



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Is Europa bevoegd een gemeenschappelijk kooprecht uit te vaardigen?

Tavernier, P.C.J. de

Citation

Tavernier, P. C. J. de. (2012). Is Europa bevoegd een gemeenschappelijk kooprecht uit te vaardigen? *Maandblad Voor Vermogensrecht*, (7/8), 204-209. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/20127>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/20127>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Is Europa bevoegd een gemeenschappelijk kooprecht uit te vaardigen?

Dr. P. C. J. De Tavernier*

Inleiding

1. Een spook dwaalt rond in Europa.¹ Of: de aanval op de natiestaten is ingezet.² De commentatoren van de eurocrisis deinzen er niet voor terug om met stevige metaforen de angst van de burgers van het oude continent voor 'Brussel' aan te wakkeren. Over EU-maatregelen tegen het dreigende failliet van enkele zuidoostelijke lidstaten worden verhitte discussies gevoerd. Ook het gemeenschappelijk Europees kooprecht, dat door de Europese Commissie in oktober 2011 werd gepresenteerd, ontsnapt niet aan de sfeer van polemiek over meer of minder bevoegdheden aan Europa. Mijn bijdrage aan dit themanummer, die handelt over de EU-bevoegdheid inzake het gemeenschappelijk Europees kooprecht (GEKR), moge de aandachtige lezer alvast van een zaak overtuigen: de race van dit ambitieuze Europese project is nog niet gelopen. Dit geldt niet alleen voor de bevoegdheidskwestie, maar ook voor de inhoud (met inbegrip van het toepassingsgebied), en de structuur van het GEKR, alsmede voor het beweerde nut ervan.³ Ik beperk me, zoals gezegd, tot de *EU-competence issue*.⁴

Art. 114 VWEU of art. 352 VWEU: *A Never Ending Game?*

2. In een recent verschenen *blog*⁵ heb ik de problematiek van de bevoegdheid van de Unie tot invoering van een voor alle

EU-lidstaten eenvormig optioneel kooprecht beknopt aan de orde gesteld. Het gaat, in Olympisch jargon geformuleerd, om een *Game of Numbers*, een benaming die ik ontleen aan de uitvoerige bijdrage die de Maastrichtse academicus Gary Low⁶ aan de kwestie heeft gewijd. Waar gaat het over? Overeenkomstig art. 5 lid 2 VEU handelt de Unie enkel binnen de grenzen van de bevoegdheden die haar door de lidstaten zijn toebedeeld om de daarin bepaalde doelstellingen te verwezenlijken.⁷ Elk optreden van de Unie moet steunen op een rechtsgrond, dat wil zeggen een of meer bepalingen uit het VEU of het VWEU.⁸ De rechtsgrond bepaalt in de eerste plaats de omvang van de bevoegdheid die in een bepaald domein of ter verwezenlijking van bepaalde doelstellingen aan de Unie is gegeven.⁹ Daarnaast determineert de rechtsgrond de wijze waarop de Unie haar materiële bevoegdheid uitoefent, namelijk de toepasselijke besluitvormingsprocedure en de beschikbare normeringsinstrumenten.¹⁰ Het vermelden van de rechtsgrond is een wezenlijk vormvereiste voor elke handeling van de Unie die rechtsgevolgen beoogt teweeg te brengen.¹¹ Voor het tot stand brengen van het optioneel kooprecht wordt voornamelijk¹² strijd gevoerd over twee mogelijke rechtsgronden: art. 114 VWEU en art. 352 VWEU.¹³ Art. 114 VWEU

* Dr. P.C.J. De Tavernier is verbonden aan het Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Leiden. Hij is tevens lid van het bijzonder academisch personeel van de Universiteit Antwerpen.

1. Zie M. Schmitt-Kessel, *Ein Gespenst geht um in Europa – das Optionale Instrument*, GPR 2011, p. 105.
2. Th. Baudet, *De aanval op de natiestaat*, Amsterdam: Bert Bakker 2012, 457 p.
3. Zie bijvoorbeeld J. Cartwright, 'Choice is good'. Really?, *European Review of Contract Law*, p. 335-349. Erg kritisch over het GEKR zijn H. Eidenmüller e.a., *The Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law: Deficits of the Most Recent Textual Layer of European Contract Law*, Max Planck Private Law Research Paper No. 12/14, te raadplegen op http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2118570.
4. Zie over de bevoegdheid van de Europese Unie: P.P. Craig en Grainne de Búrca, *EU law: text, cases, and materials*, Oxford: University Press 2011, p. 74 e.v.
5. P. De Tavernier en J. van der Weide, *Common European Sales Law and EU-Competence: A Never Ending Game?* (te raadplegen op <http://leidenlawblog.nl/articles/common-european-sales-law-and-eu-competence-a-never-ending-game>).

6. G. Low, *Unitas via Diversitas: Can the Common European Sales Law Harmonize Through Diversity?*, MJ 2012, p. 132-147 (te raadplegen op http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1991070&download=yes).
7. K. Lenaerts en P. Van Nuffel, *Europees recht*, Antwerpen: Intersentia 2011, p. 79, nr. 100.
8. K. Lenaerts en P. Van Nuffel 2011 (voetnoot nr. 7), p. 79, nr. 100.
9. K. Lenaerts en P. Van Nuffel 2011 (voetnoot nr. 7), p. 79, nr. 101.
10. K. Lenaerts en P. Van Nuffel 2011 (voetnoot nr. 7), p. 80, nr. 102.
11. Hof van Justitie 1 oktober 2009, *Commissie v. Raad*, C-370/07, r.o. 37-45; zie daarover: K. Lenaerts en P. Van Nuffel 2011 (voetnoot nr. 7), p. 81, nr. 103.
12. Op andere mogelijke rechtsgronden voor het GEKR ga ik in mijn bijdrage niet in. Voor nader onderzoek over art. 81 VWEU als eventuele rechtsgrond voor het optionele kooprecht, zie: Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, *Policy Options for Progress Towards a European Contract Law*. Comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010, COM(2010) 348 final, *RabelsZ* 2011, p. 386-388.
13. Zie hierover uitvoerig J.W. Rutgers, *European Competence and a European Civil Code, a Common Frame of Reference or an Optional Instrument*, in: A.S. Hartkamp, M.W. Hesselink, E.H. Hondius, C. Mak en C.E. du Perron (ed.), *Towards a European Civil Code, Fourth Revised and Expanded Edition*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 311-331.

(oud art. 95 EG) is een ‘algemene’ bepaling die de Unie machtigt om in om het even welk gebied ‘maatregelen [vast te stellen] inzake de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten die de werking van de interne markt betreffen’, voor zover het niet gaat om fiscale bepalingen inzake het vrije verkeer van personen of bepalingen inzake de rechten en belangen van werknemers.¹⁴ Art. 352 VWEU, de ‘flexibiliteitsclausule’, gaat over het optreden van de Unie buiten het toepassingsgebied van specifieke Verdragsbepalingen wanneer dat optreden nodig is om ‘de doelstellingen van de Verdragen’ te verwezenlijken.¹⁵

3. De Europese Commissie heeft resoluut gekozen voor art. 114 VWEU, de zogenaamde ‘harmonisatieclausule’. Dit blijkt uit de toelichting bij het Verordeningvoorstel: ‘Het voorstel is gebaseerd op artikel 114 van het Verdrag van de werking van de Europese Unie’.¹⁶ De Commissie kiest daarmee voor de weg van de minste weerstand. Voor het vaststellen van een maatregel¹⁷ op grond van art. 114 VWEU is immers een gekwalificeerde meerderheid¹⁸ in de Raad voldoende, terwijl voor ingrepen op basis van art. 352 VWEU eenparigheid van stemmen is vereist.¹⁹ De voorkeur van de Commissie voor art. 114 VWEU als *Rechtsgrundlage* van het GEKR is duidelijk politiek geïnspireerd en wil voorkomen dat enkele EU-lidstaten die blijken een door hen ingediend subsidiariteitsbezwaar tegen het GEKR hun afkeur tegen de *démarche* van de Commissie hebben laten blijken, zoals het Verenigd Koninkrijk, roet in het eten komen gooien.²⁰ De Commissie weet zich gesteund door een (erg beknopte) studie die ze door haar eigen juridische dienst liet uitvoeren.²¹

4. Bij de keuze van de Commissie voor art. 114 VWEU als rechtsgrond voor het GEKR moet een groot vraagteken worden geplaatst. In de eerste plaats kan er ernstig aan worden getwijfeld of het GEKR wel een harmonisatiemaatregel is in de zin van de aangevoerde Verdragsbepaling. Volgens de Commissie is daar wel degelijk sprake van. Volgens de Commissie harmoniseert het GEKR het nationale overeenkomstenrecht van de lidstaten niet door wijzigingen van reeds bestaand nationaal overeenkomstenrecht voor te schrijven, maar door binnen het nationale recht van elke lidstaat een secundaire regeling inzake overeenkomstenrecht te creëren die in de hele Europese Unie identiek is en naast de reeds bestaande nationa-

le regels inzake overeenkomstenrecht zal bestaan.²² De wijze waarop de Commissie haar voorstel inkleedt om art. 114 VWEU als rechtsgrond te rechtvaardigen, klinkt niet overtuigend²³ en wel om de volgende redenen. In de eerste plaats moet worden beklemtoond dat het GEKR weliswaar een tweede stelsel van kooprecht is dat in alle EU-lidstaten identiek is; het komt evenwel naast de reeds geldende regelen van nationaal kooprecht te staan, welke laatste door het GEKR onaangeroerd blijven. Een dergelijk stelsel vervangt noch harmoniseert het vigerende kooprecht. Of met de woorden van de uitgevers van het *Common Market Law Review*: ‘Article 14(1) TFEU empowers the Union to harmonise national legal provisions by means of a directive or to replace national law by way of a regulation, but it does not authorise the Union to introduce a legal regime of Union law that supplements national law without harmonising or replacing it’.²⁴ In de tweede plaats wordt in andere verordeningen waarmee de Unie een optioneel stelsel tot stand heeft gebracht, zoals de *Council Regulation on the Statute for a European Cooperative Society*, steevast art. 352 VWEU en niet art. 114 VWEU als rechtsgrond voor de genomen Unie-handeling aangegeven.²⁵ Wetgevende maatregelen waarmee uniforme regels voor de hele Unie worden vastgesteld, die naast de nationale regelen van het nationale recht bestaan en die hiermee slechts gedeeltelijk samenvallen, kunnen dus niet op art. 114 VWEU worden gebaseerd.²⁶

5. Dirk Staudenmayer, de ‘huisjurist’ van de Commissie, is niet onder de indruk van de hiervoor opgesomde argumenten.²⁷ Voor hem is het GEKR wel degelijk aan te merken als een maatregel die ‘nationalen Rechte angleicht’. Hij zoekt steun in twee arresten van het Europees Hof van Justitie. In een arrest van 2 mei 2006 heeft het Hof opgemerkt dat ‘de auteurs van het Verdrag met de uitdrukking “maatregelen in de onderlinge aanpassing” in artikel 95 EG [nieuw art. 114 VWEU], naar gelang van de algemene context en de specifieke omstandigheden van de te harmoniseren materie, de gemeenschapswetgever een beoordelingsmarge hebben willen toekennen met betrekking tot de meest geschikte harmonisatietechniek om het gewenste resultaat te bereiken, met name op gebieden die worden gekenmerkt door ingewikkelde techni-

14. K. Lenaerts en P. Van Nuffel 2011 (voetnoot nr. 7), p. 83, nr. 105, en p. 211-216, nrs. 276-280.

15. K. Lenaerts en P. Van Nuffel 2011 (voetnoot nr. 7), p. 82, nr. 104.

16. Toelichting bij het Verordeningvoorstel, p. 10.

17. Er zij beklemtoond dat art. 114 VWEU alle ‘maatregelen’ toelaat, terwijl bijvoorbeeld art. 15 VWEU (de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuurlijke bepalingen van de lidstaten die rechtstreeks van invloed zijn op de instelling en de werking van de interne markt) enkel ‘richtlijnen’ toelaat. Zie K. Lenaerts en P. Van Nuffel 2011 (voetnoot nr. 7), p. 211, nr. 276.

18. Dit is de gewone wetgevingsprocedure conform art. 294 VWEU.

19. K. Lenaerts en P. Van Nuffel 2011 (voetnoot nr. 7), p. 87, nr. 109.

20. P. De Tavernier en J. van der Weide, *Common European Sales Law and EU-Competence: A Never Ending Game?* (voetnoot nr. 5).

21. *Parere del Servizio Giuridico, Fascicolo interistituzionale: 2011/0284 (COD)*, nr. 7139/12 LIMITE, 9 p.

22. Overweging nr. 9 van het Verordeningvoorstel.

23. Zie de *Stellungnahme* [van de Duitse Bondsdag] gemäß Protokoll Nr. 2 zum Vertrag über die Europäische Union und zum Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit), Drucksache 17/8000, (te raadplegen op <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/080/1708000.pdf>), waarin op p. 4 wordt gesteld dat artikel 114 VWEU niet als juridische grondslag voor het GEKR kan dienen, omdat ‘volgens doel en inhoud van de verordening een dergelijk onderlinge juridische aanpassing niet wordt beoogd en ook niet kan worden verwezenlijkt’.

24. Editorial Comments. ‘A Common European Sales Law (CESL) ahead?’, *Common Market Law Review* 2012, p. 1276.

25. *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law* 2011 (voetnoot nr. 12), p. 388, nr. 41.

26. Zie *Stellungnahme* (voetnoot nr. 23), p. 5.

27. Dirk Staudenmayer, *Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Kaufrecht*. Textausgabe, München: Beck 2012, p. XX-XXIII.

sche bijzonderheden.²⁸ En in een arrest met betrekking tot de hiervoor reeds genoemde Europese Coöperatieve Vennoetschap heeft het Europees Hof van Justitie op diezelfde dag, ter ondersteuning van de keuze voor art. 352 VWEU, gereedeneerd 'dat een harmonisatiemaatregel – een maatregel op grond van art. 114 VWEU – noodzakelijkerwijs moet leiden tot een resultaat dat met de gelijktijdige vaststelling van identieke wettelijke regelingen in iedere lidstaten had kunnen worden bereikt'. Dit is volgens Staudenmayer met het GEKR precies het geval: 'So hatte das GEKR auch über eine Vollharmonisierungrichtlinie eingeführt werden können, bei der die Mitgliedstaaten so gut wie keinen Umsetzungsspielraum gehabt hätten. Eine Verordnung ist sinnvoller, weil sie aufgrund ihren unmittelbaren Anwendbarkeit klar macht, das der Wortlaut der verschiedenen jeweils zweiten Kaufrechtsregime in den einzelnen Mitgliedstaaten exakt derselbe ist'. Ook andere auteurs zijn van oordeel dat het GEKR als harmonisatiemaatregel in de zin van art. 114 VWEU kan worden aangemerkt, zij het dan in 'dynamische'²⁹ zin of als 'Teilangleichung'³⁰.

6. Met de argumentatie dat het GEKR een harmonisatie van nationale regelingen van kooprecht zou inhouden, al dan niet 'in a dynamic sense', betekent niet dat alle hordes met betrekking tot art. 114 VWEU als rechtsgrond voor het GEKR zijn genomen. De met het GEKR gekozen oplossing moet de totstandkoming en de werking van de interne markt tot doel hebben.³¹ Met de definitie die art. 26 VWEU³² geeft aan de interne markt, kent art. 114 VWEU een ruim toepassingsgebied. Het verleent de Unie echter geen algemene bevoegdheid om

de markt te reglementeren ('power to regulate the internal market in a comprehensive way').³³ Om een maatregel te kunnen baseren op art. 114 VWEU, moet niet worden aangetoond dat de maatregel de grensoverschrijdende handel doet toenemen, zolang die maatregel de verschillen in de mededingingsvoorwaarden maar daadwerkelijk opheft. De regeling moet echter wel metterdaad ten doel hebben de voorwaarden voor de instelling en de werking van de interne markt te verbeteren. Daarvan is nog geen sprake als de Commissie alleen vaststelt dat er verschillen bestaan tussen nationale regelingen en dat daarmee het abstracte risico bestaat van daaruit voortvloeiende belemmeringen van de fundamentele vrijheden of verstoringen van de mededinging.³⁴ Bovendien moet de genomen maatregel evenredig zijn met het verwachte effect op de werking van de interne markt.³⁵ Het is precies met betrekking tot dit vereiste dat de Commissie, door al te opvallend de voordelen van het GEKR voor de interne markt te beklemtonen, blijk geeft van 'competence creep'. Wordt de impact van de voorgestelde optionele koopregeling op de werking van de interne markt door de Commissie immers niet overdreven, zoals verschillende belangenorganisaties hebben verwoord tijdens de voorbereiding van het huidige Verordeningvoorstel? Zijn het niet (eerder) andere factoren (zoals taal en afstand) dan de door de Commissie genoemde 'belemmeringen die het gevolg zijn van verscheidenheid van nationale koopregelingen, met name de extra transactiekosten en de vermeende juridische ingewikkeldheid' die SME's en consumenten doen terugdeinzen om grensoverschrijdende kooptransacties aan te gaan? Zoals elders in dit themanummer terecht wordt gesteld³⁶, moet met de cijfers van de effectbeoordelingen (*impact assessments*) die de Commissie heeft laten uitvoeren, omzichtig worden omgegaan!

Subsidiariteits- en evenredigheidscontrole

7. Naast de hiervoor besproken problematiek van de toebedeling van de bevoegdheid aan de Unie om op grond van hetzij art. 114 VWEU dan wel art. 352 VWEU een *optional sales law* tot stand te brengen, kan niet worden voorbijgegaan aan de daarmee nauw verbonden vereisten van subsidiariteit en evenredigheid met betrekking tot de uitoefening van de bevoegdheden van de Unie. Een aantal parlementen van EU-lidstaten hebben in een gemotiveerd advies namelijk te kennen gegeven dat het voorstel van de Commissie daarmee in strijd is.³⁷ Alvorens nader in te gaan op deze gemotiveerde adviezen, vat ik de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid in het raam van het optreden van de Unie kort samen en geef ik aan

28. Hof van Justitie 2 mei 2006, Verenigd Koninkrijk v. Europees Parlement en Raad, C-217/04, r.o. 43. In r.o. 44 voegt het Hof van Justitie daaraan toe dat 'uit de bewoordingen van art. 95 EG [nieuw art. 114 VWEU] niet kan worden afgeleid dat de door de communautaire wetgever op basis van deze bepaling vastgestelde maatregelen zich, wat het adresaat ervan betreft, tot de lidstaten moeten beperken. Naar het oordeel van deze wetgever kan de oprichting van een communautair orgaan namelijk nodig zijn om bij te dragen aan een harmonisatieproces in situaties waarin, ter eenvormige uitvoering en toepassing van op deze bepaling gebaseerde handelingen, de vaststelling van niet-bindende begeleidende en ondersteunende maatregelen gepast lijkt'. Zie hierover K. Lenaerts en P. Van Nuffel 2011 (voetnoot nr. 7), p. 212-213, nr. 277.

29. H.-W. Micklitz en N. Reich, The Commission Proposal for a 'Regulation on a Common European Sales Law (CESL)' – Too broad or Not Broad Enough?, *EUI Working Paper Law 2012/04*, te raadplegen op http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/20485/LAW_2012_04_ERPL_03.pdf?sequence=3. De auteurs voeren aan dat 'the CESL goes beyond the law of Member States only if considered in an isolated manner, but in reality it affects in its combination conflict and substantive rules. The proposed measure under Art. 114 must be seen as originating from a mixture of provisions and practices of different origin, and, therefore, results in the "approximation" of legal provisions (on contract law) existing in Member States in a dynamic sense' (cursivering P.D.T.).

30. Ch. Grigoleit, Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht: Funktionsbedingungen, EU-Kompetenz und Perspektiven, in O. Remien, S. Herrler en P. Limmer, *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU? Analyse des Vorschlags der Europäischen Kommission für ein optionales Europäisches Vertragsrecht vom 11. Oktober 2011*, München: Beck 2012, p. 82, nr. 47.

31. K. Lenaerts en P. Van Nuffel 2011 (voetnoot nr. 7), p. 211, nr. 277.

32. De interne markt omvat een ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd volgens de bepalingen van de Verdragen (art. 26, lid 2 VWEU).

33. Max Planck Institute for Comparative and International Private Law 2011 (voetnoot nr. 12), p. 389, nr. 44.

34. M.B.M. Loos, 'Naar een optioneel instrument', in M.W. Hesselink e.a., *Het Groenboek Europees Contractenrecht: naar een optioneel instrument?*, De Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011, p. 158, met verwijzing naar Hof van Justitie 5 oktober 2000, Duitsland v. Europees Parlement en Raad, C-376/98 (Tabaksreclame I), r.o. 84.

35. M.B.M. Loos 2011 (voetnoot nr. 34), met verwijzing naar Hof van Justitie 12 december 2006, Duitsland v. Europees Parlement en Raad, C-380/03, r.o. 41;

36. Zie bijvoorbeeld de bijdrage van Tinne Heremans.

37. Zie daarover verder in mijn artikel.

waarom de Commissie van oordeel is dat het GEKR beide beginselen respecteert.

8. Het vereiste van subsidiariteit houdt in dat de Unie op de gebieden die niet onder haar exclusieve bevoegdheid vallen, slechts kan optreden 'indien en voor zover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de lidstaten op centraal, regionaal of lokaal niveau kunnen worden verwezenlijkt, maar vanwege de omvang of de gevolgen van het overwogen optreden beter door de Unie kunnen worden bereikt' (art. 5 lid 3 VEU).³⁸ Het optreden van de Unie is enkel strijdig met het subsidiariteitsbeginsel als kan worden aangetoond dat het vooropgestelde doel in alle lidstaten evenzeer kan worden bereikt, hetzij door een individueel optreden, hetzij door een samenwerking van de betrokken lidstaten.³⁹ Luidens de toelichting is het Verordeningvoorstel met het subsidiariteitsbeginsel in overeenstemming.⁴⁰ De lidstaten zijn door het nemen van ongecoördineerde maatregelen op nationaal niveau immers niet in staat een einde te maken aan de extra transactiekosten en de juridische ingewikkeldheid ten gevolge van verschillen in nationaal overeenkomstenrecht waarmee handelaars bij grensoverschrijdende handel in de EU te maken hebben⁴¹, terwijl consumenten nog steeds een geringe keuze en beperkte toegang tot producten uit andere lidstaten hebben.⁴²

9. Het evenredigheidsbeginsel, ook wel proportionaliteitsbeginsel genoemd, strekt ertoe de rechtmatigheid van de uitoefening van een bevoegdheid te beoordelen wanneer die weliswaar een legitiem doel nastreeft, maar tegelijk andere beschermenswaardige doelstellingen schaadt. De bevoegdheidsuitoefening wordt dan enkel als rechtmatig beschouwd indien zij geschikt is om het vooropgestelde doel te bereiken en tevens noodzakelijk, omdat alternatieve vormen van bevoegdheidsuitoefening het vooropgestelde doel niet kunnen bereiken.⁴³ Volgens de Commissie is het GEKR met het evenredigheidsbeginsel in overeenstemming, omdat de reikwijdte van het voorstel beperkt is tot de aspecten die bij grensoverschrijdende transacties voor werkelijke problemen zorgen en strekt het zich niet uit tot de aspecten die het beste via nationale wetgeving worden aangepakt. Voorts is het voorstel, aldus de Commissie, vergeleken met andere mogelijkheden die werden onderzocht een evenredige maatregel vanwege het facultatieve en vrijwillige karakter van het GEKR.⁴⁴

10. Zoals ook Tinne Heremans in dit themanummer vermeldt, hebben vier nationale parlementen⁴⁵ de mogelijkheid

benut, neergelegd in art. 6 van protocol nr. 2 bij het Verdrag van Lissabon over de toepassing van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid, om binnen de termijn van acht weken vanaf de datum van toezending van een ontwerp van wetgevingshandeling aan de voorzitters van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie een gemotiveerd advies toe te zenden waarin wordt uiteengezet waarom het ontwerp niet zou stroken met het subsidiariteitsbeginsel. De desbetreffende adviezen zijn via de website van de Europese instellingen eenvoudig te raadplegen.⁴⁶ Het betreft adviezen van het *House of Commons* van het Verenigd Koninkrijk, de Duitse *Bundestag*, de Oostenrijkse *Bundesrat* en de Belgische Senaat. Ik beperk me tot enkele belangrijke punten van kritiek die vanuit de Belgische Senaat en vanuit de Duitse *Bundestag* zijn geformuleerd.

Belgische bezwaren

11. Volgens art. 2 van het aan het VEU gehechte protocol nr. 1 zendt de Commissie haar ontwerpen van wetgevingshandelingen rechtstreeks toe aan de nationale parlementen op hetzelfde tijdstip als aan het Europees Parlement en de Raad. Op grond van deze procedure werd het ontwerp op 20 oktober 2011, dus negen dagen na de publicatie van het GEKR door de Commissie, bij de Belgische Senaat ingediend. Vervolgens werd het verzonden naar de commissie voor de Justitie. Die besprak het op haar vergaderingen van 22 en 29 november en 6 december 2011. De commissie hield hoorzittingen. Zij ontving tevens schriftelijke bijdragen van professor Patrick Wéry van de Université Catholique de Louvain (UCL), van de *Ordre des barreaux francophones et germanophone*, van de Orde van Vlaamse Balies en van verschillende belangenorganisaties, zoals het Verbond van Belgische ondernemingen (VBO) en Test-Aankoop.⁴⁷

12. In het kader van subsidiariteitstoetsing heeft de Belgische Senaat vragen gesteld over (1) de bevoegdheid, (2) de relevantie en (3) de nabijheid.⁴⁸ (1) 'Zijn de Europese autoriteiten met het concipiëren van een wetgevingshandeling binnen het activiteitsgebied gebleven dat hun toekomt? Kunnen ze in de verdragen een titel vinden om op dat gebied op te treden?' Het betreft hier een vraag over de reeds besproken *Rechtgrundlage* van het GEKR; (2) 'Beantwoordt de wetgevingshandeling zoals ze is opgevat wel aan het probleem dat ze moet oplossen? Is de geplande maatregel geschikt? Maakt hij de verwezenlijking van de doelstelling van de Europese instellingen mogelijk of vergemakkelijkt hij die?' (3) 'Eerbiedigt de wetgevingshandeling in voldoende mate de initiatieven en het optreden van de nationale overheden? Konden dezelfde resultaten niet worden verkregen via de lidstaten? Verantwoorden "de omvang of de gevolgen van het overwogen optreden" een Europese inter-

38. K. Lenaerts en P. Van Nuffel 2011 (voetnoot nr. 7), p. 94, nr. 117.

39. K. Lenaerts en P. Van Nuffel 2011 (voetnoot nr. 7), p. 94, nr. 117.

40. Toelichting bij het Verordeningvoorstel, p. 10.

41. Het GEKR zal daar niet (in zijn geheel) in slagen omdat, gelet op de lange lijst van niet geregelde onderwerpen, toch weer teruggegrepen moet worden naar het toepasselijke nationale recht. Zie daarover o.m. M.B.M. Loos 2011 (voetnoot nr. 34), p. 159.

42. Toelichting bij het Verordeningvoorstel, p. 10-11.

43. K. Lenaerts en P. Van Nuffel 2011 (voetnoot nr. 7), p. 99, nr. 122.

44. Toelichting bij het Verordeningvoorstel, p. 11.

45. Het gaat om de Belgische Senaat, de Duitse Bundesrat, het Britse House of Commons en het Oostenrijkse federale parlement.

46. Zie <http://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/dossier/dossier.do?code=COD&year=2011&number=0284&appLng=EN>.

47. Parl. St., Senaat, nr. 5-1382/2, p. 3 (te raadplegen op <http://www.senate.be/www/webdriver?MItabObj=pdf&MIcolObj=pdf&MInameObj=pdfid&MItypeObj=application/pdf&MIvalObj=83888064>).

48. *Ibid.*, p. 4.

ventie op dat gebied?' Deze laatste vragen gaan duidelijk over de subsidiariteit (in engere zin) en de proportionaliteit van het voorstel.

13. Wat de bevoegdheid betreft, deelt de Belgische Senaat de mening van zij die art. 114 VWEU als rechtsgrond voor het GEKR niet geschikt achten: 'Het voorstel strookt niet met het vooruitzicht van een onderlinge aanpassing van de nationale wettelijke bepalingen. De indieners hadden een andere wettelijke basis moeten kiezen, zoals artikel 352 VWEU (...). In dat geval zouden de indieners van het voorstel op de unanieme goedkeuring van de lidstaten kunnen rekenen. Door verkeerdelijk te verwijzen naar artikel 114 VWEU⁴⁹ ontwrichtten ze het Europees wetgevingsproces. Bijkomend verplaatsen ze het centrum van politieke besluitvorming binnen de Unie'.

14. Wat de relevantieanalyse betreft, was de commissie voor de Justitie van oordeel dat, wat grensoverschrijdende transacties betreft, het optreden van de Unie een effect kan hebben dat de nationale wetgevingen niet zouden kunnen bereiken in een rechtsstelsel dat tot het interne recht is beperkt. Het kan ertoe bijdragen dat die transacties eenvoudiger en veiliger worden. De Senaat acht deze doelstelling van de Unie weliswaar valabel, maar vraagt zich af of de middelen die men gebruikt het meest geschikt zijn om die doelstelling te bereiken. De bedoelde wetgeving zou immers voor een groep economische actoren een handig middel kunnen zijn om de dwingende bepalingen (*mandatory rules*) uit de nationale wetgevingen te omzeilen. In dit verband heeft Patrick Wéry met betrekking tot de oneerlijke bedingen beklemtoond dat het voorstel voor een minder doorgedreven bescherming zorgt dan het Belgische recht zoals dat tot uiting komt in de wet van 6 april 2010⁵⁰ betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming.⁵¹

15. Ten slotte, wat de nabijheidsanalyse betreft, stellen de senatoren letterlijk de vraag of de voorgestelde wetgevingshandeling de subsidiariteitstoets kan doorstaan. Volgens de Senaat mag de Commissie wel beweren dat een Europees initiatief doeltreffender zou zijn inzake kooprecht en meer zal bijdragen tot de ontwikkeling van de eengemaakte markt. Deze bewering wordt echter niet gestaafd met cijfers. Volgens Patrick Wéry volstaat de bewering dat '*l'Union est la mieux placée pour remédier au problème de la fragmentation*' op zich niet, behalve als men via een soort cirkelredenering beschouwt dat, zonder rekening te houden met de waarborgen in de wetgevingen van de lidstaten, een Europese verordening meer aangewezen zou zijn om een eenvormig rechtsstelsel ter zake vast te stellen.

49. Ibid., p. 5-6. De Belgische Senaat verwijst hierbij naar de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie dat in zijn arrest C-436/03 in r.o. 44 heeft opgemerkt dat een verordening die de diverse nationale wetgevingen ongewijzigd laat, niet tot doel heeft de wetgevingen van de lidstaten te harmoniseren en waarbij het Hof benadrukte dat een voorstel dat een nieuwe vorm van coöperatieve vennootschap in het leven roept naast de bestaande vormen zich niet kan beroepen op artikel 95 van het EG-verdrag (huidig artikel 114 VWEU).

50. B.S. 12 april 2010.

51. Parl. St., Senaat, nr. 5-1382/2, p. 6-7.

Volgens de Senaat is de harmonisatie van de wetgeving inzake consumentenbescherming als succes aan te merken. Met de bestaande methoden van harmonisatie wordt meer zekerheid en doeltreffendheid bereikt dan met een instrument dat als vrijblijvend wordt voorgesteld.⁵²

16. Om de voornoemde redenen oordeelt de Belgische Senaat dat het voorstel van de Commissie een schending van het subsidiariteitsbeginsel inhoudt. Het GEKR laat verschillende rechtsstelsels met elkaar in concurrentie treden, terwijl de Unie tot doel zou moeten hebben het bestaan van verschillende wetgevingen te bestrijden of ten minste af te zwakken.⁵³

Duitse bezwaren

17. Ook het gemotiveerde advies van de Duitse Bondsdag begint met de vraag of art. 114 VWEU wel de juiste juridische grondslag van het voorstel is. De Bondsdag geeft een ontkenkend antwoord, op basis van dezelfde rechtspraak waar de Belgische Senaat zijn afkeuring van art. 114 VWEU als rechtsgrond voor het GEKR heeft gegrond,⁵⁴ alsmede onder verwijzing naar de bestaande wetgevingspraktijk van de Unie tot nu toe, namelijk dat rechtsgronden en rechtsvormen van het recht van de Unie die naast de desbetreffende nationale wetgeving van kracht zijn, zonder dat deze hierdoor veranderd of vervangen wordt, tot dusverre niet op artikel 114 VWEU, maar steeds op art. 352 VWEU zijn gebaseerd.⁵⁵

18. De Bondsdag betwijfelt verder of het Verordeningvoorstel met de beginselen van subsidiariteit (in engere zin) en evenredigheid in overeenstemming is. Wordt de economische activiteit binnen de Europese rechtsruimte merkbaar belemmerd door verschillen in het overeenkomstenrecht in de lidstaten? Zijn niet vooral taalbarrières en afstand de voornaamste belemmeringen voor grensoverschrijdende economische activiteit? Volgens de Bondsdag geldt dit in dezelfde mate voor consumenten als voor ondernemers, gelet op de standpunten van consumenten- en beroepsorganisaties. Als nu de verschillen tussen de stelsels van contractenrecht slechts van ondergeschikt belang zijn voor het handelsverkeer, is er geen behoefte aan een GEKR en is de maatregel in de zin van art. 5 VEU niet noodzakelijk.⁵⁶

19. Voorts stelt de Bondsdag de vraag of de door de Commissie gestelde doelen wel kunnen worden verwezenlijkt, aangezien belangrijke kwesties zoals onwettigheid of strijd met de goede zeden, vertegenwoordiging en cessie in het Verordeningvoorstel niet zijn geregeld. Daardoor wordt voor de instantie die het GEKR moet gaan toepassen rechtsonzekerheid en rechtsonduidelijkheid vanwege de verschillende stelsels van overeenkomstenrecht in de interne markt niet wegge-

52. Ibid., p. 7.

53. Ibid., p. 7-8.

54. Hof van Justitie 2 mei 2006, C-436/03, Europees Parlement v. Raad, r.o. 44.

55. Stellungnahme (voetnoot nr. 23), p. 5.

56. Ibid., p. 6.

nomen, maar nemen die eerder toe. Grote onzekerheid bij de toepassing van het GEKR, waardoor de doelstellingen die de Commissie heeft gesteld, niet waargemaakt zullen kunnen worden, zal ook ontstaan doordat het GEKR tal van onduidelijke begrippen bevat. Aangezien het contractenrecht in Duitsland en ook in andere lidstaten in belangrijke mate door de rechtspraak wordt gevormd, zal een groot deel van de voor partijen relevante regels op grond van een preciserende en rechtscheppende toepassing door de rechtbanken tot stand moeten komen. In de Unie bestaat echter geen uniforme civiele rechtspraak waarmee een vlechtwerk van regels kan worden gecreëerd dat rechtszekerheid schept. Het Hof van Justitie kan door zijn functie en structuur daarvoor geen waarborg van rechtseenheid bieden. Het kan vele jaren, zo niet decennia duren alvorens er van uniforme toepassing van de regels van het GEKR sprake zal zijn, met hogere transactiekosten tot gevolg.⁵⁷

20. Om al deze redenen besluit de Bondsdag dan ook dat de Commissie de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid niet in acht heeft genomen.⁵⁸

Besluit

21. De Commissie, het Europees Parlement en de Raad dienen rekening te houden met de gemotiveerde adviezen die de nationale parlementen tot hen richten.⁵⁹ Opdat een ontwerp van wetgevingshandeling opnieuw in overweging wordt genomen, moeten de gemotiveerde adviezen echter ten minste een derde vertegenwoordigen van alle stemmen die aan de nationale parlementen zijn toebedeeld. Dit quorum werd spijtig genoeg niet bereikt. Om het met Eric Clive te zeggen: ‘Common European Sales Law easily survives first subsidiarity challenge’.⁶⁰ Waarom greep de Nederlandse Eerste Kamer niet de kans om een gemotiveerd advies in te dienen, nadat er op grond van interessante vragen van de VVD-fractie⁶¹ toch twijfels waren gerezen omtrent onder meer de rechtsgrond van het door de Commissie ingediende voorstel?

22. Tijdens een recent gehouden bijeenkomst van de Raad, op 7 en 8 juni 2012, kwam het GEKR ter sprake. Europees commissaris en Vice-voorzitter van de Commissie Viviane Reding verklaarde toen: ‘Now that the Council’s Legal Service confirmed that the Internal Market legal base (Article 114 TFEU) is the correct one, we can start working on the “meat of the matter”’.⁶² In mijn blog van 8 augustus 2012 heb ik daarover, samen met mijn collega Jeroen van der Weide, duidelijk standpunt ingenomen: ‘We do not believe this is the policy to follow. It seems much more logical to free the Union of this

“competence creep” before continuing the analysis of the concrete provisions of the CESL. The Commission should therefore put an end to the Numbers Game and elucidate the competence matter before engaging in a substantive discussion on the proposal.’⁶³ Daarom zou ik de Europese Commissie, ondanks het feit dat er onvoldoende stemmen van de nationale parlementen in het raam van de subsidiariteitscontrole werden gehaald opdat het voorstel opnieuw in overweging zou moeten worden genomen, toch willen uitnodigen om niet alleen de inhoud en de vorm van het GEKR, maar ook de belangrijke kwestie van de bevoegdheid van de Europese autoriteiten daaromtrent opnieuw te analyseren, deze keer met overtuigende cijfers en met een meer diepgaande juridische en sociaaleconomische onderbouwing.

57. Ibid., p. 6-7.

58. Ibid., p. 7.

59. K. Lenaerts en P. Van Nuffel 2011 (voetnoot nr. 7), p. 96, nr. 120.

60. Zie <http://www.law.ed.ac.uk/epln/blogentry.aspx?blogentryref=8844>.

61. Zie daarover http://www.eerstekamer.nl/eu/edossier/e110054_voorstel_voor_een.

62. Te raadplegen op <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/12/429&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=fr>.

63. <http://leidenlawblog.nl/articles/common-european-sales-law-and-eu-competence-a-never-ending-game>.