er sprake is van een bijzondere last of beperking.

3 HET BESTEMMINGSPLAN IN DE WET RUIMTELIJKE ORDENING

De vraag kan worden gesteld of een uit een bestemmingsplan voortvloeiende beperking kan worden beschouwd als een bijzondere beperking in de zin van art. 7:15 BW. In lijn met de overweging van de Hoge Raad uit het Bos/Smeenk-arrest komt het naar mijn mening neer op de vraag of op alle percelen in Nederland een bestemmingsplan van toepassing is.⁹ Om tot een antwoord op de deze vraag te komen, is het van belang om na te gaan wat men dient te verstaan onder het begrip bestemmingsplan. Bij ruilverkavelingslasten gaat het om een – op de eigenaar van de toegedeelde kavels rustende – schuldplichtigheid aan het Rijk in verband met de uit 's Rijks kas voorgesloten en ten behoeven van de gezamenlijke eigenaren gemaakte kosten.¹⁰ Op grond van deze definitie oordeelt de Hoge Raad dat het bij ruilverkavelingslasten gaat om een bijzondere last of beperking waarop art. 7:15 BW van toepassing is.¹¹ De Wet ruimtelijke ordening voorziet niet in een definitie van het bestemmings-

7 H.W. Heyman en M.M. van Rossum, 'Artikel 7:15 BW: een valkuil voor verkoper en koper van onroerend goed', *WPNR* 1992/6046, p. 307-314 en 1992/6047, p. 330-334.

8 HR 27 februari 2004, *NJ* 2004, 635 m.nt. WMK (Bos/Smeenk).

9 In de rechtspraak valt echter een andere lijn te ontdekken. De toets die doorgaans ten grondslag ligt aan de uitspraak is of de specifieke beperking die voortvloeit uit het desbetreffende bestemmingsplan – bijvoorbeeld de bestemming als dienstwoning – op de onroerende zaak in het bijzonder rust. Zie hof Amsterdam 17 juli 2012, *LJN* BY7686, hof Leeuwarden 26 april 2011, *LJN* BQ3533 en hof Arnhem 21 oktober 2008, *LJN* BH1293. Indien de vraag aldus wordt geformuleerd zal het antwoord steeds zijn dat er sprake is van een bijzondere beperking in de zin van art. 7:15 BW aangezien niet voor alle onroerende zaken in Nederland de desbetreffende bestemming is vastgesteld. Naar mijn mening dient van de concrete beperking die volgt uit het desbetreffende bestemmingsplan te worden geabstraheerd zodat niet iedere bestemming volgens een bestemmingsplan als een bijzondere beperking wordt beschouwd.

10 Zie art. 222 lid 4 en art. 223 lid 2 Landinrichtingswet.

11 HR 27 februari 2004, *NJ* 2004, 635, m.nt. WMK (Bos/Smeenk), r.o. 3.3.

plan, maar uit de parlementaire geschiedenis leid ik af dat een bestemmingsplan een normstellend document is dat een bestemming toekent aan de gronden (met inbegrip van de ondergrond op verschillende niveaus en water) en regels geeft voor het gebruik van de grond en van de zich daarop bevindende bouwwerken.¹² Verder is van belang – zo volgt uit art. 3.1 Wro – dat op de gemeenteraad de verplichting rust tot het vaststellen van een bestemmingsplan voor het *gehele* grondgebied.¹³ Onder de oude wet (WRO) bestond die verplichting alleen voor het gebied buiten de bebouwde kom.¹⁴ Een belangrijk uitgangspunt voor de nieuwe wet was de prominere rol die het bestemmingsplan in de dagelijkse beleidsvoering moest gaan spelen.¹⁵ Op deze wijze meent de wetgever het beste het doel van de wet – te weten het ontstaan van een voor een gemeenschap zo gunstig mogelijk geheel te bevorderen – te kunnen dienen.¹⁶ Gemeenten zullen in de regel aan hun verplichting tot het opstellen van een bestemmingsplan voldoen, omdat anders de bevoegdheid vervalt tot het invorderen van rechten ter zake van door of vanwege het gemeentebestuur verstrekte diensten die verband houden met het bestemmingsplan.¹⁷ Men denke aan leges ter zake van vergunningen voor bijvoorbeeld bouw-, aanleg- of sloofactiviteiten.¹⁸

4 EEN ALGEMENE BEPERKING

Gezien de verplichting om voor het gehele grondgebied een bestemmingsplan vast te stellen, lijkt er geen sprake te zijn van een bijzondere last of beperking in de zin van art. 7:15 BW.¹⁹ Een bestemming volgens het bestemmingsplan kan – zeker nadat de in art. 9.1.4 Inv. Wro opgenomen vijfjaarstermijn op 1 juli 2013 is verlopen – worden gezien als een beperking die op alle percelen in Nederland drukt. Het feit dat er een uitzondering bestaat op de verplichting

¹² *Kamerstukken II* 2002/03, 28 916, nr. 3, MvT, p. 19.

¹³ Zie uitvoering hierover M.J. Tunnissen, *Het bestemmingsplan: een juridisch-bestuurlijke indeling in de ruimtelijke ordening*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2012, p. 93 e.v. alsmede P.J.J. van Buuren, e.a., *Hoofdpijnen ruimtelijk bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 40.

¹⁴ Met ingang van 1 juli 2008 is de Wet ruimtelijke ordening in werking getreden. Zie *Stb.* 2008, 227. Op grond van art. 9.1.4 lid 3 Invoeringswet Wro dient indien er geen bestemmingsplan is vastgesteld voor een gebied binnen de bebouwde kom, uiterlijk 5 jaar na de invoering van de Wro een bestemmingsplan dan wel een beheersverordening te zijn vastgesteld.

¹⁵ *Kamerstukken II* 2002-03, 28 916, nr. 3, MvT, p. 3.

¹⁶ *Kamerstukken II* 2002-03, 28 916, nr. 3, MvT, p. 9.

¹⁷ Zie art. 3.1 lid 4 Wro.

¹⁸ M.J. Tunnissen, t.a.p., p. 96.

¹⁹ Voorstanders van het in art. 7:17 BW onderbrengen van publiekrechtelijke beperkingen – zoals uit een bestemmingsplan voortvloeiende beperkingen – zijn onder meer Hijma in Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 276 en Breedveld-de Voogd in *MvV* 2008, nr. 3, p. 54. Hijma voert tevens het dwalingsleerstuk aan als alternatief voor art. 7:17 BW.

tot het vaststellen van een bestemmingsplan staat hier naar mijn mening niet aan in de weg. Deze uitzondering is gelegen in art. 3.38 Wro, waarin de gemeenteraad de mogelijkheid wordt geboden om in plaats van een bestemmingsplan een beheersverordening vast te stellen waarin het beheer van dat gebied overeenkomstig het bestaande gebruik wordt geregeld. Dit alternatief voor de vaststelling van het bestemmingsplan – dat vrij laat in het wetgevingsproces bij amendement is ingevoerd – kan blijkens art. 3.38 Wro alleen worden vastgesteld voor gebieden waar geen ruimtelijke ontwikkelingen worden voorzien.²⁰ Daarnaast kan in de verordening slechts een regeling overeenkomstig het bestaande gebruik worden opgenomen. Onder een gebied waar geen ruimtelijke ontwikkelingen worden voorzien moet worden verstaan een gebied waar geen ruimtelijke relevante veranderingen in het planologisch toegestane gebruik van gronden, opstellen alsmede bouwkundige wijzigingen van bouwwerken worden voorzien.²¹ De gemeenteraad zal dit vage criterium dienen te hanteren daar het zijn keuze is om een bestemmingsplan dan wel een beheersverordening vast te stellen. Van groot praktisch belang is het onderscheid tussen een bestemmingsplan en een beheersverordening voor de particulier echter niet, omdat ook een beheersverordening omgevingsvergunningsplichten kan bevatten en tevens kan worden ingezet in een beschermd stads- en dorpsgezicht. De beheersverordening is zoals gezegd alleen maar ingevoerd om het gemeentebestuur een alternatief te bieden voor het vaststellen van een bestemmingsplan. De praktijk leert dat er vooralsnog slechts zeer incidenteel gebruik wordt gemaakt van de bevoegdheid om beheersverordeningen vast te stellen.²² Ik zou willen aannemen dat waar het gaat om de vraag of een bestemmingsplan een bijzondere beperking in de zin van art. 7:15 BW is, onder een bestemmingsplan moet worden begrepen ieder plan dat in het kader van de Wro ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening is vastgesteld, zodat een beheersverordening mede hieronder wordt verstaan.²³ Uit dergelijke plannen vloeit dus een algemene beperking voort, omdat in beginsel voor alle onroerende zaken in Nederland geldt dat hierop een bestemmingsplan rust. Men kan hier tegenin brengen dat de aan een stuk grond toegekende bestemming steeds een andere kan zijn – denk bijvoorbeeld aan een bedrijfsterrein, dienstwoning, natuurgebied – en daarom in die zin als ‘bijzonder’ kan worden aangemerkt. Dit bijzondere is dan echter met name gelegen in de regels die het betreffende bestemmingsplan geeft voor het gebruik van de grond. Hierna

20 De ratio is dat men in sommige gebieden in plaats van het vaststellen van een gedetailleerd en relatief duur bestemmingsplan met een beheersverordening kan volstaan. Zie *Kamerstukken II* 2005-06, 28 916, nr. 18, p. 4.

21 *Kamerstukken II* 2007-08, 30 218, nr. 24, p. 7.

22 P.J.J. van Buuren, e.a., t.a.p., p. 137.

23 Behalve het bestemmingsplan en de beheersverordening moet ook het inpassingsplan – hetgeen een door provinciale staten of ministers vastgesteld bestemmingsplan is – hier worden begrepen. Zie art. 3.26 resp. art. 3.28 Wro.

zal uiteen worden gezet dat op deze gebruiksaspecten art. 7:17 BW beter is toegesneden dan art. 7:15 BW.

5 HET BETER GESCHIKTE KADER VAN ARTIKEL 7:17 BW

Een bestemmingsplan geeft volgens de hierboven gegeven definitie onder meer regels omtrent het *gebruik* van de grond en de zich daarop bevindende bouwwerken. Aangezien het ten aanzien van de regels die voortvloeien uit een bestemmingsplan met name om de gebruiksmogelijkheden en de feitelijke kant van de zaak zal gaan, lijkt het kader van art. 7:17 BW beter geschikt dan dat van art. 7:15 BW. Bij art. 7:17 BW spelen de gebruiksaspecten immers een belangrijke rol, omdat het antwoord op de vraag wat de koper mag verwachten, primair (maar niet uitsluitend) wordt beoordeeld vanuit het perspectief of de zaak geschikt is voor een normaal gebruik of voor een bijzonder gebruik daarvan dat bij overeenkomst is voorzien. Een niet uitdrukkelijk door de koper aanvaarde beperking uit een bestemmingsplan leidt in het kader van art. 7:15 BW zonder meer tot aansprakelijkheid van de verkoper. Aan de vraag of die beperking ook in weg staat aan het bij de overeenkomst voorziene gebruik van de koper komt men hier niet toe. In het kader van art. 7:17 BW wordt wél stilgestaan bij deze vraag en leidt een bij partijen niet bekend bestemmingsplan niet zonder meer tot wanprestatie van de verkoper. Ik ben met Hijma eens dat het feit dat publiekrechtelijke belemmeringen wellicht beter in de sfeer van de rechtsgebreken zouden passen – het gaat immers in wezen om een objectief recht – niet in de weg staat aan de toepasselijkheid van art. 7:17 BW.²⁴ De open norm van art. 7:17 BW brengt met zich mee dat er een afweging wordt gemaakt aan de hand van de omstandigheden van het geval, hetgeen ertoe leidt dat tot een rechtvaardige uitkomst zal worden gekomen. Zulks in tegenstelling tot het minder afwegingsgevoelige art. 7:15 BW, waar getoetst moet worden aan het weinig duidelijke criterium ‘uitdrukkelijke aanvaarding’ door de koper.²⁵

Nog een argument dat pleit voor het onderbrengen van beperkingen die voortvloeien uit een bestemmingsplan bij art. 7:17 BW is gelegen in de gevolgen die art. 7:15 lid 2 BW met zich meebrengt. Deze bepaling zorgt ervoor dat een inschrijfbaar last of beperking die ten tijde van het sluiten van de koopovereenkomst niet in de openbare registers was ingeschreven, maar als zodanig wel

²⁴ Aldus Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 276.

²⁵ Zie over de lastige hanteerbaarheid van dit criterium uitvoerig Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 277 alsmede S.E. Bartels & H.W. Heyman, *Vastgoedtransacties: koop*, Den Haag: Boom 2012, p. 366 e.v.

inschrijfbaar was, dwingendrechtelijk voor risico van de verkoper komt.²⁶ Waar het gaat om privaatrechtelijke beperkingen is dit risico gerechtvaardigd aangezien de verkoper bij deze rechtsfeiten zelf partij is. Zo zal de verkoper ervoor moeten instaan dat hij niet tussen de koop en de levering bijvoorbeeld een erfdienstbaarheid op de verkochte zaak vestigt. Datzelfde geldt ten aanzien van inschrijfbaar feit die hij niet kende, zoals een erfdienstbaarheid die door verjaring ontstaat, maar men kan zeggen dat de eigenaar van de zaak daarvan op de hoogte zou moeten zijn. Publiekrechtelijke beperkingen worden echter van overheidswege opgelegd. Dat iemand het risico moet dragen voor de tussen de koop en de levering ingeschreven beperkingen die voortvloeien uit een bestemmingsplan moge duidelijk zijn. Er is echter geen reden om de risicoverdeling dwingendrechtelijk ten nadele van de verkoper vast te leggen. Anders dan bij erfdienstbaarheden die door verjaring zijn ontstaan kan niet van de verkoper worden gezegd dat hij op de hoogte zou moeten zijn van bestemmingsplannen die tussen de koop en levering worden ingeschreven, zeker wanneer men zich bedenkt dat er een behoorlijke periode tussen de koop en de levering kan zitten. In art. 7:17 BW staat de risicoverdeling niet bij voorbaat vast. De open norm laat ruimte om het risico dat op een onroerende zaak een beperking rust of komt te rusten, bij de koper te leggen, zodat de rechter aan de hand van de omstandigheden van het geval tot een rechtvaardige uitkomst kan komen.

6 DE RECHTSPRAAK

In de rechtspraak is inmiddels een aantal gevallen bekend waar het ging om de vraag of een uit een bestemmingsplan voortvloeiende beperking een last of beperking als bedoeld in art. 7:15 BW is. In de meeste gevallen oordeelt de rechter of de *concrete* beperking die voortvloeit uit het bestemmingsplan – bijvoorbeeld de beperking dat de onroerende zaak slechts als dienstwoning of bedrijfswoning mag worden gebruikt – op de zaak in het bijzonder rust met als gevolg dat steeds wordt aangenomen dat er sprake is van een *bijzondere* last of beperking als bedoeld in art. 7:15 BW.²⁷ Het komt in deze gevallen neer op de vraag of de koper de bijzondere last of beperking ‘uitdrukkelijk heeft

26 Strikt genomen is een bestemmingsplan vooralsnog niet inschrijfbaar in de zin van art. 3:17 BW. De wetgever is echter voornemens om – zodra een geautomatiseerde verwerking van de met dat bestemmingsplan verbonden grote hoeveelheden gegevens mogelijk wordt – een bestemmingsplan op grond van de Wkpb als inschrijfbaar feit aan te wijzen. Zie *Kamerstukken II* 2005-06, 30 608, nr. 3. Ook in de praktijk bestaat de behoefte om een bestemmingsplan als inschrijfbaar feit aan te wijzen, zo blijkt uit de Rapportage Functionering Wkpb in de praktijk. Zie bijlage bij *Kamerstukken II* 2011-12, 33 323, nr. 1.

27 Zie bijvoorbeeld Rb. Arnhem 10 oktober 2012, *LJN* BY0809, Hof Amsterdam 17 juli 2012, *LJN* BY7686, Rb. Alkmaar 30 maart 2011, *LJN* BQ0475 en Hof Arnhem 21 oktober 2008, *LJN* BH1293.

aanvaard'. Dat dit een lastig hanteerbaar criterium is, blijkt ook hier aangezien steeds is gesteld noch gebleken dat de koper de beperking uitdrukkelijk heeft aanvaard. De met art. 7:15 BW beoogde kopersbescherming schiet op deze manier haar doel voorbij, aangezien met toepassing van art. 7:15 BW nauwelijks te bereiken is dat de koper het risico draagt. Art. 7:17 BW biedt een fijnmaziger kader dat onder omstandigheden mogelijk maakt dat de verkoper niet aansprakelijk kan worden gehouden.²⁸

Een opmerkelijke uitspraak is die van het Hof Leeuwarden van 26 april 2011.²⁹ De verkoper heeft in dit geval een boerderij met erf, kas, huis en weiland verkocht en geleverd aan de koper. De koper weet niet dat uit het bestemmingsplan volgt dat op de boerderij bewoning slechts is toegestaan indien op het perceel een agrarisch bedrijf wordt uitgeoefend. De verkoper stelt zich op het standpunt dat onderhavige publiekrechtelijke bestemming geen bijzondere last of beperking is in de zin van art. 7:15 BW, omdat op elke onroerende zaak in Nederland een publiekrechtelijke bestemming rust. Het hof volgt de verkoper hierin niet en hanteert een opmerkelijk criterium. Het hof stelt dat van een last of beperking in de hier bedoelde zin sprake is wanneer de publiekrechtelijke bestemming afbreuk doet aan *het bij partijen bekende gebruik* dat de koper van de onroerende zaak wil maken. Het verwachtingspatroon van de koper wordt centraal gesteld en dat is het criterium dat juist bij art. 7:17 BW wordt gehanteerd. Aangezien de koper zich hier heeft beroepen op art. 7:15 BW zou het hof hebben moeten nagaan of deze beperking de verkochte zaak in het bijzonder treft en niet drukt op alle zaken van dezelfde soort.

Toch voorziet het hof hiermee in een wenselijke uitkomst. Het hof rekt het kader van art. 7:15 BW op door niet na te gaan of de koper de beperking uitdrukkelijk heeft aanvaard en toetst in wezen of de zaak de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. Het hof stelt terecht vast dat sprake is van non-conformiteit, omdat de zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt. De zaak bezit niet de eigenschappen die de koper op grond van de koopovereenkomst mocht verwachten aangezien de koper geen agrarisch bedrijf zal uitoefenen en derhalve de onroerende zaak op grond van het bestemmingsplan niet mag bewonen.

Een consequentie van het onderbrengen van een uit een bestemmingsplan voortvloeiende beperking bij art. 7:17 BW is onder meer dat er een grotere onderzoeksplicht aan de zijde van de koper ontstaat. Het gaat immers blijkens het tweede lid van art. 7:17 BW om wat de koper *mocht* verwachten. Het antwoord op de vraag wanneer een onderzoeksplicht kan worden aangenomen is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waarbij de deskundigheid van de koper een belangrijke rol speelt.³⁰ In het geval van een beperking die

28 Zie Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 276 waar de term 'fijnmazig kader' wordt gebezigd.

29 Hof Leeuwarden 26 april 2011, *LJN* BQ3553.

30 Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 337.

volgt uit een bestemmingsplan zal onder omstandigheden een onderzoeksplicht van de koper kunnen worden aangenomen. Dat is niet bezwaarlijk aangezien plannen tegenwoordig door een ieder digitaal te raadplegen zijn op www.ruimtelijkeplannen.nl.³¹ Onder omstandigheden zal een beperking die voortvloeit uit een bestemmingsplan een gebrek opleveren waarvan de koper de afwezigheid niet zonder nader onderzoek mocht verwachten. Ik denk met name aan het geval dat de koper een bij de verkoper onbekend bijzonder gebruik van de zaak voor ogen heeft, aan welk gebruik het bestemmingsplan in de weg staat. Beperkingen die een bestemmingsplan oplegt aan een dergelijk bijzonder gebruik dat niet bij de overeenkomst is voorzien, dienen voor risico van de koper te komen. Een dergelijk gebrek zal dan aan een succesvol beroep op non-conformiteit in de weg staan.³²

7 CONCLUSIE

Beperkingen die voortvloeien uit een bestemmingsplan zouden via art. 7:17 BW beoordeeld moeten worden. In lijn met het arrest Bos/Smeenck moet worden vastgesteld dat dergelijke beperkingen niet bijzonder zijn, aangezien mag worden aangenomen dat op alle onroerende zaken in Nederland een bestemmingsplan van toepassing is. Het bestemmingsplan geeft regels omtrent het gebruik van de grond waardoor aansluiting op art. 7:17 BW – dat als criterium hanteert dat de koper alle eigenschappen mag verwachten die voor normaal gebruik nodig zijn – meer voor de hand ligt. De open norm van art. 7:17 BW voorziet bovendien in een rechtvaardige uitkomst aangezien de omstandigheden van het geval worden meegewogen waarbij ook ruimte is voor een onderzoeksplicht aan de zijde van de koper. Het feit dat bestemmingsplannen voor een ieder digitaal raadpleegbaar zijn brengt mee dat onder omstandigheden een beroep van de koper om non-conformiteit niet zal kunnen slagen. Voorts is het bezwaarlijk dat inschrijfbaar feiten – ervan uitgaande dat een bestemmingsplan in de toekomst moet worden ingeschreven in de openbare registers – die ten tijde van het sluiten van de koop nog niet waren ingeschreven op grond van art. 7:15 lid 2 BW dwingendrechtelijk voor risico van de verkoper komen.

31 Met ingang van 1 oktober 2012 luidt het vernieuwde art. 1.2.1 lid 2 Bro: Er is een landelijke voorziening waar de visies, plannen, besluiten en verordeningen, bedoeld in het eerste lid, raadpleegbaar zijn. Zie *Stb.* 2012, 332. Volledigheidshalve dient te worden opgemerkt dat op grond van de overgangsbepalingen de digitaliseringsverplichting slechts geldt ten aanzien van plannen die ná 1 juli 2009 zijn vastgesteld. Hoewel veel gemeenten ook al voor die tijd een digitale vorm hebben vastgesteld, zullen pas na 1 juli 2019 – te weten na verloop van de op grond van art. 3.1 lid 2 Wro voor bestemmingsplan geldende herzieningstermijn van tien jaar – alle bestemmingsplannen digitaal raadpleegbaar zijn. Niet digitaal beschikbare plannen kan men op het gemeentehuis raadplegen. Zie art. 1.2.1 lid 4 Bro.

32 S.E. Bartels & H.W. Heyman, t.a.p., p. 292.

Indien de rechtspraak beperkingen uit een bestemmingsplan wél onder art. 7:15 BW blijft scharen, zouden de kaders van dit artikel – in lijn met het arrest van het hof Leeuwarden – moeten worden opgerekt zodat toch *het bij de overeenkomst voorziene gebruik van de koper* centraal komt te staan. Op deze manier is beter te bereiken dat de verkoper niet zonder meer aansprakelijk is als de zaak belast blijkt te zijn met een bestemming die het door de koper beoogde gebruik belemmert en deze last ongelukkigerwijs niet uitdrukkelijk door de koper is aanvaard. Uit het publiekrecht afkomstige regels die de koper beperken in zijn gebruik moeten via art. 7:17 BW worden ingepast in het systeem van de privaatrechtelijke aansprakelijkheid van de verkoper.

10 | Rechtsvinding en de Europese Erfrechtverordening

G.G.B. Boelens & T.H. Sikkema ■

1 INLEIDING

Op 4 juli 2012 is de zogenoemde Erfrechtverordening van het Europees Parlement en de Raad vastgesteld.¹ Deze Erfrechtverordening is van toepassing op de erfopvolging van personen die overlijden op of na 17 augustus 2015.² Het doel van de verordening is om de werking van de interne markt te vergemakkelijken door ‘het wegnemen van de belemmeringen voor het vrije verkeer van personen die thans moeilijkheden ondervinden om hun rechten te doen gelden in het kader van een erfopvolging met grensoverschrijdende gevolgen’.³ De verordening moet de vererving van een grensoverschrijdende nalatenschap gemakkelijker maken en tevens de afwikkeling van een nalatenschap met internationale aspecten soepel laten verlopen. De regels van het internationale erfrecht worden met de verordening geharmoniseerd in de lidstaten van de Europese Unie, met uitzondering van het Verenigd Koninkrijk, Ierland en Denemarken.⁴

Het toepassingsgebied van de verordening is beperkt tot de erfopvolging.⁵ Fiscale zaken, douanezaken en administratiefrechtelijke zaken vallen erbuiten.⁶ De verordening is ook niet van toepassing op andere onderdelen van het burgerlijk recht, zodat (onder meer) kwesties die verband houden met huwelijksvermogensrecht (of ander relatievermogensrecht) en met rechten en goede-

■ G.G.B. Boelens is promovendus bij de afdeling notarieel recht, Universiteit Leiden, en daarnaast kandidaat-notaris te Delft. T.H. Sikkema is docent bij de afdeling notarieel recht en de afdeling moot court, Universiteit Leiden.

1 Verordening (EU) nr. 650/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 4 juli 2012 betreffende de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen en de aanvaarding en tenuitvoerlegging van authentieke akten op het gebied van erfopvolging, alsmede betreffende de instelling van een Europese erfrechtverklaring, gepubliceerd in *Pb EU* L 201 van 27 juli 2012, p. 107-134.

2 Art. 83 Erfrechtverordening.

3 Overweging 7 Erfrechtverordening.

4 Zie overwegingen 82-83 Erfrechtverordening.

5 Art. 1 lid 1 Erfrechtverordening; zie voor de invulling van het begrip erfopvolging art. 3 lid 1 onder a jo. art. 23 lid 2 Erfrechtverordening.

6 Art. 1 lid 1 Erfrechtverordening.

ren die krachtens schenking worden verkregen, van het toepassingsgebied van de verordening zijn uitgesloten.⁷

Om de hierboven vermelde doelstelling te bereiken, kent de Erfrechtverordening vier hoofdpijlers. De eerste pijler regelt (in hoofdstuk II van de verordening) de internationale rechtsmacht bij geschillen over nalatenschappen. De tweede pijler betreft de bepaling van het toepasselijke recht op de erfopvolging (hoofdstuk III). De derde en vierde pijler bevatten regels over de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse gerechtelijke beslissingen en authentieke akten op het gebied van het erfrecht (hoofdstukken IV en V) respectievelijk bepalingen over de invoering van een Europese Erfrechtverklaring (hoofdstuk VI). Voor de derde pijler geldt als uitgangspunt dat gerechtelijke beslissingen en authentieke akten in beginsel in andere lidstaten worden erkend zonder dat daartoe een procedure vereist is.⁸ Met de genoemde Europese Erfrechtverklaring kunnen erfgenamen, legatarissen en executeurs van een grensoverschrijdende nalatenschap hun rechten en bevoegdheden in een andere lidstaat aantonen.⁹

Hoewel iedere pijler – gezien het belang van de daarmee geregelde onderwerpen – zondermeer een uitgebreide behandeling rechtvaardigt, wordt in deze bijdrage met name en in algemene zin stilgestaan bij de tweede pijler: de regeling over het op de erfopvolging toepasselijke recht. In het bijzonder zal bezien worden of de verordening in verband met de beoordeling van de toelaatbaarheid en de materiële geldigheid van een uiterste wilsbeschikking gevolgen heeft voor het moment waarnaar een uiterste wilsbeschikking dient te worden uitgelegd.¹⁰ Tot slot zal de positie van de Erfrechtverordening binnen de nationale en Europese rechtsorde en ten opzichte van Europese grondrechtencatalogi (het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie) worden behandeld.

2 DE ERFRECHTVERORDENING EN HET OP DE ERFOPVOLGING TOEPASSELIJKE RECHT

2.1 Erfopvolging (algemeen)

In deze paragraaf wordt ingegaan op het recht dat volgens de Erfrechtverordening van toepassing is op de erfopvolging. Als eerste zal aan bod komen wat erfopvolging onder de Erfrechtverordening inhoudt en hetgeen het daarop door de verordening aangewezen recht regelt.

⁷ Art. 1 lid 2 onder d en g jo. art. 2 Erfrechtverordening.

⁸ Zie art. 39 en 59 Erfrechtverordening.

⁹ Art. 63 lid 1 Erfrechtverordening.

¹⁰ Art. 24 en 26 Erfrechtverordening.

Artikel 3 lid 1 onder a Erfrechtverordening definieert 'erfopvolging' als:

'elke vorm van overgang of overdracht van goederen, rechten en verplichtingen naar aanleiding van een overlijden, ongeacht of het gaat om een vrijwillige overgang of overdracht krachtens een uiterste wilsbeschikking, dan wel om een overgang middels erfopvolging bij versterf.'

Het krachtens de verordening aangewezen toepasselijke recht op de erfopvolging beheerst de vererving van de *gehele* nalatenschap, te weten: de erfopvolging van alle bestanddelen, ongeacht of deze bestanddelen zich in een andere aangesloten lidstaat of in een derde staat bevinden.¹¹ Met de keuze voor een zogenoemd 'eenheidstelsel' wordt de rechtszekerheid gediend en wordt voorkomen dat de nalatenschap versnipperd.¹² Een op grond van (art. 10:145 lid 2 BW jo.) art. 6 van het Haags Erfrechtverdrag 1989¹³ gedane partiële rechtskeuze wat betreft de vererving van bepaalde goederen in een nalatenschap is vanaf 17 augustus 2015 dus niet meer mogelijk.¹⁴ Bovendien zal het aangewezen toepasselijke recht niet alleen de vererving regelen, maar ook de afwikkeling (vereffening en verdeling) van de nalatenschap.¹⁵ De tweedeling in het hedendaagse Nederlandse IPR-erfrecht tussen vererving enerzijds (hetgeen geregeld wordt door het Haags Erfrechtverdrag 1989)¹⁶ en de vereffening en verdeling anderzijds (beheerst door art. 10:149 BW) verdwijnt dus door de verordening. Het aangewezen recht moet ingevolge overweging 42 Erfrechtverordening de erfopvolging beheersen 'vanaf het openvallen van de nalatenschap totdat de eigendom van de bestanddelen van de nalatenschap op de rechthebbenden is overgegaan (...)' Artikel 23 lid 2 Erfrechtverordening vermeldt wat het op de erfopvolging aangewezen recht in het bijzonder regelt, te weten:

'a) de gronden voor, het tijdstip en de plaats van het openvallen van de nalatenschap;

11 Art. 23 lid 1 Erfrechtverordening. Overigens kunnen bijzondere regels van het recht van een staat waar zich bepaalde onroerende goederen, ondernemingen of andere bijzondere categorieën goederen bevinden, op de erfopvolging van toepassing zijn, ongeacht het op de erfopvolging volgens de Erfrechtverordening toepasselijke recht. Dit is het geval als het recht van de staat voor deze zich daar bevindende bepaalde onroerende goederen, ondernemingen of andere bijzondere categorieën goederen bijzondere regels bevat waarbij uit economische, familiale of sociale overwegingen beperkingen worden opgelegd die de erfopvolging van die bestanddelen van de nalatenschap betreffen of raken; zie art. 30 Erfrechtverordening dat de toepassing van deze bijzondere regels verzekert.

12 Overweging 37 Erfrechtverordening.

13 Trb. 1994, 49 en 168.

14 Art. 83 lid 2 Erfrechtverordening.

15 Zie de opsomming in art. 23 lid 2 Erfrechtverordening.

16 Trb. 1994, 49 en 168. Zie ook art. 10:145 lid 2 BW.

- b) de aanwijzing van de rechthebbenden, de bepaling van hun onderscheiden erfdelen en van de verplichtingen die hun door de erflater opgelegd kunnen zijn, alsook de bepaling van andere rechten op de nalatenschap, daaronder begrepen de erfrechten van de langstlevende echtgenoot of partner;
- c) de bekwaamheid om te erven;
- d) de onterving en de uitsluiting wegens onwaardigheid;
- e) de overgang op en de overdracht aan de erfgenamen en, naar gelang van het geval, de legatarissen van de goederen, rechten en verplichtingen die de nalatenschap vormen, met inbegrip van de voorwaarden en de gevolgen van de aanvaarding of verwerping van de nalatenschap of van een legaat;
- f) de bevoegdheden van de erfgenamen, van de executeurs-testamentair en van andere beheerders van de nalatenschap, in het bijzonder wat betreft de verkoop van eigendom en het voldoen van schuldeisers, onverminderd de bevoegdheden bedoeld in artikel 29, lid 2 en lid 3;
- g) de aansprakelijkheid voor de schulden van de nalatenschap;
- h) het beschikbare deel van de nalatenschap, de wettelijke erfdelen en andere beperkingen van de bevoegdheid om bij uiterste wil te beschikken, alsmede de mogelijke vorderingen van personen die de erflater na stonden op de nalatenschap of op de erfgenamen;
- i) de verplichting tot inbreng en inkorting van schenkingen, voorschotten of legaten bij het vaststellen van de erfdelen van de verschillende rechthebbenden; en
- j) de verdeling van de nalatenschap.'

Nu met het vorenstaande is weergegeven wat volgens de verordening het aangewezen (nationale) recht regelt, zal vervolgens worden gezien hoe de verordening het toepasselijke recht vaststelt.

2.2 Toepasselijk recht op de erfopvolging

Hoe wordt het toepasselijke recht door de verordening aangewezen? Hierbij zij vooraf opgemerkt dat de verordening *universeel* werkt, dat wil zeggen dat het recht dat door de verordening wordt aangewezen, wordt toegepast, ongeacht of dit het recht van een lidstaat is of niet.¹⁷ Als hoofdregel geldt volgens art. 21 lid 1 Erfrechtverordening dat op de erfopvolging in haar geheel het recht van de staat van toepassing is waar de erflater op het tijdstip van overlijden zijn *gewone verblijfplaats* had, tenzij in de verordening anders is bepaald. Hiermee wordt getracht te bereiken dat er – gelet op de toenemende mobiliteit van burgers – een echte (nauwe en duurzame) band tussen de erfopvolging

¹⁷ Art. 20 Erfrechtverordening.

en de lidstaat waar de bevoegdheid wordt uitgeoefend bestaat.¹⁸ Het algemene uitgangspunt van de gewone verblijfplaats lijdt uitzondering als uit alle omstandigheden van het geval blijkt dat de erflater op het tijdstip van overlijden een kennelijk nauwere band had met een andere staat. In dat geval is het recht van laatstbedoelde staat op de erfopvolging van toepassing.¹⁹ Als de gewone verblijfplaats van de erflater op het tijdstip van overlijden moeilijk te bepalen is, mag de kennelijk nauwste band echter niet als subsidiair aanknopingspunt dienen.²⁰ Complex is de situatie bijvoorbeeld, aldus overweging 24 Erfrechtverordening, als 'de erflater om professionele of economische redenen, en soms voor langere tijd, in een andere lidstaat is gaan wonen en werken, maar de erflater een nauwe en duurzame band met zijn land van oorsprong heeft behouden.' Afhankelijk van de omstandigheden zou dan volgens overweging 24 Erfrechtverordening geoordeeld kunnen worden dat 'de erflater zijn gewone verblijfplaats nog in zijn land van oorsprong had, waar zich het centrum van zijn belangen voor zijn gezins- en sociaal leven bevond.'

De verordening tracht met de bovenvermelde hoofdregel de erfopvolging op een voorzienbare wijze te laten beheersen door een recht waarmee het nauw verbonden is. Burgers kunnen hierdoor van tevoren het recht kennen dat op hun nalatenschap van toepassing zal zijn, zodat zij zonder verlies aan rechtszekerheid kunnen profiteren van de voordelen van de interne markt.²¹

2.3 Rechtskeuze voor toepasselijk recht op de erfopvolging

De voorzienbaarheid van het toepasselijke recht op de erfopvolging wordt vergroot doordat de verordening ook de mogelijkheid biedt dat de erflater een rechtskeuze uitbrengt voor het recht van een staat dat zijn erfopvolging in het geheel zal beheersen. Deze keuze is beperkt tot het recht van een land waarvan de erflater op het tijdstip van de rechtskeuze of op het tijdstip van overlijden de nationaliteit bezit.²² Indien de erflater meerdere nationaliteiten bezit, kan hij het recht kiezen van een van de staten waarvan hij op het tijdstip van de rechtskeuze de nationaliteit bezit.²³ De mogelijkheden van het doen

18 Overweging 23 Erfrechtverordening. Het zal niet altijd eenvoudig zijn om de gewone verblijfplaats vast te stellen. Uit overweging 23 blijkt in dit kader dat voor een oordeel hierover alle aspecten die het leven van de erflater in de jaren voor zijn overlijden en op het tijdstip van overlijden hebben gekenmerkt, en daarbij alle relevante feitelijke elementen in beschouwing dienen te worden genomen, in het bijzonder de duur en de regelmatigheid van de aanwezigheid van de erflater in de betrokken staat en de omstandigheden van en de redenen voor het verblijf.

19 Art. 21 lid 2 Erfrechtverordening.

20 Overweging 25 Erfrechtverordening.

21 Overweging 37 Erfrechtverordening.

22 Art. 22 lid 1 Erfrechtverordening.

23 Art. 22 lid 1 Erfrechtverordening.

van een rechtskeuze zijn beperkter dan de huidige mogelijkheden op grond van art. 5 van het Haags Erfrechtverdrag 1989, waar ook gekozen kan worden voor de gewone verblijfplaats van de erflater. Zoals eerder vermeld, is ook een rechtskeuze ten aanzien van bepaalde goederen van de nalatenschap na het van toepassing worden van de verordening met ingang van 17 augustus 2015 niet meer mogelijk. De reden om de rechtskeuze te beperken tot het recht van een staat waarvan de erflater de nationaliteit bezit, is dat hierdoor bewerkstelligd wordt dat er een band tussen de erflater en het gekozen recht bestaat en dat wordt voorkomen dat 'een recht wordt gekozen met het specifieke oogmerk de erfgenamen die recht hebben op een wettelijk erfdeel te kort te doen in hun legitieme verwachtingen.'²⁴ Een rechtskeuze uitgebracht onder de Erfrechtverordening heeft straks overigens wel een groter bereik dan een rechtskeuze uitgebracht onder het Haags Erfrechtverdrag 1989, doordat het aangewezen toepasselijke recht niet alleen de vererving, maar ook de afwikkeling van de nalatenschap regelt.²⁵

Wat betreft de vormvereisten geldt dat aan een rechtskeuze dezelfde vormvereisten worden gesteld als aan een uiterste wilsbeschikking.²⁶ Elke wijziging of herroeping van de rechtskeuze moet voldoen aan de vormvoorschriften voor de wijziging of de intrekking van een uiterste wilsbeschikking.²⁷ Overigens kan de rechtskeuze ook impliciet blijken uit de uiterste wilsbeschikking, indien de erflater daarin verwezen heeft naar bepaalde rechtsregels van de staat van zijn nationaliteit of dat recht anderszins daarin heeft vermeld.²⁸ De formele geldigheid van uiterste wilsbeschikkingen komt in paragraaf 3 aan bod.

Wat betreft de materiële geldigheid van de rechtskeuze bepaalt art. 22 lid 3 Erfrechtverordening dat de geldigheid van de handeling waarbij de rechtskeuze wordt gemaakt, wordt bepaald door het gekozen recht. De materiële geldigheid van de rechtskeuze betreft de vraag of de rechtskeuze geacht kan worden willens en wetens te zijn gemaakt.²⁹

Tot slot zij gewezen op de openbare-orde-exceptie in art. 35 Erfrechtverordening, op grond waarvan de toepassing van een bepaling van het door de verordening aangewezen recht slechts terzijde kan worden gesteld indien de toepassing kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde van het forum (het land van de rechter). De openbare-orde-exceptie reikt niet zo ver dat als de wettelijke/legitimaire aanspraken van de erfwet van het land van de rechter afwijken van het op grond van de verordening toepasselijke recht, met een

²⁴ Overweging 38 Erfrechtverordening.

²⁵ Zie art. 23 lid 2 Erfrechtverordening en art. 5 jo. art. 7 lid 2 Haags Erfrechtverdrag 1989.

²⁶ Art. 22 lid 2 Erfrechtverordening luidt: 'De rechtskeuze wordt uitdrukkelijk gedaan in een verklaring in de vorm van een uiterste wilsbeschikking of blijkt duidelijk uit de bewoordingen van die beschikking.'

²⁷ Art. 22 lid 4 Erfrechtverordening.

²⁸ Overweging 39 Erfrechtverordening.

²⁹ Zie overweging 40 Erfrechtverordening.

beroep op de exceptie de eigen regels alsnog kunnen worden toegepast.³⁰ Bij inbreuk op de openbare orde dient men veeleer te denken aan erfvetten die discrimineren op grond van geloof, ras, nationaliteit of sekse.³¹

3 DE ERFRECHTVERORDENING EN DE FORMELE EN MATERIËLE GELDIGHEID VAN UITERSTE WILSBESCHIKKINGEN

3.1 Formele geldigheid

Artikel 10:151 lid 1 BW bepaalt ten aanzien van de formele geldigheid van uiterste wilsbeschikkingen het volgende:

‘Het recht dat van toepassing is op de vorm van uiterste wilsbeschikkingen wordt bepaald door het op 5 oktober 1961 te ‘s-Gravenhage tot stand gekomen Verdrag inzake de wetsconflicten betreffende de vorm van testamentaire beschikkingen (Trb. 1980, 54).’

Het in dit artikel bedoelde Verdrag staat ook bekend als het Haags Testamentsvormenverdrag 1961 (hierna: HTV). Op grond van art. 1 HTV is een testamentaire beschikking wat de vorm betreft geldig, indien zij beantwoordt aan de eisen van het interne recht:

- a) van de plaats waar de testateur beschikte, of
- b) van een Staat waarvan de testateur de nationaliteit bezat, hetzij op het ogenblik waarop hij beschikte, hetzij op het ogenblik van zijn overlijden, of
- c) van een plaats waar de testateur zijn woonplaats had, hetzij op het ogenblik waarop hij beschikte, hetzij op het ogenblik van zijn overlijden, of
- d) van de plaats waar de testateur zijn gewoon verblijf had, hetzij op het ogenblik waarop hij beschikte, hetzij op het ogenblik van zijn overlijden, of
- e) voor onroerende goederen, van de plaats van hun ligging.’

Bepalingen omtrent de formele geldigheid van schriftelijke uiterste wilsbeschikkingen zijn in de Erfrechtverordening opgenomen in artikel 27. De daarin bedoelde criteria komen overeen met de regeling van het HTV.³²

Op grond van art. 75 lid 1 van de Erfrechtverordening blijven de lidstaten, die partij zijn bij het HTV met betrekking tot de formele geldigheid van testa-

30 Zie F.W.J.M. Schols, ‘Overweging 26: testeer- en keuzevrijheid *ordre public* en *fraus legis*’, *Tijdschrift Erfrecht* 2012, nr. 5, p. 98. Schols merkt daar op dat art. 23 lid 2 onder h Erfrechtverordening er immers niet voor niets is.

31 F.W.J.M. Schols, ‘Overweging 26: testeer- en keuzevrijheid *ordre public* en *fraus legis*’, *Tijdschrift Erfrecht* 2012, nr. 5, p. 98 onder verwijzing naar (o.a.): I.S. Joppe, *Vademecum internationaal erfrecht*, Ars Notariatus XIX, Deventer: Kluwer 1980, p. 19.

32 Met dien verstande dat de Erfrechtverordening een ruimer begrip kent van ‘uiterste wilsbeschikking’ dan het HTV, zie art. 3 lid 1 onder d Erfrechtverordening.

menten en gemeenschappelijke testamenten, in plaats van de verordening, de bepalingen van het HTV toepassen. Overweging 73 van de verordening licht toe dat vanwege de internationale verplichtingen van de lidstaten de toepassing van de internationale verdragen, waarbij een of meer lidstaten op het tijdstip van vaststelling van de verordening partij zijn, onverlet moet worden gelaten. De verordening heeft tussen de lidstaten evenwel voorrang boven verdragen die exclusief tussen twee of meer lidstaten zijn gesloten en betrekking hebben op aangelegenheden die door de verordening worden beheerst. De coherentie met de algemene doelstellingen van de verordening brengt deze voorrangregel met zich mee.

3.2 Materiële geldigheid

De Erfrechtverordening verstaat onder een uiterste wilsbeschikking een testament, een gemeenschappelijk testament of een erfovereenkomst.³³ De toelaatbaarheid en de materiële geldigheid van een uiterste wilsbeschikking (niet zijnde een erfovereenkomst) wordt op grond van art. 24 Erfrechtverordening beheerst door het recht dat op grond van de verordening op de erfopvolging van toepassing zou zijn geweest, indien de erflater zou zijn overleden op de dag waarop de wilsbeschikking is gemaakt. Dit geldt ook voor de wijziging of herroeping van een uiterste wilsbeschikking. Aan een testateur komt evenwel de bevoegdheid toe specifiek de toelaatbaarheid en materiële geldigheid van zijn uiterste wilsbeschikking te laten beheersen door ander recht, mits het gaat om recht waarvoor hij op grond van de verordening via een rechtskeuze had kunnen kiezen.³⁴ Op hoofdlijnen geldt een soortgelijke regeling ook voor de erfovereenkomst. De regels omtrent de toelaatbaarheid en de materiële geldigheid van erfovereenkomsten zijn uitgewerkt in art. 25 Erfrechtverordening.

In de verordening is in art. 24, te lezen in samenhang met art. 26, een regeling opgenomen betreffende de toelaatbaarheid en de materiële geldigheid van uiterste wilsbeschikkingen. Met het oog op eenvormige toepassing van deze regeling zijn in de verordening elementen opgesomd, die deel uitmaken van de materiële geldigheid.³⁵ De toetsing van een uiterste wilsbeschikking

33 Art. 3 lid 1 onder d Erfrechtverordening.

34 Art. 24 lid 1 Erfrechtverordening wijst aan het recht dat op de erfopvolging van toepassing zou zijn geweest indien de erflater zou zijn overleden op de dag van het maken van de uiterste wilsbeschikking. Lid 2 van hetzelfde artikel geeft aan dat 'niettegenstaande lid 1' ten aanzien van de toelaatbaarheid en materiële geldigheid van de uiterste wilsbeschikking een mogelijkheid van rechtskeuze open staat. In dat geval dienen bij de bepaling van het toepasselijke recht de mogelijkheden en voorwaarden van art. 22 in acht te worden genomen.

35 Zie overweging 48 Erfrechtverordening.

op haar materiële geldigheid kan leiden tot de conclusie dat de uiterste wilsbeschikking rechts niet bestaat.³⁶

De hiervoor bedoelde elementen inzake de materiële geldigheid worden vermeld in art. 26 lid 1 Erfrechtverordening:

‘Voor de toepassing van de artikelen 24 en 25 wordt de materiële geldigheid bepaald door het volgende:

- a) de handelingsbekwaamheid met betrekking tot de uiterste wilsbeschikking;
- b) de specifieke beletselen om bij uiterste wil ten gunste van bepaalde personen te beschikken, of om goederen uit de nalatenschap te ontvangen van degene die bij uiterste wil beschikt;
- c) de toelaatbaarheid om middels een vertegenwoordiger bij uiterste wil te beschikken;
- d) de uitleg van de uiterste wilsbeschikking;
- e) bedrog, dwang, dwaling en andere omstandigheden met betrekking tot het ontbreken van of op gebrekkige wijze tot stand komen van de wil en wens van de erflater.’

Het zijn deze elementen waarop van toepassing wordt verklaard het recht dat van toepassing zou zijn geweest, indien de erflater zou zijn overleden op de dag waarop de wilsbeschikking is gemaakt.³⁷ Dit moment moet worden onderscheiden van het tijdstip van het openvallen van de nalatenschap. De achtergrond van deze bepaling is dat de verordening wil voorkomen dat de wilsbeschikking ten tijde van het overlijden van de erflater als materieel ongeldig wordt aangemerkt, terwijl de wilsbeschikking, gerekend naar het recht geldend ten tijde van het opmaken daarvan, juist als geldig moet worden beschouwd.

Een van de genoemde elementen aan de hand waarvan de materiële geldigheid van een uiterste wilsbeschikking wordt bepaald, is de uitleg van een uiterste wilsbeschikking. Hierna zal worden gezien in hoeverre het van toepassing worden van de Erfrechtverordening gevolgen heeft voor de uitleg van uiterste wilsbeschikkingen en op welke wijze uitleg de materiële geldigheid van de uiterste wilsbeschikking bepaalt.

³⁶ Zie overweging 48 Erfrechtverordening.

³⁷ Hieronder moet worden verstaan een verwijzing naar het recht van de staat van de gewone verblijfplaats van de betrokkene of, indien hij op grond van de verordening een rechtskeuze heeft gemaakt, naar het recht van de staat van de nationaliteit die hij op de datum van de rechtskeuze bezat (zie overweging 51 Erfrechtverordening).

4 DE ERFRECHTVERORDENING EN DE UITLEG VAN DE UITERSTE WILSBESCHIKKING

4.1 Reikwijdte van de aanwijzing van toepasselijk recht

De verordening schrijft in het kader van de materiële geldigheid van uiterste wilsbeschikkingen voor dat deze wordt bepaald door verschillende elementen, waaronder de uitleg van de uiterste wilsbeschikking.³⁸ De gekozen benadering, die ziet op de aanwijzing van het toepasselijke recht op grond waarvan de materiële geldigheid moet worden getoetst, blijkt, zoals ook reeds eerder gemeld, uit art. 24 lid 1 Erfrechtverordening en luidt:

‘De toelaatbaarheid en de materiële geldigheid van een uiterste wilsbeschikking, niet zijnde een erfovereenkomst, wordt beheerst door het recht dat op grond van deze verordening op de erfopvolging van toepassing zou zijn geweest, indien de erflater zou zijn overleden op de dag waarop de wilsbeschikking is gemaakt.’

Het belang van deze aanwijzing lijkt te zijn ingegeven door de behoefte om rechtszekerheid te kunnen bieden omtrent de materiële geldigheid van een uiterste wilsbeschikking. In het bijzonder geldt dit voor de situatie dat in verband met de erfopvolging ander nationaal recht wordt aangewezen dan het recht aan de hand waarvan de materiële geldigheid van de uiterste wilsbeschikking moet worden beoordeeld.

Een voorbeeld: een persoon met de Nederlandse nationaliteit maakt in Nederland een testament en emigreert vervolgens naar Frankrijk. Indien de testateur aldaar komt te overlijden zonder een rechtskeuze te hebben uitgebracht, zal in beginsel op grond van art. 21 lid 1 Erfrechtverordening op de erfopvolging Frans recht van toepassing zijn, terwijl voor de vaststelling van de materiële geldigheid van het testament in zin van art. 26 jo. 24 Erfrechtverordening Nederlands recht van toepassing is.

In het kader van de rechtszekerheid wordt, zoals eerder aangegeven, in een van de overwegingen bij de verordening het volgende vermeld:

‘Ten behoeve van de rechtszekerheid voor personen die de vererving van hun nalatenschap willen plannen, moet in deze verordening een specifieke collisieregeling betreffende de toelaatbaarheid en de materiële geldigheid van uiterste wilsbeschikkingen worden opgenomen. Eenvormige toepassing van deze regel vereist dat in deze verordening de elementen worden opgesomd die deel uitmaken van de materiële geldigheid. De toetsing van een uiterste wilsbeschikking op haar materiële geldigheid kan leiden tot de conclusie dat de uiterste wilsbeschikking rechtens niet bestaat.’³⁹

³⁸ Art. 26 Erfrechtverordening.

³⁹ Overweging 48 Erfrechtverordening.

Een van de in het kader van de materiële geldigheid te onderscheiden elementen is het element van de uitleg van de uiterste wilsbeschikking.⁴⁰ Betekent dit nu ook dat er uitleg moet plaatsvinden naar het moment van testen? Strikt genomen betreft de aanwijzing door de verordening uitsluitend de aanwijzing van het voor de vaststelling van de materiële geldigheid van de uiterste wilsbeschikking toepasselijke nationale rechtsstelsel. Men kan zich afvragen of deze aanwijzing ook het voorschrift meebrengt om dat recht toe te passen naar het moment van testen. Wat nu indien het geldende nationale recht zou meebrengen dat, indien uitleg moet plaatsvinden ter vaststelling van de materiële geldigheid, deze uitleg dient plaats te vinden met inachtneming van de rechtsopvattingen ten tijde van het overlijden van de erflater? Uit de verordening kan worden opgemaakt dat de benadering *ex tunc* van het toepasselijke recht juist gekozen is met het oog op de rechtszekerheid in verband met het maken van een testament. De inhoudelijke toetsing van het testament wordt vervolgens aan het voor dat onderdeel aangewezen nationale recht overgelaten. Aangenomen kan daarom worden dat de verordening met de aanwijzing *ex tunc* niet tevens voorschrijft de materiële geldigheid te beoordelen aan de hand van de rechtsopvattingen op het moment van testen.

4.2 Uitleg en de meerlagige rechtsorde

Ervan uitgaande dat het voor de materiële geldigheid van een uiterste wilsbeschikking relevante tijdstip waarnaar uitleg dient plaats te vinden niet (rechtstreeks) door de Erfrechtverordening wordt vastgesteld, kan de vraag worden gesteld op grond waarvan dat tijdstip dan wel dient te worden bepaald. Door de verwijzing naar het toepasselijke nationale recht zal het in beginsel aan dat recht worden overgelaten om dat tijdstip te bepalen. Voor de meeste voor de materiële geldigheid van belang zijnde elementen zal dit tijdstip het tijdstip van het testen zijn; de rechtszekerheid omtrent de materiële geldigheid is immers in beginsel gebaat bij de fixatie van het toepasselijke recht naar het moment van testen. Voor toetsing aan elementen zoals handlingsbekwaamheid en wilsgebreken ligt een dergelijke benadering voor de hand.⁴¹ Bij de uitleg van een uiterste wilsbeschikking ligt dit genuanceerder.

Stel dat er dispuut ontstaat over een erfstelling uit 1950, opgemaakt in een land met een tot dan toe overwegend rooms-katholieke bevolking, die erop neer komt dat tot erfgenamen worden benoemd kleinkinderen geboren uit een wettig en canoniek huwelijk. Als de erflater jaren later en onder het regime van de hier besproken Erfrechtverordening overlijdt, wenst een geadopteerd kleinkind, naast de natuurlijke kleinkinderen, eveneens als erfgenaam te worden aangemerkt. De verordening wijst het recht van een bepaalde lidstaat

⁴⁰ Art. 26 lid 1 onder d Erfrechtverordening.

⁴¹ Art. 26 lid 1 onder a en onder e Erfrechtverordening.

aan als het toepasselijke recht voor de vaststelling van de materiële geldigheid van het testament. Stel dat de materiële geldigheid op alle punten wordt getoetst aan de hand van het volgens de verordening toepasselijke recht en wel naar het recht dat gold ten tijde van het testen, overeenkomstig de destijds heersende rechtsopvattingen. Heeft de uitleg van het testament dan naar het juiste tijdstip plaatsgevonden? We roepen hier in herinnering de beslissing van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) in de zaak *Pla en Puncernau t. Andorra*, waarin een in essentie vergelijkbare casus aan de orde was. In dit arrest overwoog het Hof dat de uitleg van de uiterste wilsbeschikking niet uitsluitend had mogen plaatsvinden ‘in the light of the social conditions’ op het moment van testen.⁴²

‘(...) even supposing that the testamentary disposition in question did require an interpretation by the domestic courts, that interpretation could not be made exclusively in the light of the social conditions existing when the will was made (...). Where such a long period has elapsed, during which profound social, economic and legal changes have occurred, the courts cannot ignore these new realities.’

Het EHRM oordeelde uiteindelijk dat er bij de uitleg door het Hoogerechtshof van Andorra sprake was van een schending van art. 14 EVRM (verbod van discriminatie), gelezen in samenhang met art. 8 EVRM (recht op eerbiediging van familie- en privéleven).

Het is hier niet de plaats om te bespreken in hoeverre de uitleg *ex nunc* in *Pla en Puncernau t. Andorra* navolging verdient. Wel kan worden opgemerkt dat ten aanzien van een uiterste wilsbeschikking geldt dat de erflater slechts eenmaal spreekt, namelijk ten tijde van het maken van de beschikking die inhoudt zijn uiterste wil. Een benadering *ex tunc* ligt dan in beginsel voor de hand, zowel voor de vaststelling van het toepasselijke recht als voor de uitleg ter vaststelling van de bedoeling van de testateur. Van de eenmalige wilsuiting door de testateur dient in dit verband te worden onderscheiden de wet, die – als *living instrument* – naar zijn aard van dag tot dag spreekt en steeds opnieuw moet worden uitgelegd.⁴³

De uitleg van uiterste wilsbeschikkingen blijft op grond van de Erfrechtverordening beheerst worden door nationaal recht. Het op de uitleg van invloed zijnde recht zal evenwel moeten worden gevonden in een meerlagige rechtsorde, waarbij zowel het nationaal materieel erfrecht, het EU-recht, alsmede het EVRM een rol spelen. Vanwege deze dimensies zal hierna in algemene zin een uiteenzetting worden gegeven over de positie van de Erfrechtverordening in de Nederlandse en Europese rechtsorde. Hierbij zal tevens aandacht worden

42 EHRM 13 juli 2004, *NJ* 2005, 508, par. 62.

43 Denk bijvoorbeeld aan toetsing op grond van de goede zeden en de openbare orde (art. 4:44 BW). Zie ook J.H. Nieuwenhuis, ‘Tekst en tijd’, *WPNR* 2007/6709, p. 387-388.

besteed aan de consequenties, die de Erfrechtverordening meebrengt voor rechtsvinding op nationaal en Europees niveau.

5 DE ERFRECHTVERORDENING, HET EU-HANDVEST EN RECHTSVINDING BINNEN EUROPA

5.1 De positie van de Erfrechtverordening binnen de nationale rechtsorde

Met name wanneer het nodig is voor de goede werking van de interne markt, dient de Europese Unie maatregelen te nemen op het gebied van de justitiële samenwerking in burgerlijke zaken met grensoverschrijdende gevolgen.⁴⁴ Deze maatregelen kunnen overeenkomstig art. 81 lid 2 onder c van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) regels behelzen die de verenigbaarheid van de in de lidstaten geldende regels voor collisie en jurisdictiegeschillen beogen. Op grond hiervan is de Erfrechtverordening binnen de EU tot stand gekomen.

Wat is de positie van de Erfrechtverordening binnen de Nederlandse rechtsorde? Vooropgesteld dient te worden dat een verordening een algemene strekking heeft, verbindend is in al haar onderdelen en rechtstreeks toepasselijk is in elke lidstaat.⁴⁵ De verordening kan worden beschouwd als een wet in materiële zin, zij het met een bijzonder karakter vanwege het feit dat zij voorrang heeft boven elke rechtsregel van nationale herkomst.⁴⁶ De Erfrechtverordening maakt dus met ingang van 17 augustus 2015 *onderdeel* uit van de Nederlandse interne rechtsorde en heeft daarbinnen een voorrangpositie.

Verder is het voor de positie van de Erfrechtverordening van belang dat het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie⁴⁷ (hierna: EU-Handvest), de grondrechtencatalogus van de EU, sinds 1 december 2009 verbindende kracht heeft gekregen en onderdeel is geworden van het primaire Unierecht. Dit maakt dat het EU-Handvest dezelfde juridische waarde heeft als de Verdragen.⁴⁸ Het EU-Handvest staat dus op gelijke hoogte met het Verdrag betreffende de Europese Unie (hierna: VEU) en het VWEU. Dit impliceert tevens dat het EU-Handvest voorrang heeft op het secundaire Unierecht, zoals richtlijnen, beschikkingen en verordeningen (waaronder de Erfrechtverordening). Het EU-Handvest maakt – mede in het licht van de uitspraken *Van Gend en Loos*⁴⁹ en *Costa/ENEL*⁵⁰ van het Hof van Justitie van de EU te Luxemburg (hierna:

44 Zie art. 81 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).

45 Art. 288 VWEU.

46 Zie ook J.H. Jans e.a., *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Ars Aequi Libri: Nijmegen 2002, p. 30.

47 PbEU 2010, C83/02.

48 Art. 6 lid 1 VEU.

49 HvJ EU 5 februari 1963, zaak C-26/62.

50 HvJ EU 15 juli 1964, zaak C-6/64.

HvJEU) – onderdeel uit van de Nederlandse interne rechtsorde en heeft voorrang boven al het nationale recht en secundaire Unierecht.⁵¹

In het navolgende wordt besproken wat de Erfrechtverordening betekent voor de rechtsvinding vanaf 17 augustus 2015 op het gebied van (IPR-)erfrecht op nationaal en Europees niveau.

5.2 De Erfrechtverordening, het EU-Handvest en prejudiciële vragen aan het HvJEU

In nationale procedures kan het EU-Handvest worden ingeroepen wanneer lidstaten, waaronder men ook onderdelen van de rechterlijke macht dient te verstaan, recht van de Unie (zoals de Erfrechtverordening) ten uitvoer brengen.⁵² Op deze manier kan de Nederlandse rechter in de toekomst geconfronteerd worden met de vraag of de uitvoering van de Erfrechtverordening niet in strijd is met hoger EU-recht, zoals het EU-Handvest. Tevens zal de nationale rechter, ook los van ander EU-recht, te maken kunnen krijgen met de vraag hoe de Erfrechtverordening moet worden uitgelegd. In dergelijke gevallen kan (en in sommige gevallen: moet)⁵³ de nationale rechter een prejudiciële vraag stellen aan het HvJEU over de geldigheid of uitlegging van de verordening.⁵⁴

Als de nationale rechter een prejudiciële vraag stelt, is het aan het HvJEU om de verordening uit te leggen of te oordelen over de geldigheid van een verordening ten opzichte van hoger EU-recht. Bij de vraag of een verordening in strijd komt met bijvoorbeeld een in het EU-Handvest neergelegd grondrecht, speelt ook het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) een rol. Art. 52 lid 3 EU-Handvest bepaalt namelijk dat:

‘Voor zover dit Handvest rechten bevat die corresponderen met rechten welke zijn gegarandeerd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, zijn de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde als die welke er door genoemd verdrag aan worden toegekend. Deze bepaling verhindert niet dat het recht van de Unie een ruimere bescherming biedt.’

51 Zie ook T. Barkhuysen, A.W. Bos & F. ten Have, ‘Een verkenning van de betekenis van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie voor het privaatrecht. Deel 1: De inhoud, de juridische status en het toepassingsbereik van het Handvest, in het bijzonder in horizontale verhoudingen’, NTBR 2011/68, par. 3.2.1.

52 Zie art. 51 lid 1 EU-Handvest en art. 6 lid 1 VEU.

53 Art. 267 VWEU; in een zaak aanhangig bij een nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep, is deze instantie gehouden zich tot het HvJ EU te wenden.

54 Art. 19 lid 3 onder b VEU en art. 267 onder b. VWEU.

Deze bepaling is niet zonder betekenis, aangezien veel bepalingen uit het EU-Handvest – ondanks de andere formulering en opbouw van het EU-Handvest – gelijk zijn aan bepalingen uit het EVRM.⁵⁵ Uit de rechtspraak van het HvJEU lijkt te volgen dat indien een betreffend recht uit het EU-Handvest correspondeert met een EVRM-bepaling, de rechtspraak van het EHRM in Straatsburg leidend is bij de uitleg van het EU-Handvestartikel.⁵⁶ Daarnaast wordt in art. 6 lid 3 VEU onder meer bepaald dat de grondrechten zoals deze worden gewaarborgd door het EVRM, als algemene beginselen deel uitmaken van het recht van de Unie.

Geconcludeerd kan dus worden dat het in een nationale erfrechtprocedure niet is uitgesloten dat er recht gevonden moet worden in een meerlagige rechtsorde waarbij – bijvoorbeeld naar aanleiding van het stellen van een prejudiciële vraag aan het HvJEU naar de Erfrechtverordening en de verhouding tot het EU-Handvest – nationaal materieel erfrecht, primair en secundair EU-recht, alsmede het EVRM (en de rechtspraak van het EHRM) een rol spelen.

5.3 Het erfrecht, de Erfrechtverordening en toegang tot het EHRM

5.3.1 Nationaal (materieel) erfrecht en toegang tot het EHRM

Men kan zich gezien het bovenstaande afvragen of, en zo ja in hoeverre, de afzonderlijke rechtsgang naar het EHRM in Straatsburg bewandeld kan worden in het kader van een materieel erfrechtelijk geschil, waarbij (op grond van de Erfrechtverordening) toepasselijk nationaal erfrecht wordt toegepast. Voor zover er geen sprake is van een geschil over de toepassing van de Erfrechtverordening, wordt de toegang van de burger tot het EHRM voor een privaatrechtelijke erfrechtzaak niet veranderd. Hoe is die toegang tot het EHRM dan vandaag de dag?

Bedacht dient te worden dat een erfrechtzaak (in de regel) een privaatrechtelijk geschil tussen burgers onderling betreft, terwijl de grondrechten, zoals neergelegd in het EVRM, bedoeld zijn om burgers tegen de overheid te beschermen. In de loop der jaren is de gedachte over de rol van de overheid bij de bescherming van de grondrechten veranderd via de zogenoemde 'leer van

55 Zie T. Barkhuysen, A.W. Bos & F. ten Have, 'Een verkenning van de betekenis van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie voor het privaatrecht. Deel 2: De verhouding van het Handvest tot het EVRM en de meerwaarde van het Handvest', NTBR 2011/76, par. 2.1.

56 Zie (o.a.) A. Pahladsingh & H.J.Th.M. van Roosmalen, 'Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie twee jaar juridisch bindend: rechtspraak in beweging?', NtEr 2012/2, p. 60 en 65 en T. Barkhuysen, A.W. Bos & F. ten Have, 'Een verkenning van de betekenis van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie voor het privaatrecht. Deel 2: De verhouding van het Handvest tot het EVRM en de meerwaarde van het Handvest', NTBR 2011/76, par. 2.1.

de positieve verplichtingen'. Uit art. 1 EVRM werd een verplichting voor de verdragsstaten afgeleid om zich niet alleen te onthouden van een inbreuk op de fundamentele rechten van burgers, maar onder omstandigheden ook de verplichting om actief een effectieve verdragsbescherming te verzekeren.⁵⁷ Op grond daarvan heeft het EHRM zich onder meer bevoegd geacht om staten verdragsrechtelijk te veroordelen voor met het EVRM strijdige uitspraken van de nationale (civiele) rechter in zuiver privaatrechtelijke geschillen.⁵⁸

Het EHRM stelt uitdrukkelijk voorop dat nationale autoriteiten, in het bijzonder de nationale rechter, een ruime beoordelingsmarge toekomt bij de interpretatie van privaatrechtelijke instrumenten.⁵⁹

'Accordingly, an issue of interference with private and family life could only arise under the Convention if the national courts' assessment of the facts or domestic law were manifestly unreasonable or arbitrary or blatantly inconsistent with the fundamental principles of the Convention.'

De kernoverweging waarmee het EHRM zijn bevoegdheid rechtvaardigt om te interveniëren in de nationale privaatrechtelijke rechtsgang luidt in de hier-voor besproken *Pla en Puncernau t. Andorra*-zaak als volgt.⁶⁰

'Admittedly, the Court is not in theory required to settle disputes of a purely private nature. That being said, in exercising the European supervision incumbent on it, it cannot remain passive where a national court's interpretation of a legal act, be it a testamentary disposition, a private contract, a public document, a statutory provision or an administrative practice appears unreasonable, arbitrary or, as in the present case, blatantly inconsistent with the prohibition of discrimination established by Article 14 and more broadly with the principles underlying the Convention.'

Uit het bovenstaande volgt dat indien de vereiste bescherming van grondrechten (zoals opgenomen in het EVRM) in gevaar komt door de uitleg van de nationale rechter in een privaatrechtelijk (erfrecht)geschil, de weg naar Straatsburg bewandeld kan worden, mits overigens alle nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput.⁶¹ Het EHRM kan dan rechtstreeks toetsen of in een concreet geval bij toepassing c.q. uitleg van nationaal recht door de nationale rechter, de

57 Art. 1 EVRM bepaalt dat de verdragsstaten de rechten en vrijheden van het EVRM dienen te verzekeren aan eenieder die onder hun rechtsmacht ressorteert.

58 Zie EHRM 13 juli 2004, NJ 2005, 508 m.nt. J. de Boer (*Pla en Puncernau t. Andorra*); EHRM 16 december 2008, EHRC 2009/17, m.nt. Gerards; AB 2009/286, m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik (*Khurshid Mustafa en Tarzibachi t. Zweden*).

59 Zie EHRM 13 juli 2004, NJ 2005, 508 m.nt. J. de Boer (*Pla en Puncernau t. Andorra*), par. 46.

60 Ibid. par. 59.

61 Art. 35 lid 1 EVRM.

rechter op een juiste wijze het EVRM in de horizontale (lees: privaatrechtelijke) verhoudingen heeft laten doorwerken.⁶²

5.3.2 *De Erfrechtverordening en toegang tot het EHRM*

Van het vorenstaande moet de situatie worden onderscheiden dat de lidstaat *zuiver EU-recht* toepast, zoals de toepassing van de Erfrechtverordening, en daarbij mogelijk sprake is van een schending van het EVRM. Hierbij dient (waarschijnlijk) onderscheid gemaakt te worden tussen de situatie dat de EU nog niet of wel tot het EVRM is toegetreden.⁶³

Als de Erfrechtverordening vanaf 17 augustus 2015 van toepassing is geworden, is het mogelijk dat de EU nog niet tot het EVRM is toegetreden. In die situatie lijkt de toegang tot het EHRM bij toepassing van de Erfrechtverordening beperkt te zijn gezien de zogenoemde 'Bosphorus-doctrine'. Deze doctrine is door het EHRM ontwikkeld om de relatie tussen het EU-recht en het EVRM op een passende manier vorm te geven. De lidstaat die handelt in directe uitvoering van het EU-recht (zoals bij de toepassing van een verordening) wordt niet van zijn verantwoordelijkheid om het EVRM na te leven ontslagen, zelfs in het geval dat de lidstaat bij de uitvoering van het EU-recht geen beleidsvrijheid heeft. Desalniettemin heeft het EHRM in die situatie een grote tegemoetkomendheid betracht: de Bosphorus-doctrine houdt namelijk in dat het EHRM aanneemt dat de bescherming van de grondrechten binnen de EU gelijkwaardig is aan die van het EVRM. Als de lidstaat zich ertoe beperkt zijn verplichtingen op grond van het EU-recht uit te voeren, zal worden vermoed dat deze lidstaat het EVRM eerbiedigt. Het EHRM zal daarom alleen optreden in gevallen waarin de bescherming van de EVRM-grondrechten manifest ontoereikend is.⁶⁴

62 Zie ook T. Barkhuysen, A.W. Bos & F. ten Have, 'Een verkenning van de betekenis van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie voor het privaatrecht. Deel 1: De inhoud, de juridische status en het toepassingsbereik van het Handvest, in het bijzonder in horizontale verhoudingen', NTBR 2011/68, par. 3.2.2.

63 Hoewel art. 6 lid 2 VEU en art. 59 van het Veertiende Protocol bij het EVRM voorzien in de toetreding, is er een apart toetredingsakkoord nodig. Inmiddels is op 5 april 2013 door de onderhandelaars van de Europese Unie en van de 47 lidstaten van de Raad van Europa overeenstemming bereikt over het ontwerp-toetredingsakkoord. Het HvJ EU zal nu worden verzocht te adviseren over de verenigbaarheid van de ontwerp-tekst met de EU-Verdragen.

64 EHRM 30 juni 2005 (Grote Kamer), EHRC 2005/91, m.nt. Bulterman; AB 2006/273, m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik (*Bosphorus/Ierland*) en zie over de Bosphorus-doctrine (o.a.): J.H. Gerards & M. Claes, 'Bescherming van fundamentele rechten post-Lissabon. De interactie tussen het EU-Handvest van de grondrechten, het EVRM en de Grondwet', *SEW* 2012-7/8, p. 277-278; J.H. Gerards & L. Glas, 'De verhouding tussen het EHRM en het HvJ EU na toetreding van de EU tot het EVRM. Hiërarchie in een gelaagd systeem, of complementariteit in een pluralistische rechtsorde?', *AA* 2012-7/8, p. 528 en J. Callewaert, 'Het EVRM en de Europese Unie: van Bosphorus naar Lissabon', *NtEr* 2010/3, p. 103.

5.3.3 De Erfrechtverordening en toegang tot het EHRM (na toetreding van de EU tot het EVRM)

Het is de vraag of het EHRM de terughoudendheid om EU-recht te toetsen aan het EVRM zal laten varen nadat de EU is toegetreden tot het EVRM. In de literatuur wordt wel aangenomen dat de Bosphorus-doctrine na de toetreding niet meer zal worden toegepast en het handelen van de EU-lidstaten ter uitvoering van Unierecht ook zonder meer aan het EVRM getoetst kan worden.⁶⁵ Op welke wijze en hoe indringend het EHRM alsdan EU-recht zal toetsen op schending van het EVRM is nog niet duidelijk.

In elk geval lijkt het erop dat het EHRM niet *in abstracto* zal kunnen oordelen over de verenigbaarheid van een EU-rechtelijke bepaling met het EVRM. Het EHRM kan immers slechts oordelen of een (EU-rechtelijke) bepaling *in het concrete geval* een schending van het EVRM oplevert. Het EHRM laat zich ook heden ten dage enkel bij hoge uitzondering uit over de conformiteit van een wettelijke regeling als zodanig en het is al helemaal niet aan het EHRM om wetten nietig te verklaren.⁶⁶ Op welke wijze er consequenties worden verbonden aan een uitspraak van het EHRM in een individueel geval voor EU-recht, waarover met succes in Straatsburg geklaagd is, zal aan de EU of de lidstaten zelf blijven. Gerards en Glas concluderen dan ook dat: '[w]aar het gaat om de geldigheid van het EU-recht, kan het EHRM niet meer dan speldenprikken uitdelen. De autonomie van de EU-rechtsorde zal door de toetreding dan ook onaangetaast blijven.'⁶⁷ Tevens merken Gerards en Glas op dat aangenomen mag worden dat het EHRM in zijn rechtspraak, ook na toetreding van de EU, het subsidiariteitsbeginsel in de vorm van rechterlijke terughoudendheid (de zogenoemde 'margin of appreciation-doctrine') hoog in het vaandel zal blijven dragen. Het EHRM laat namelijk van oudsher veel ruimte aan staten om de vereiste bescherming van de grondrechten op nationaal niveau te bepalen en grijpt pas in als duidelijk is dat de vereiste bescherming niet wordt geboden.⁶⁸ Een dergelijke terughoudendheid in de rechtspraak zou volgens Gerards en Glas ook ten aanzien van de EU goed passen bij de tot nu toe gehanteerde

65 J.H. Gerards & L. Glas, 'De verhouding tussen het EHRM en het HvJ EU na toetreding van de EU tot het EVRM. Hiërarchie in een gelaagd systeem, of complementariteit in een pluralistische rechtsorde?', AA 2012-7/8, p. 528-529 en T. Barkhuysen, A.W. Bos & F. ten Have, 'Een verkenning van de betekenis van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie voor het privaatrecht. Deel 2: De verhouding van het Handvest tot het EVRM en de meerwaarde van het Handvest', NTBR 2011/76, par. 2.2.

66 J.H. Gerards & L. Glas, 'De verhouding tussen het EHRM en het HvJ EU na toetreding van de EU tot het EVRM. Hiërarchie in een gelaagd systeem, of complementariteit in een pluralistische rechtsorde?', AA 2012-7/8, p. 529.

67 Ibid., p. 529.

68 Ibid., p. 529.

‘Bosphorus-doctrine’, die in wezen volgens hen gezien kan worden als ‘een extreme toepassing van het subsidiariteitsbeginsel’.⁶⁹

Tevens kan gemeld worden dat er mechanismen in het ontwerp-toetredingsakkoord zijn opgenomen die moeten waarborgen dat de EU, de Unielidstaten en het HvJEU bij de procedure bij het EHRM betrokken worden. Zo wordt de mogelijkheid geboden dat het EHRM, als de klacht over een vermeende schending van het EVRM door EU-recht aanvankelijk alleen is gericht tegen een Unielidstaat, de EU als aangeklaagde partij (‘co-respondent’) toevoegt aan de procedure en vice versa.⁷⁰ Daarnaast wordt het HvJEU in een speciale procedure (de zogenoemde ‘HvJ-betrokkenheidsprocedure’) de kans gegeven om een oordeel te geven over de verenigbaarheid van de EU-regeling, waarover wordt geklaagd, met het EVRM, voordat het EHRM de zaak inhoudelijk beoordeelt.⁷¹ Het is de verwachting dat een dergelijke uitspraak van het HvJEU over de EU-regeling en de verenigbaarheid met het EVRM niet snel door het EHRM zal worden overruled.⁷²

6 TOT SLOT

In deze bijdrage is besproken op welke wijze de Erfrechtverordening het op de erfopvolging toepasselijke recht aanwijst en wat dit aangewezen recht regelt. Tevens is de formele en materiële geldigheid van uiterste wilsbeschikkingen onder de Erfrechtverordening aan de orde gesteld. In het bijzonder is stilgestaan bij de gevolgen die de Europese dimensie heeft voor het moment waarnaar een uiterste wilsbeschikking dient te worden uitgelegd. Hoewel de uitleg van uiterste wilsbeschikkingen op grond van de Erfrechtverordening beheerst blijft worden door nationaal recht, zal het op de uitleg van invloed zijnde recht moeten worden gevonden in een meerlagige rechtsorde, waarbij zowel het nationaal materieel erfrecht, het EU-recht, alsmede het EVRM een rol spelen. De testerende burger, de instrumenterende notaris en de bevoegde rechter zullen met deze dimensies rekening moeten houden.

69 Ibid., p. 530.

70 Ibid., p. 527.

71 Ibid. p. 527 en 530.

72 Ibid., p. 527-528.

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2012 en 2013 verschenen:

- MI-200 F. Schonewille, *Partijautonomie in het relatieve vermogensrecht*. (diss. Leiden), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu-Uitgevers 2012, ISBN 978 94 466 0492 2
- MI-201 R.P. Orij, *Societal Determinations of Corporate Social Disclosures. An International Comparative Study*, (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2012, ISBN 978 90 8728 162 5, e-ISBN 978 94 0060 088 1
- MI-202 K.J.O. Jansen, *Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, (diss. Leiden), Kluwer 2012, ISBN 978 90 1310 434 9
- MI-203 T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, 978 90 1310 377 9
- MI-204 A.G. Castermans, K.J.O. Jansen, M.W. Knigge, P. Memelink & J.H. Nieuwenhuis (eds.), *Foreseen and unforeseen circumstances*, BWKJ nr. 27, Deventer: Kluwer 2012, ISBN 978 90 1310 959 7, eISBN 978 90 1310 960 3
- MI-205 A. Eleveld, *A critical perspective on the reform of Dutch social security law. The case of the life course arrangement*, (diss. Leiden) Leiden University Press 2012, ISBN 978 90 8728 174 8, e-ISBN 978 94 0060 112 3
- MI-206 C.P.M. Cleiren, M.J. Kunst, J.L. van der Leun, G.K. Schoep, J.M. ten Voorde, *Criteria voor strafbaarstelling in een nieuwe dynamiek. Symbolische legitimiteit versus maatschappelijke en sociaalwetenschappelijke realiteit*, Den Haag: Boom Lemma Uitgevers 2012, ISBN 978 90 5931 921 9
- MI-207 B.P. ter Haar, *Open Method of Coordination. An analysis of its meaning for the development of a social Europe*, (diss. Leiden), Amsterdam 2012, ISBN 978 94 6190 174 3
- MI-208 A.M. Reneman, *EU asylum procedures and the right to an effective remedy*, (diss. Leiden), Leiden 2012
- MI-209 C. de Kruif, *Onderlinge overheidsaansprakelijkheid voor schendingen van Europees recht. De complexiteit van het adagium 'de veroorzaker betaalt' in een veellagige rechtsorde*, (diss. Leiden), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu-Uitgevers 2012, ISBN 978 90 466 0570 7
- MI-210 R. Simarmata, *Indonesian Law and Reality in the Delta. A Socio-Legal Inquiry into Laws, Local Bureaucrats and Natural Resources Management in the Mahakam Delta, East Kalimantan*, (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2012, ISBN 978 90 8728 184 7, e-isbn 978 94 0060 131 4, e-pub: 978 94 0060 132 1
- MI-211 P.J.P.M. van Lochem, *Rechtsrelativering. Een verkenning op het terrein van het overheidshandelen*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, ISBN 978 90 8974 729 7
- MI-212 J.E. van den Brink, *De uitvoering van Europese subsidieregelingen in Nederland. Juridische knelpunten en uitdagingen*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, ISBN 978 90 13 10886 6
- MI-213 F.M.J. den Houdijker, *Afweging van grondrechten in een veellagig rechtssysteem. De toepassing van het proportionaliteitsbeginsel in strikte zin door het EHRM en het HvJEU*, (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012, ISBN 978 90 5850 880 5
- MI-214 C.M. Smyth, *The Common European Asylum System and the Rights of the Child: An Exploration of Meaning and Compliance*, (diss. Leiden), Leiden 2013
- MI-215 A.F. Mollema, *Het beperkte recht. Een analyse van zijn theoretische constructie, zijn plaats in het systeem van het vermogensrecht en zijn mogelijke inhoud*, (diss. Leiden), Leiden: Uitgeverij BOXPress 2013, ISBN 978 90 8891 597 0
- MI-216 V.S. Bouman, *De baai geblokkeerd: piraten in het nauw? Een onderzoek naar de toelaatbaarheid en het effect van het blokkeren van The Pirate Bay*, (Jongbloed scriptieprijs 2012), Den Haag: Jongbloed 2013, ISBN 978 90 7006 268 2
- MI-217 C.G. Breedveld-de Voogd, A.G. Castermans, M.W. Knigge, T. van der Linden, J.H. Nieuwenhuis & H.A. ten Oever (red.), *Rechtsvinding in een meerlagige rechtsorde*. BWKJ nr. 28, Deventer: Kluwer 2013, ISBN 978 90 1311 482 9

Zie voor de volledige lijst van publicaties: www.law.leidenuniv.nl/onderzoek

