



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Rechtseenheid en vermogensrecht

Hoogervorst, E.M.; Houben, I.S.J.; Memelink, P.; Nieuwenhuis, J.H.; Reurich, L.; Verburg, G.J.M.

Citation

Hoogervorst, E. M., Houben, I. S. J., Memelink, P., Nieuwenhuis, J. H., Reurich, L., & Verburg, G. J. M. (2005). *Rechtseenheid en vermogensrecht* (Vol. 21). Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36844>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License:

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36844>

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

Rechtseenheid en vermogensrecht

Rechtseenheid en vermogensrecht

E.M. HOOGERVORST, I.S.J. HOUBEN, P. MEMELINK,
J.H. NIEUWENHUIS, L. REURICH & G.J.M. VERBURG
(red.)

met bijdragen van:

C.H. Bezemer
J.A. Bomhoff
Y.L.L.A.M. Delfos-Roy
R.E. van Esch
M.C.E. van Gorkom-Meeuwsen
J.M. Hebly
Jac. Hijma
W.G. Huijgen
J.F.M. Janssen
P.A.C.E. van der Kooij

T.I. van Koten
S.D. Lindenbergh
P. Memelink
S.J.A. Mulder
J.H. Nieuwenhuis
M.V. Polak
H.J. Snijders
V.J.A. Sütő
B.J. de Vos
E.J. Zippro

KLUWER 



INSTITUUT VOOR
RECHTSWETENSCHAPPELIJK
ONDERZOEK

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

© 2005 Hoogervorst, Houben, Memelink, Nieuwenhuis, Reurich & Verburg

Kluwer, Deventer

ISBN 90-1303-097-1

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden veeelvoudigd, 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.

Voorzover het maken van reprografische veeelvoudingen 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).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Inhoudsopgave

WOORD VOORAF	VII
1 Inleiding: vermogensrecht en rechtsoneenheid in verscheidenheid <i>H.J. Snijders</i>	1
Deel I – EENHEID BINNEN HET NATIONALE RECHT	23
2 Eenheid der wet <i>J.H. Nieuwenhuis</i>	25
3 Het grensgebied van werken, leveringen en diensten <i>T.I. van Koten & J.M. Hebly</i>	49
4 Rechtseenheid en het onderscheid tussen roerende en onroerende zaken <i>P. Memelink</i>	65
5 Inpassing van Europese consumentenkoopregels <i>Jac. Hijma</i>	97
6 De eenheid van het recht, gezien vanuit notarieel perspectief <i>W.G. Huijgen</i>	113
7 Eenheid in de rechtsbijstandverzekering? <i>Y.L.L.A.M. Delfos-Roy & S.J.A. Mulder</i>	121
Deel II – INPASSING TRANSNATIONAAL IN NATIONAAL RECHT	139
8 Van houten huis tot stacaravan: het wezen van de zaak <i>C.H. Bezemer</i>	141

9	De constructie van een Europees begrip ‘privaatrecht’: drie decennia ‘burgerlijke en handelszaken’ in het Europese internationaal privaatrecht <i>M.V. Polak & J.A. Bomhoff</i>	153
10	Communautaire eenheid en nationale verscheidenheid bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht? <i>E.J. Zippro</i>	181
11	Het sanctiecomplex in de aanpassingswet elektronische handel <i>R.E. van Esch</i>	205
12	De invloed van het Europese spoorrecht op de contractvrijheid tussen spoorgoederenvervoerders en de railinfrastructuurbeheerder <i>V.J.A. Sütő</i>	225
13	Rechtsverwerking wegens gedogen in het intellectuele eigendomsrecht <i>P.A.C.E. van der Kooij</i>	245
14	De mens is niet octrooieerbaar, ontdekte delen ervan evenmin. Of toch wel? De implementering van de Europese richtlijn op de octrooieerbaarheid van biotechnologische uitvindingen: middel tot uniforme interpretatie van begrippen? <i>M.C.E. van Gorkom-Meeuwsen</i>	261
	Deel III – CONSTITUTIONALISERING	285
15	Constitutionalisering: een overschat vraagstuk? <i>B.J. de Vos</i>	287
16	Schending en schade. Over aantasting van fundamentele rechten en eenheid in het schadevergoedingsrecht <i>S.D. Lindenberg</i>	305
17	De invloed van artikel 1 van het Eerste Aanvullende Protocol EVRM op het Nederlandse recht <i>J.F.M. Janssen</i>	329

Woord vooraf

Het Burgerlijk Wetboek bestaat uit een aantal regels in een bepaalde volgorde. Het is deze ordening die het wetboek van een stapel regels onderscheidt, zoals cement en metselwijze een muur onderscheiden van een stapel losse stenen. Dat het burgerlijk recht tegelijk méér is dan dat – meer dan alleen een uiterlijk zichtbare wijze van ordening – heeft te maken met zijn intrinsieke kenmerken. De regels van het burgerlijk recht vertonen een inhoudelijke samenhang. Een samenhang die aan de veelheid van regels eenheid verleent.

‘Eenheid van recht’ is het thema van het BWKJ 21. De bundel is geschreven in het kader van het facultaire onderzoeksprogramma ‘Constitutionalisering, transnationalisering en de eenheid van Nederlands vermogensrecht’. De moderne tendensen van constitutionalisering en transnationalisering brengen mee dat de eenheid van het recht onder druk kan komen te staan. De inzet van deze bundel is niet alleen om dergelijke spanningen te signaleren en te analyseren. Belangwekkender lijkt het inzicht dat de eenheid van recht, vanwege deze spanningen, telkens moet worden gevonden. Elke bijdrage van deze bundel geeft in feite antwoord op de vraag of en hoe ten aanzien van een bepaald aspect van het vermogensrecht, de rechtseenheid gevaar kan lopen en hoe zij kan worden gewaarborgd.

Een drietal gebieden wordt daarbij onderscheiden: (i) de eenheid binnen het vermogensrecht, (ii) de inpassing van transnationaal recht in nationaal recht, en (iii) de constitutionalisering van het vermogensrecht. Eerst wordt de weg gebaad met een beschouwing van Snijders, die de verschillende vormen van rechts(on)eenheid ontleedt en de resultaten van het onderhavig onderzoek in onderlinge samenhang beziet.

Het deel *eenheid van het nationale recht* vangt aan met een bijdrage van Nieuwenhuis die in meer algemene zin is gewijd aan de eenheid der wet. Van Koten en Hebly onderzoeken de vraag in hoeverre het Europese aanbestedingsrecht noopt tot een aanpassing van het Nederlandse recht op het terrein van de totstandkoming van overeenkomsten. Memelink wijdt haar beschouwingen aan de begrippen ‘roerende en onroerende zaak’, waarbij deze civielrechtelijke begrippen worden geconfronteerd met het fiscale recht. Hijma analyseert enkele centrale begrippen in het consumentenrecht. Huijgen beziet de eenheid van het vermogensrecht vanuit notarieel perspectief. Delfos-Roy en Mulder nemen in hun bijdrage de rechtsbijstandverzekering onder de loep.

In het deel over de *inpassing van transnationaal in nationaal recht* treft u een bijdrage van Bezemer, die vanuit historisch perspectief tot en met recente

rechtspraak van het Europese Hof de ontwikkeling van het begrip 'onroerende zaak' schetst. Polak en Bomhoff analyseren de invloed van de rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot het EEX-verdrag op het Nederlandse nationale recht. Zippro bespreekt de mogelijkheid en wenselijkheid van een Europese richtlijn of verordening op het gebied van privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Van Esch wijdt zijn beschouwing aan de invloed van de Europese richtlijn elektronische handel op het Nederlandse recht, met name vanuit het perspectief van sancties. Sütő richt zich op de vraag in hoeverre het Europese spoorrecht aanleiding geeft tot het doorbreken van een belangrijk privaatrechtelijk beginsel: contractvrijheid. Van der Kooij beziet hoe een in de Merkenrichtlijn geïntroduceerde vorm van rechtsverwerking zich verhoudt tot het Nederlandse vermogens- en intellectuele eigendomsrecht. Van Gorkom Meeuwssen voert een vergelijkbare analyse uit voor wat betreft de Europese richtlijn op de octrooieerbaarheid van biotechnologische uitvindingen.

In het laatste deel van deze bundel, *Constitutionalisering van vermogensrecht*, een bijdrage van De Vos over de vraag hoe groot de invloed van grondrechten in het privaatrecht nu eigenlijk is. Lindenbergh onderzoekt hoe de handhaving van fundamentele rechten in verschillende EU-landen via het schadevergoedingsrecht plaats vindt en of handhaving van die rechten nieuwe 'spanningen' oproept. Janssen ten slotte beschrijft de invloed van artikel één van het eerste EVRM-protocol op ons goederenrecht.

Ter gelegenheid van de 21^e editie van het BWKJ is zowel het uiterlijk als het 'innerlijk' van het BWKJ vernieuwd. De jaarlijkse bundel zal voortaan worden uitgegeven in de Meijers-reeks. Wat betreft de inhoudelijke wijziging heeft de redactie ervoor gekozen om in de toekomst het door de redactie gekozen thema af te stemmen op het facultaire onderzoeksprogramma. Mede in dit licht prijst de redactie zich gelukkig Hans Nieuwenhuis, coördinator van het onderzoeksprogramma, in haar gelederen op te mogen nemen. Met droefenis neemt de redactie dit jaar afscheid van Elselique Hoogervorst, die haar geluk in Parijs gaat beproeven. Zij heeft met niet aflatende inzet en een kritische houding meegewerkt aan de laatste zes BWKJ's. De redactie zal haar missen.

Leiden, najaar 2005

1 Inleiding: vermogensrecht en rechtseenheid in verscheidenheid

H.J. Snijders[■]

1 INTRODUCTIE

Wordt de eenheid van en rond ons vermogensrecht aangetast en gebeurt dit met name onder invloed van het transnationale recht in het bijzonder het supranationale recht van de Europese Unie? Degenereert ons Burgerlijk Wetboek althans het daarin besloten stelsel van vermogensrecht zodanig dat er niet veel meer dan een alfabetisch register uit te destilleren valt (het beeld dat Peter Birks ons onder meer bij zijn Leidse inaugurele rede voorhield ten aanzien van de *common law*)?¹ Zo ja, pleit dit dan voor indamming van die invloed van het transnationale recht?

De lezer zij gerust. De auteurs van deze bundel laten zich niet bijzetten in het museum van pogingen tot ommekeer van onafwendbare verschijnselen. Het verzet van de boeren tegen de trein, die de melkopbrengst van hun koeien in gevaar zou brengen, heeft niets uitgehaald. De koeien geven intussen meer melk dan ooit tevoren en zijn daarom op rantsoen gesteld. Het verzet van de gemeente Warmond tegen de Schiphollijn haalde ook al niets uit; men had beter het aanbod van een eigen station kunnen aanvaarden. Zo beschouwd is de vraag niet of transnationaal recht wordt ingepast in ons nationale recht, maar hoe dit met het oog op de gewenste rechtseenheid het beste kan geschieden.

De vraag naar de inpassing van het transnationale recht wordt in deze algemene inleiding en ook elders in de bundel in een breder perspectief geplaatst. Wat is dat nu precies, rechtseenheid, en welke verschijnselen van rechtseenheid – de lezer vergeve de auteur dit niet zo mooie maar wel duidelijke woord – zijn er zoal in en rond het vermogensrecht? Als grote maar niet enige ‘boosdoener’ komt in deze bundel – inderdaad – het supranationale recht van de Europese Unie in beeld en dan met name het geheel van richtlijnen, zoals die in ons Burgerlijk Wetboek worden geïmplementeerd, maar in welke zin tast die de rechtseenheid dan precies aan en hoe aan dat bezwaar tegemoet te komen?

■ H.J. Snijders is hoogleraar burgerlijk recht, Universiteit Leiden. Met dank aan (inmiddels) oud-student-assistent Jelle Drok voor zijn onmisbare steun bij de voorbereiding van deze bijdrage.

1 Zie naderhand Peter Birks (ed.), *English Private Law*, Oxford: Oxford University Press 2000, p. xlvii.

Opvallend is dat de respectieve auteurs, overeenkomstig hetgeen andere schrijvers tot dusverre deden, expliciet of impliciet heel verschillende facetten en soorten van de notie rechtseenheid en de beschadiging daarvan in beeld brengen. Rechtseenheid blijkt een nog pluriformer concept te zijn dan al eerder met name door Bloembergen werd vastgesteld.² De beschadiging van de rechtseenheid blijkt dan ook heel divers van aard te zijn. Dat kan weer gevolgen hebben voor de wijze van aanpak van het probleem.

In deze bijdrage zal de notie rechtseenheid daarom systematisch ontleed worden in een aantal facetten en soorten. Het gaat hier om facetten en soorten die op zichzelf al lang bekend zijn, maar die niet steeds voldoende onderkend worden en die er bovendien om vragen ten opzichte van elkaar gepositioneerd te worden. Ook het belang, de beschadiging en de bevordering van de rechtseenheid in al haar verscheidenheid komen in beeld. Uiteraard zal ook aandacht besteed worden aan de rechtseenheid versturende invloed van het transnationale recht en de aanpak daarvan, maar deze zal, indachtig heer Bommel, wel geplaatst worden in een wat groter denkraam met betrekking tot de rechtseenheid.

2 FACETTEN EN SOORTEN VAN RECHTSEENHEID

Het element 'eenheid' in het begrip rechtseenheid kent verschillende facetten. Eenheid vertolkt zich niet slechts in identiteit maar ook in coherentie.³ Het eerste vraagt erom dat gelijke gevallen rechtens gelijk beoordeeld worden, het tweede vraagt om afstemming van recht. Of men recht voor gevaltype A ook toepast op gevaltype B is een vraag die zich laat beantwoorden aan de hand van een eenvoudig ogend maar minder eenvoudig te hanteren criterium: differentiatie vraagt om legitimatie.⁴ Die leidraad geldt ook en met name in en rond het vermogensrecht.

Zo kan men nog steeds als uitgangspunt voor vermogensrechtelijke 'on-line'-transacties hanteren dat 'what holds off line, holds on line', hoeveel redenen er ook mogen zijn voor veelvuldige differentiatie.⁵ Zo kan men ook nog steeds als uitgangspunt nemen dat voor overeenkomsten tussen ondernemingen en (andere) rechtspersonen enerzijds en consumenten anderzijds (kortweg wel aangeduid als 'B(usiness) to C(onsumer)'-transacties) in beginsel hetzelfde vermogensrecht geldt als tussen ondernemingen en rechtspersonen

2 Zie m.n. A.R. Bloembergen, 'De eenheid van privaatrecht en administratief recht', *WPNR* 5372-5375 (1977).

3 Bloembergen, a.w., p. 3-4, 17-18 en 36.

4 Vgl. bijv. W.H. van Boom, 'Algemene en bijzondere regelingen in het vermogensrecht', *RMTh* 2003, p. 297 e.v., i.h.b. p. 299 en daar aangehaalde bronnen.

5 Vgl. bijv. Henk Snijders en Stephen Weatherill in hun 'General introduction' van *E-commerce Law, National and Transnational Perspectives*, The Hague, London, New York: Kluwer Law International 2003, p. 1 e.v.

onderling ('B2B') of tussen consumenten ('C2C') onderling. Van Boom⁶ bepleit separaat consumenten- en ondernemingsvermogensrecht, maar daargelaten dat hij niet zo maar met een tweedeling kan volstaan – het gaat strikt genomen om vier soorten recht, B2B, B2C, C2C en C2B – en nog afgezien van de vraag of aan kleine ondernemingen en aan niet-commerciële rechtspersonen niet een speciale status dient toe te komen, dient het dan toch nog steeds zo te zijn dat afwijkend consumentenvermogensrecht om een rechtvaardiging vraagt.

Ook het element 'recht' in het begrip 'rechtseenheid' kent meerdere facetten. Er valt te onderscheiden tussen eenheid van rechtsbegrippen, van rechtsnormen en van rechtsbeginselen.⁷ Als vierde component laat zich hier nog de eenheid van rechtssystematiek aan toevoegen, die zich op verschillende niveaus aandient en niet geheel gedekt wordt door de eenheid van rechtsbegrippen, -normen en -beginselen. De keuze voor implementatie van een EU-richtlijn in ons BW dan wel in de vorm van een afzonderlijke wet bijvoorbeeld, dient consistent te geschieden. De keuze om in bijzondere regelingen algemene toepasselijke regels te herhalen dan wel bekend te veronderstellen althans ernaar te verwijzen, vraagt evenzeer om consistentie.⁸ De keuze voor geheel, driekwart- of semi-dwingend recht zal ook consistent dienen te geschieden.⁹ Als de wetgever een nieuwe regeling onderbrengt in ons BW, zal hij dat ook op een systematisch consistente plaats dienen te doen. Steeds zal de vlag (boek, titel, afdeling etc.) de lading moeten kunnen dekken. Dikwijls wordt deze problematiek benaderd vanuit de positie van de rechter, die voorgehouden wordt de wet mede systematisch te interpreteren. Zie bijvoorbeeld Paul Scholten,¹⁰ Vranken¹¹ en ook de door Vranken nogal stiefmoederlijk bedeelde Dworkin, die het recht presenteert als 'a coherent set of principles about justice and fairness', waarover Nieuwenhuis in deze bundel. Van de wetgever dient echter eveneens een systematische benadering verwacht te worden, waarbij hij het nieuwe recht op systematisch verantwoorde wijze inpast in het bestaande recht, waarover bijvoorbeeld Hijma bij de beoordeling van het consumentenkooprecht en Van Esch bij de beoordeling van het recht inzake elektronische handel. Zie bijvoorbeeld andermaal Bloembergen.¹² Hierbij heeft de doctrine

6 Van Boom, a.w., m.n. p. 302 en 305-306.

7 Bloembergen, a.w. p. 1, 4-5.

8 Vgl. Van Boom, a.w., p. 301 in relatie tot boek 8 BW, dat anders dan de overige BW-boeken volstaat met herhalingen.

9 H.J. Snijders, 'Maten van dwingend recht', in: *Contractvrijheid* o.r.v. T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker, Deventer: Kluwer 1999, p. 153 e.v. Voortbouwend op eerder onderzoek komt de schrijver van deze bijdrage op menig verwijzing naar eigen werk. Dat is geen nieuw verschijnsel. Zie bijv. Bloembergen, a.w., p. 1, noot 4.

10 Asser/Scholten, 'Algemeen deel', derde druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974, p. 44 e.v.

11 Asser/Vranken, eerste druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, nr. 118 e.v.

12 A.w., p. 3 e.v. onder verwijzing naar allerlei eerder literatuur waaronder werk van Coing en zelfs Joseph Esser 'aan wie men – evenmin als aan Coing – een overmaat aan eerbied voor het systeem kan toedichten'.

bepaald een belangrijke taak. Naar het zich laat aanzien, onderschat de doctrine het belang van deze taak en bemoeit zij zich er meestal niet of veel te laat mee.

Met deze indeling van de rechtseenheidsproblematiek in acht (4 x 2) facetten zijn wij er nog niet. Nadere analyse van de notie rechtseenheid duidt erop dat wij dienen te onderscheiden naar gelang de soort van rechtseenheid. Diverse soorten van rechtseenheid dienen zich aan en worden ook geïllustreerd in deze bundel: rechtseenheid naar bron, naar tijd, naar land en plaats, naar onderwerp (rechtsgebied) en naar personen.

De verschillende facetten van de rechtseenheid zullen hieronder niet steeds uitdrukkelijk genoemd worden, maar alleen daar waar dat echt functioneel voorkomt. De verschillende soorten van rechtseenheid zullen niet in extenso behandeld worden maar alleen voorzover dat nodig is om die soorten onderling qua aard en belang te positioneren en vervolgens meer zicht te krijgen op de respectieve wijzen van beschadiging en de aanpak daarvan.

3 RECHTSEENHEID NAAR BRON

Tegenstrijdigheid van ‘rechtsbronnen’ is vermoedelijk een probleem dat zich in toenemende mate voordoet. Wij worden geconfronteerd met steeds maar toenemende kwantiteit van de wetgeving (hier te beschouwen inclusief verdragen, EU-richtlijnen en soortgelijk transnationaal recht) en rechtsvormende rechtspraak. Van de deregulering is niet veel terecht gekomen, integendeel. De samenleving is zich bovendien steeds meer gaan ‘juridiseren’ waardoor het beroep op de rechter, ook ten aanzien van principiële vragen, toenam. Het lijkt alsof de toename van de kwantiteit gepaard is gegaan met een afname van de kwaliteit van de wetgeving en rechtsvormende rechtspraak. Wij kunnen met ons allen het rechtsvormende werk en de verwerking daarvan nog nauwelijks aan. Vermeerdering van kwantiteit en vermindering van kwaliteit worden nog eens in de hand gewerkt door de transnationalisering van ons recht. Dit alles bevordert het ontstaan van conflicten tussen rechtsbronnen. Met name valt hier te denken aan conflicten tussen wetgeving en rechtspraak, tussen hogere en lagere wetgeving en tussen hogere en lagere rechtspraak.

Men zou hier het gevaar voor rechtsoneenheid kunnen wegedeneren door te stellen dat rechtsbronnen slechts kenbronnen van recht zijn en dat het recht bepaald en gevormd wordt door afstemming van die kenbronnen. Zo bezien is rechtsoneenheid inderdaad onmogelijk. Deze bijdrage leent zich niet voor een verhandeling over dit vraagstuk van rechtsvinding.¹³ Hier kan volstaan

13 Zie nader bijv. R.J. Kottenhagen, *Van precedent tot precedent* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1988, H.J. Snijders, *Retrocipatie* (inaug. rede Leiden), Arnhem: Gouda Quint, Deventer: Kluwer en Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995 en H.U. Jessurun d'Oliveira, *Doen wat er gezegd is: precedenten en richtlijnen*, H.U. Jessurun d'Oliveira, rede NVvR, Geschriften NVvR 1999, nr. 59, p. 135 e.v.

worden met de observatie dat oneenheid van kenbronnen van recht zoals wetgeving en rechtspraak, de eenheid van het recht beschadigt in die zin dat eerder onduidelijkheid bestaat over de vraag wat rechtens is. De actores – met name rechters – zullen daar dan ook verschillend over denken en oordelen. Dat gebrek aan coherentie zal zich vooral voordoen op het niveau van de rechtsnormen. De rechter zal nu eens X kunnen beslissen en dan weer Y. De kenbron rechtspraak wordt hierdoor minder eenduidig zowel op zichzelf beschouwd als in samenhang met de vraag naar de status van de rechtspraak ten opzichte van de wetgeving. Zo geschiedde bijvoorbeeld voorafgaande aan het Sogelease-arrest van de Hoge Raad¹⁴ ten aanzien van de toetsing van de sale-and-lease-back-constructie aan het fiduciaverbod van art. 3:84 lid 4 BW en recent in het kader van de aandelenleaseproblematiek ten aanzien van de vraag of er sprake was van koop of afbetaling in de zin van art. 1:88 lid 1 sub d BW. De rechtszekerheid, de kenbaarheid en de hanteerbaarheid van het recht komen hier in gevaar. Ook de rechtsgelijkheid in de betekenis van de gelijkheid van rechten in subjectieve zin wordt hierdoor verstoord.

Volstaan wordt met een korte aanduiding van de meest voor de hand liggende technieken om de rechtseenheid hier te bevorderen: gemotiveerde ‘overruling’ door de wetgever van het eerdere rechterlijk precedent, behoedzame correctie door de rechter van het eerdere wettelijk precedent en meer in het algemeen behoedzame rechtsvorming door de rechter, uitleg van wetgeving conform hogere wetgeving (zoals verdragsconforme en richtlijnconforme uitleg) of rechtspraak¹⁵ en vernietiging of juist het in stand laten van lagere rechtspraak door de hogere rechter. Ook een techniek als die van de rechterlijke samenwerking in de vorm van collectieve rechtersregelingen zoals die met betrekking tot buitengerechtelijke kosten, alimentatie en schuldsanering, kan de rechtseenheid bevorderen.¹⁶

Loth schreef onlangs ook over dit type rechtseenheid.¹⁷ In de voordelen hiervan ziet hij tegelijkertijd de beperkingen. *Ius in causa positum*, recht in het licht van de feitelijke omstandigheden van het geval, resulteert in meer

14 HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119 m.nt. WMK.

15 Vgl. bijv. de inpassing van HvJ-EG 27 juni 2000, NJ 2000, 730, CMLR 2001, p. 719 (het Océano-arrest) in ons eigen nationaal burgerlijk recht, waarover o.m. *Rechtshandeling en overeenkomst* (Jac. Hijma), Deventer: Kluwer 2004, nr. 256a, Jac. Hijma, ‘Een bedenktijd voor de koper’ en H.J. Snijders, ‘Remedies tegen algemene voorwaarden’, in: *Coherente instrumenten in het contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 97 e.v. resp. 13 e.v. benevens M.B.M. Loos, ‘Oneerlijke bedingen en wettelijke vervaltermijnen: ruime uitleg van Océano bevestigd’, NTER 2003, p. 71 e.v.

16 Vgl. bijv. *De mogelijkheden en grenzen van rechterlijke samenwerking*, Prinsengrachtreeks 1997/4, Amsterdam: Het Gerechtshof 1997 o.r.v. P. Ingelse e.a.; *Rechterlijke samenwerking*, Deventer: Gouda Quint 2001 o.r.v. C.P.M. Cleiren en G.K. Schoep, en K. Teuben, *Rechtersregelingen in het burgerlijk (proces)recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005.

17 AA 2005, p. 676 e.v.

rechtvaardigheid en billijkheid. Velen gingen hem voor zoals J.C.M. Leijten.¹⁸ Puur *ius in causa positum* is echter geen recht. Het getuigt van – wat in deze dagen heet – een tunnelvisie. Wee degene die slechts acht slaat op de details van een concrete zaak en geheel gestuurd door zijn billijkheidsgevoel maar met oogkleppen op voor hetgeen zich boven de oppervlakte afspeelt. Eenmaal boven gekomen en geconfronteerd met alle mogelijke vergelijkbare gevallen en oplossingen daarvoor, blijkt hij onrecht gedaan te hebben. Het rechterlijk oordeel vergt een zekere generaliseerbaarheid, zoals Loth zelf ook schrijft, en in dat generale ligt de rechtsregel besloten. Deze dient te passen in het geheel van rechtsnormen.

Overigens gaat het bij dit type rechtseenheid als gezegd ook en met name om tegenstrijdige kenbronnen van recht, waaronder tegenstrijdige rechterlijke uitspraken en de receptuur daartegen en daar heeft het betoog van Loth geen betrekking op.

4 RECHTSEENHEID NAAR TIJD

Reeds het fenomeen overgangsrecht duidt erop dat wij de rechtseenheid naar tijd niet dadelijk als een waardevol goed plegen te beschouwen. Asynchrone verschillen in rechtsbegrippen, rechtsnormen en rechtsbeginselen en in het rechtssysteem lijken wij in het algemeen moeiteloos te aanvaarden. Naar gelang het rechtvaardigheidsgehalte van recht groter is of aan de bijbehorende infrastructuur hogere eisen worden gesteld, ervaren wij meer behoefte aan eenheid naar tijd en lijken wij die ook wel meer waar te maken. Moord en doodslag staan in ons land al vele eeuwen lang hoog op de lijst van in beginsel verboden handelingen. Wij plegen ook niet de ene eeuw links te rijden en de andere rechts. Belastingtarieven en –aftrekposten bieden daarentegen minder perspectief op een schier eeuwig leven.

Problematisch kan rechtsoneenheid naar tijd worden als veranderingen in heel grote getale en hoog tempo worden doorgevoerd. Wie in het onderwijsrecht of het sociaalzekerheidsrecht nog werkelijk weg weet, dient met de grootst mogelijke zorg omgeven te worden. Het gaat hier om een ras, dat van nature uitsterft, want dagelijks zijn er weer nieuwe ontwikkelingen die om perceptie en verwerking in de bestaande kennis vragen en ook nog om handhaving van die bestaande kennis met het oog op allerlei overgangsrechtelijke problemen. Bovendien zal men steeds op het wettelijk en rechterlijk¹⁹ overgangsrecht zelf bedacht dienen te zijn en dat wil wel eens fout gaan. Naar

18 *We need stories* (afscheidsrede Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991. Zie eerder zijn bijdrage 'De droom der gerechtigheid' in: *Eenheid van recht. Studiedag J.M. Polak*, Deventer: Kluwer 1988.

19 Vgl. bijv. O.A. Haazen, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2001.

gelang de wijziging van het recht langer achter ons ligt, komt het meer voor dat de rechter het overgangsrecht uit het oog verliest en, met voorbijgaan daaraan, het nieuwe recht toepast²⁰). Zelfs de wetgever mist wel eens de boot met name door bij een wetswijziging een buiten werking te stellen uitvoeringsbesluit over het hoofd te zien.²¹ Al met al laat zich stellen dat rechtszekerheid, kenbaarheid en hanteerbaarheid van recht ook bij dit type rechtseenheidsvraag op de tocht komen te staan als wij geconfronteerd worden met een continue stroom van wijzigingen. Hierdoor ontstaat wederom de kans op rechtsongelijkheid in de betekenis van oneenheid van rechten in subjectieve zin.

Problematisch kan rechtson eenheid naar tijd ook worden als het recht in korte tijd slingerbewegingen doormaakt. Huijgen geeft in deze bundel voorbeelden van tegengestelde elkaar snel opvolgende ontwikkelingen in het huwelijksvermogens- en erfrecht resp. het vennootschapsrecht in samenhang met het contractenrecht.

De recepten ter voorkoming van dit soort rechtseenheidsproblemen liggen zo zeer voor de hand dat ik deze niet noem. Iets anders is of zij wel voldoende beproefd worden.

5 RECHTSEENHEID NAAR LAND EN PLAATS

Dat de rechtsbegrippen, rechtsnormen en rechtsbeginselen en de rechtssystematiek verschillen van natie tot natie, lijkt ons steeds meer zorgen te geven, getuige de inmiddels talrijke wetgeving (wederom te beschouwen inclusief transnationale regelgeving) en vele projecten tot harmonisatie en zelfs eenmaking van recht, ook op het terrein van het vermogensrecht en in de richting van het vermogensrecht. Zie voor de laatste bijvoorbeeld de bijdragen van Janssen, Lindenberg en De Vos in deze bundel, die laten zien hoe fundamentele, supranationaal gefundeerde grondrechten het nationale vermogensrecht beïnvloeden, een verschijnsel dat wel aangeduid wordt als de constitutionalisering van het vermogensrecht.²²

De harmonisatie- en uniformeringsmotoren zijn bekend. In de eerste plaats denken wij hier natuurlijk aan de officiële supranationale instituten van de Europese Unie, Raad van Europa en de Verenigde Naties, die recht vormen op wetgevings- en rechtspraakniveau. Ik noem ook nog de Benelux, waarover de bijdrage van Van der Kooij, al wordt die zo langzamerhand verdrongen. Daarnaast komen gremia in beeld die ‘softere’ harmonisatieproducten voort-

20 Een dergelijk voorbeeld van miskennen van het overgangsrecht vormt HR 27 maart 1992, NJ 1993, 97 m.nt. HJS inzake Nusselder/Nederlandse Liquidatiekas.

21 Zo bleek enige jaren geleden bij een analyse van de Algemene Databank Wetgeving.

22 Vgl. eerder bijv. Basil Markesinis, ‘Comparative Law – A Subject in Search of an Audience’, *The Modern Law Review* 1990 (53), p. 10 e.v., J.H. Nieuwenhuis, ‘De Constitutie van het burgerlijk recht’, *RMTh* 2000, p. 203 e.v. en J.M. Smits e.a., *Constitutionalisering van het vermogensrecht*, Preadvies NVvR, Deventer: Kluwer 2003.

brengen zoals Model Laws (ook van de VN overigens en wel van UNCITRAL) en Principles zoals die van Unidroit en de Commissie Lando. Te denken valt tevens aan nog minder verstrekkende harmonisatiewerken die neerkomen op case studies naar harmonisatiemogelijkheden zoals aan de orde bij 'the Common Core of European Private Law Project' (CCEPL).²³ Ook 'the Common Frame of References', die voor het privaatrecht ontwikkeld wordt onder de vlag van de Europese Commissie, verdient hier uiteraard vermelding.²⁴ Hoe bekend dit alles ook moge zijn, het duidt er wel op dat men de Europese Unie onrecht doet als men haar eenzijdig in verband brengt met de verstoring van de rechtseenheid. De rechtseenheid naar plaats wordt wel degelijk ook door de Europese Unie bevorderd, zij het dat die intrinsiek rechtseenheid verstorend uitpakt door de verbrokkelde aanpak, waarover ook Bezemer in deze bundel en verder nr. 6-7 hieronder.

Binnen ons land verschilt het recht tot op zekere hoogte ook van plaats tot plaats in die zin dat er forse verschillen zijn in expliciet of impliciet gehanteerde rechtsnormen tussen de gerechten onderling. Dit 'regionaal recht'²⁵ ontwikkelt zich grotendeels binnen de ruimte van wet, verdrag en hogere rechtspraak, maar soms ook daarbuiten. Dit type rechtsoneenheid vertoont overlap met de rechtsoneenheid naar bron en de receptuur voor de bestrijding hiervan sluit dan ook aan bij een deel van de eerder voor de rechtsoneenheid naar bron in kaart gebrachte receptuur. Een enkel nader woord over de taak van de Hoge Raad in dit verband mag hier niet ontbreken, ook al zal die taak voor vele lezers geen terra incognita zijn.

Het is met name de Hoge Raad, die binnen ons land als cassatierechter de rechtseenheid naar plaats heeft te bewaken, dit zelfs op grond van een uitdrukkelijke wettelijke opdracht (art. 81 RO). De Hoge Raad ervaart bij de uitoefening van die taak echter wel forse handicaps. De belangrijkste handicap vormt art. 79 RO, dat cassatie slechts mogelijk maakt wegens schending van het recht of verzuim van vormen waarbij het met name gaat om motiveringsgebreken. De controle in cassatie is dus beperkt. Nu zou men kunnen menen dat de Hoge Raad de rechtseenheid toch voldoende kan waarborgen omdat hij met het recht strijdige uitspraken kan casseren, maar dat is niet het geval. Met name bij de toepassing en invulling van vage normen en kwantiteiten zoals smartengeld en alimentatie, blijft er veel ruimte voor rechtsoneenheid

23 Een recent voorbeeld van deze CEPL-studies vindt men in Eva-Maria Kieninger (ed.), *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2004.

24 Waarover bijv. M.W. Hesselink, 'Naar een coherenter Europees contractenrecht?', *NJB* 2003, p. 2086 e.v.

25 Met name het verschijnsel van fors uiteenlopend regionaal procesrecht sprong de afgelopen decennia in het oog, waarover bijv. W.D.H. Asser in zijn conclusie voor HR 10 september 1993, *NJ* 1994, 507 m.nt. HJS; Snijders, Ynzonides en Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2002, nr. 26 en Teuben, a.w., p. 87 e.v.

bij de lagere rechter over.²⁶ Die rechtseenheid ziet dan niet op expliciet verschillende opvattingen over objectief recht van de lagere rechters maar wel op impliciet verschillende opvattingen daarover, die weer leiden tot rechtsongelijkheid in de zin van verschillende subjectieve rechten. Bovendien zijn er nog andere handicaps, die de bewaking van de eenheid van het recht in objectieve zin wel moeilijk maken. Ik noem er enkele. In een deel van de zaken is cassatieberoep in het geheel niet toegelaten, zoals bijvoorbeeld in art. 7:685 BW-zaken. Slechts een fractie van de cassabele uitspraken van de hoogste feitelijke rechter wordt aan de Hoge Raad voorgelegd. Het onderzoek van de Hoge Raad speelt zich af binnen de grenzen van de cassatiemiddelen en de feitelijke grondslag daarvoor mag alleen worden gezocht in de bestreden uitspraak en de overige stukken van het geding, aldus, kort gezegd, art. 419 Rv.

Rechtseenheid naar plaats is evenals eerder gesignaleerde soorten van rechtseenheid schadelijk uit het oogpunt van kenbaarheid en hanteerbaarheid van recht en geeft aldus ook rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid. Wel laat zich vaststellen dat die gezichtspunten zich op internationaal niveau minder navrant doen voelen dan op nationaal niveau. Tenslotte is Nederland nog een zelfstandige natie en heeft het ook een eigen geschreven nationaal recht.

Op internationaal niveau zal de ingeslagen weg tot het bereiken van meer rechtseenheid vervolgd dienen te worden en dat gebeurt ook. Zoals de bijdragen van Janssen, Bezemer, Polak en Bomhoff, Zippro, Van Esch, Sütő en Van Gorkom Meeuwsen in deze bundel illustreren, levert de inpassing van transnationaal recht nogal wat problemen op. Voorzover het gaat om uitleg zal deze omwille van de rechtseenheid autonoom dienen te geschieden. Dat gebeurt dan ook wel op het niveau van de supranationale colleges, maar tussen de (hoogste) nationale colleges onderling zijn er nogal wat verschillen, niet in de laatste plaats vermoedelijk omdat buitenlandse rechtspraak in het algemeen veel minder goed toegankelijk is dan Nederlandse. Supranationale colleges als het Europese Hof van Justitie en het Europese Hof voor de rechten van de Mens lossen dit probleem niet helemaal op. Ook al leveren zij door figuren als prejudiciële beslissingen resp. klachtprocedures met sanctiemogelijkheden een belangrijke bijdrage aan de waarborging van de rechtseenheid, zij zijn geen beroepsrechters (nog daargelaten dat zelfs een beroepsrechter, zoals reeds besproken, bij het uitoefenen van de rechtseenheidsfunctie handicaps kan ontmoeten).

Op nationaal niveau blijft hier een essentiële taak weggelegd voor de Hoge Raad. De Hoge Raad bevordert de rechtseenheid tegenwoordig al meer dan vroeger, met name door strengere motiveringseisen te stellen aan zogenaamde 'gemengde' beslissingen (beslissingen die niet als zuivere rechtsbeslissingen vallen aan te merken maar ook niet als zuiver feitelijke beslissingen), waarbij het vooral gaat om invulling en toepassing van vage normen in het licht van

26 Zie nader Teuben, a.w., p. 64.

de feitelijke omstandigheden van betrokken geval. De Commissie Asser²⁷ bepleit dat de Hoge Raad nog beter en meer gestructureerd inzet (ook) ‘op rechtsontwikkeling en rechtseenheid’, hetgeen hij binnen bepaalde randvoorwaarden – zoals met name het handhaven van de rechtsbeschermingsfunctie en het blijven dienen van de procespartijen die de cassatieprocedure voeren – wellicht inderdaad zou kunnen doen, al leent dit artikel zich niet voor uitwerking van deze gedachte.²⁸ Verder noem ik andermaal het verschijnsel van de rechterlijke samenwerking dat door collectieve rechtersregelingen op landelijk niveau veel rechtsoneenheid kan wegnemen.

6 RECHTSEENHEID NAAR ONDERWERP (RECHTSGEBIED)

Het is de rechtseenheid naar onderwerp (rechtsgebied) die de centrale aandacht kreeg in de klassieke studie van Bloembergen waarmee deze bijdrage aanving.²⁹ Wij hebben inmiddels al gezien dat de rechtseenheid ook in vele andere opzichten de aandacht vraagt. Intussen blijft de rechtseenheid naar rechtsgebied natuurlijk eveneens van groot gewicht. Met name bij oneenheid van begrippen en van systeem komen de rechtszekerheid, de kenbaarheid en de hanteerbaarheid van het recht weer in gevaar.³⁰ Ongelegitimeerde differentiatie van rechtsnormen en –beginselen kan tevens leiden tot ongerechtvaardigde ongelijkheid van rechten in subjectieve zin.

Vastgesteld moet worden dat de rechtseenheid naar land op gespannen voet staat met die naar onderwerp, althans in de praktijk. Theoretisch kan men zich voorstellen dat pogingen tot harmonisatie van recht tegelijkertijd intern en extern rechtsvergelijkend georiënteerd zijn. De praktijk leert dat men dit te hoog gegrepen acht, zodat een keuze wordt gemaakt. Het duidelijkst komt dit verschijnsel misschien tot uitdrukking in het burgerlijk procesrecht. Sommigen hebben zich beijverd voor de harmonisatie van het burgerlijk procesrecht ten opzichte van het bestuursprocesrecht.³¹ Anderen hebben zich juist meer beijverd voor harmonisatie van het burgerlijk procesrecht van land

27 W.D.H. Asser, H.A. Groen en J.B.M. Vranken, *Een nieuwe balans: Interim-rapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag 2003, p. 212.

28 Waaroever nader H.J. Snijders, *NJB* 2003, p. 1706 onder aanhaling van andere bronnen.

29 Zie eerder bijv. J.M. Polak, *De eenheid van het recht. Enkele beschouwingen over specialisatie in de rechtswetenschap*, Inaugurale rede Wageningen, Zwolle: Tjeenk Willink 1958 en later bijv. C.J. van Zeben e.a. (waaronder Bloembergen), *Eenheid van recht. Studiedag J.M. Polak*, Deventer: Kluwer 1988.

30 Zie ook Bloembergen t.a.p., p. 18 e.v. en 49 e.v.

31 Zie bijv. J.B.M. Vranken en A.F.M. Brenninkmeijer, ‘Harmonisatie van burgerlijk procesrecht en bestuursprocesrecht’, in: ‘De overheid in het privaatrecht’, *WPNR* 1992 (6074), p. 1003 e.v.

tot land.³² Een serieuze combinatie van beide invalshoeken in een en hetzelfde project treft men op de keper beschouwd niet aan.

Zo lang wij hechten aan nationale rechtssystemen, zal dunk mij de rechts-eenheid tussen de rechtsgebieden prioriteit genieten boven die van land tot land. De betekenis van schotten tussen rechtsgebieden binnen ons land is betrekkelijk. De enkele omstandigheid dat een bepaalde vraag zich laat duiden als een vraag van privaatrecht, bestuursrecht of strafrecht, legitimeert geenszins een onderscheid in die zin dat naar gelang het rechtsgebied van die vraag termen met verschillende betekenissen zouden kunnen worden gebruikt en de normen en beginselen zonder meer zouden verschillen. Hetzelfde geldt voor het onderscheid tussen materieel en formeel (burgerlijk) recht. Differentiatie vraagt om legitimatie, ook hier.³³ Voor dit type rechtseenheid geldt eveneens dat beschadiging ervan de rechtszekerheid, de kenbaarheid en de hanteerbaarheid van het recht in gevaar brengen.

Toch is er nog steeds grote rechtsoneenheid tussen de respectieve rechtsgebieden. Dat geldt met name voor verschillen in begrippen. Binnen het nationale recht valt bijvoorbeeld te denken aan in het oog springende begrippen als overmacht, dienstbetrekking of arbeidsovereenkomst, onrechtmatige daad, schenking, beschikking, openbare orde en verkeersopvatting. Op rechtsnormniveau valt nationaal bijvoorbeeld te denken aan de verschillen voor ontvankelijkheid van collectiviteitsacties tussen de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State en de Hoge Raad, die ongewenste gevolgen lijken te hebben in die zin dat de Hoge Raad als 'restrechter' veel meer ruimte biedt aan collectiviteitsacties dan de genoemde bestuursrechter.³⁴

Versillen in rechtssystemen en ook in rechtsbeginselen tussen rechtsgebieden laten zich veelal wel legitimeren, maar verschillen in rechtsbegrippen niet. Ook daar waar normen en beginselen verschillen, blijft het van belang om eenheid van begrippen – gelijkheid of althans coherentie – na te streven. Het is ook niet voor niets dat Bloembergen zich in zijn genoemde klassieke studie juist concentreert op de behoefte aan eenheid van begrippen. Hoe ligt dat nu ten aanzien van verschillen in rechtssystematiek?

De rechtsoneenheid door verschillen in rechtssystematiek van de onderscheiden rechtsgebieden is reeds vanuit theoretisch perspectief soms te verkiezen. Men denke aan het legaliteitsbeginsel in het straf- en belastingrecht, dat

32 Zie m.n. M. Storme (ed.), *Procedural Laws in Europe. Towards harmonisation*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 2003.

33 Zie voor de verhouding tussen privaatrecht en bestuursrecht bijv. de genoemde studie van Bloembergen en de eveneens al genoemde bundel 'Eenheid van recht'. De verhouding tussen burgerlijk procesrecht en het gemene burgerlijk recht heb ik in dit opzicht uitgewerkt in 'Op de grens van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht', afscheidsrede Rotterdam, Arnhem: Gouda Quint, Deventer: Kluwer en Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.

34 Vgl. HR 3 september 2004, *RvdW* 2004, 102. In mijn een dezer maanden te publiceren NJ-noot hoop ik te demonstreren dat zich hier een opmerkelijke anomalie voordoet, die vraagt om ingrijpen door de wetgever.

in het burgerlijk recht niet te handhaven valt. Vanuit praktisch perspectief is rechtsoneenheid qua rechtssystematiek in dit opzicht soms zelfs onvermijdelijk. De codificatiegedachte staat in het relatief jonge bestuursrecht nog in de kinderschoenen en men mag daar dan ook niet de codificatie-eisen aan stellen, die ons huidig BW kent, hoe zeer de Algemene wet bestuursrecht ook in de richting gaat van hetgeen ons BW aan systematische kenmerken heeft. Op een iets lager systematisch niveau doen zich die theoretische en praktische bezwaren niet of minder voelen. Toch ziet men ook op dat lagere niveau zoals dat van de onderwerpen binnen het vermogensrecht, rechtsoneenheid door verschillen in rechtssystematiek, die niet aanvaardbaar althans niet wenselijk voorkomt.

Huijgen noemt in zijn bijdrage bijvoorbeeld de figuur van de economische eigendom, die niet in boek 3 of boek 5 BW maar in art. 7:808 BW, namelijk als onderdeel van de nieuwe regeling voor de personenvennootschappen, geregeld zou worden, als het aan de regering ligt. Zie nader hierover Huijgen in deze bundel.

Een ander voorbeeld van dit type rechtseenheid vormt de regelgeving met betrekking tot elektronische rechtshandelingen, die deels in boek 3 BW is ondergebracht en deels in boek 6 BW. Waarom met name is de elektronische handtekening geregeld in boek 3 in de afdeling 'Elektronisch vermogensrechtelijke rechtsverkeer' (afdeling 3.1.1, art. 3:15a e.v. BW), de principiële vormvrijheid voor alle mogelijke rechtshandelingen in titel 2 van hetzelfde boek (art. 3:37 lid 1 BW) en de mogelijkheid van elektronische totstandkoming van een overeenkomst in het geval de wet de eis van een geschrift stelt, in boek 6 (art. 6:227a BW)? Waarom zouden wij voor eenzijdige rechtshandelingen zoals een opzegging strengere vormeisen stellen dan voor overeenkomsten? Waarom de opzegging van een overeenkomst niet elektronisch toe te laten maar het sluiten van de (op te zeggen) overeenkomst zelf wel? Waarom dan – zojuist ging het ook om een verschil in rechtsnormen, nu nog slechts om een verschil in systeem – de regeling niet onder te brengen in afdeling 3.1.1 over elektronisch vermogensrechtelijk rechtsverkeer in het algemeen of althans in titel 3.2 over rechtshandelingen? De Minister van justitie geeft op deze vragen een antwoord in de Eerste Kamer ter gelegenheid van de behandeling van het wetsvoorstel tot implementatie van de Richtlijn elektronische handel³⁵ (want daar gaat het inderdaad om):³⁶

'Uitgangspunt is op grond van de Aanwijzingen voor de regelgeving (nr. 337) dat een wetsvoorstel ter implementatie van een richtlijn alleen regels bevat die noodzakelijk zijn om de richtlijn uit te voeren. Hierdoor wordt voorkomen dat vertraging optreedt door bepalingen die niet tot het uitvoeren van de richtlijn behoren. De onderhavige richtlijn regelt slechts de juridische gelijkstelling van de elektronische

35 Richtlijn 2000/31 d.d. 8 juni 2000, *PbEG* L 178/1.

36 *Kamerstukken I* 2003/04, 28 197, C, MvA I, p. 6.

vorm met een geschrift op het niveau van de (verbintenisscheppende) overeenkomst (in art. 9; HJS). Vandaar dat bij de implementatie nog niet alle rechtshandelingen die verband houden met elektronische gesloten overeenkomsten mee zijn genomen. Het gevolg daarvan is dat voor andere rechtshandelingen dan (verbintenisscheppende) overeenkomsten vooralsnog aan de hand van de bestaande bepalingen zal moeten worden gezien of en onder welke voorwaarden de desbetreffende rechtshandeling ook langs elektronische weg rechtsgeldig kan worden verricht. Het enkele feit dat in de wet het woord «schriftelijk» of een daarvan afgeleid woord is gebruikt, behoeft daaraan overigens niet steeds in de weg te staan. Zoals eerder aangekondigd is het de bedoeling om het privaatrecht op termijn zoveel mogelijk geschikt te doen zijn voor het elektronisch rechtsverkeer. Daartoe zal worden overgegaan wanneer met de in dit voorstel opgenomen bepalingen, alsmede met recentelijk totstandgekomen wetgeving op dit terrein enige ervaring is opgedaan, zodat die ervaringen bij het ontwikkelen van eventuele verdere wetgeving kunnen worden meegenomen.'

Het antwoord is duidelijk, maar is het ook overtuigend, nog daargelaten dat aanwijzingen voor de regelgeving niet het eeuwige leven hoeven te hebben? Waarom zou de minister niet eerder een wetsvoorstel hebben kunnen indienen ter voorziening in elektronische rechtshandelingen, zodat de vertraging waarvan de minister spreekt, zich niet voordoet? Is het wel zo waarschijnlijk dat een uitbreiding van het wetsvoorstel tot in beginsel alle rechtshandelingen van boek 3 BW vertraging zou hebben opgeleverd? Het omgekeerde risico – vertraging door beperking tot het EU-rechtelijk gezien hoogst noodzakelijke – kan ook vragen oproepen en heeft ook vragen opgeroepen vanuit het parlement zoals bovenstaand citaat illustreert. Hoe intussen rechtens te legitimeren, dat er vooralsnog en misschien wel tot in lengte van jaren een schisma bestaat tussen overeenkomsten en andere rechtshandelingen?

Dit voorbeeld vormt een eerste illustratie van de stelling dat EU-richtlijnen bepaald niet steeds een positief effect hebben op de rechtseenheid naar onderwerp. De geciteerde aanwijzing voor de regelgeving heeft – zo kan men stellen – zelfs een structureel negatief effect op de rechtseenheid naar onderwerp nu deze er in voorziet dat slechts voor het in de richtlijn genoemde onderwerp een nationale regeling wordt aanvaard en daarbuiten niet, dit ongeacht de vraag hoe een en ander zich verhoudt tot de bestaande nationale systematiek (die er hier op neerkomt dat men regels die zich lenen voor toepassing op rechtshandelingen in het algemeen opneemt in titel 3.2 BW en regels die slechts geschikt zijn voor (verbintenisscheppende) overeenkomsten in titel 6.5 BW).

Het volgende voorbeeld illustreert echter dat de minister de betrokken aanwijzing niet steeds als richtinggevend ervaart. Tegelijkertijd illustreert het helaas toch wel een forse beschadiging van de rechtseenheid naar onderwerp. Ik doel hier op het oorspronkelijke wetsvoorstel en ook het thans voorliggende wetsvoorstel tot implementatie van de Richtlijn betreffende financiële zeker-

heidsovereenkomsten.³⁷ Over dit wetsvoorstel is al veel en kritisch gesproken en geschreven.³⁸ Een bepaald belangrijk deel van het debat is gewijd aan de problematiek van de inpassing in het Nederlands BW. Dit is niet verbazingwekkend. Opmerkelijk zijn wel de gedane keuzen. Het lijkt goed hier wat langer bij stil te staan.

Bij deze analyse staat uiteraard voorop dat de Nederlandse wetgever verplicht is tot implementatie van een richtlijn, dit ook voorzover nationaal recht hiervoor zou moeten wijken. Voorop kan ook staan respect voor de keuze van de wetgever om EU-regelgeving zo veel mogelijk in en niet naast het BW te implementeren. Respect past tevens voor de grondige aanpak van de kritiek door de Eerste Kamer en de Regering.³⁹ Toch blijft het de vraag – en daar beperk ik mij verder toe – of het oorspronkelijk wetsvoorstel en met name ook het uiteindelijke wetsvoorstel, dat in essentie slechts qua toepasselijke personen afwijkt van het oorspronkelijke wetsvoorstel, dat een veel ruimere actieradius kende dan de EG-richtlijn eist, waarover meer in nr. 7, wel beantwoordt aan de meest elementaire eisen van rechtseenheid naar rechtsgebied. Ik licht er enkele punten uit zonder overigens de illusie te hebben dat de wetgever hier op korte termijn wat mee doet: de Handelingen I ten aan zien van het oorspronkelijk wetsvoorstel waren nauwelijks gedrukt of de minister diende al weer een nieuw wetsvoorstel in, dat als gezegd in essentie alleen de actieradius van de regeling beperkt en dit wetsvoorstel lijkt thans met bekwame spoed door het parlement geloodst te worden. Het gaat thans slechts om principiële en illustratieve beschouwingen over de problematiek van de rechtseenheid naar onderwerp. Daarbij gaat het niet om een visie van een van die 'hoogleraren die, verblind door de schoonheid van het BW, menen dat hier weinig in ingepast kan worden' en zich beijveren voor 'juridische monumentenzorg'.⁴⁰ Het gaat niet om de schoonheid maar om het belang van ons BW, een codificatie die er mag zijn en die het verdient zo veel als mogelijk is – niet

37 WV 28 874, *Kamerstukken II* 2002/03, nr. 2, *Kamerstukken I* 2003/04, A, ter uitvoering van Richtlijn 2002/47/EG, zoals verworpen door de Eerste Kamer op 8 maart 2005 (Hand. EK 18-782) resp. WV 30 138, *Kamerstukken II* 2004/05, nr. 2, dat ten tijde van de kopijdatum voor deze bijdrage al weer de schriftelijke behandeling van de Tweede Kamer achter de rug heeft.

38 Enige recente (overwegend kritische) literatuur: T.R.M.P. Keijser, *NTBR* 2003, p. 432 e.v. en *WPNR* 2004 (6592), p. 761 e.v. benevens R. Westrik, *WPNR* 2004 (6592) p. 771 e.v. met een reactie op beide genoemde *WPNR*-artikelen van J.H.M. van Erp, *WPNR* 2004 (6601), p. 967 e.v. en een naschrift van R. Westrik, t.a.p., p. 971-972, gevolgd door een reactie op de genoemde bijdrage van Van Erp door J. Meulman in *WPNR* 2005 (6615), p. 248 e.v. met een naschrift van Van Erp in *WPNR* 2005 (6615), p. 252 e.v.; J.H.M. van Erp, *NTBR* 2004, p. 533 e.v., i.h.b. p. 540 e.v.; L.F.A. Steffens, *Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht* 2005, p. 56 e.v.; H.J. Snijders, *NTBR* 2005, p. 91 (een redactioneel dat hier grotendeels is geïmplementeerd); L.J. Silverentand, *Bb* 2005, p. 78 e.v.; L.P.W. van Vliet, *NTBR* 2005, p. 190 e.v.; F.M.J. Verstijlen, *Ondernemingsrecht* 2005, p. 68 e.v. Zie ook het verslag van de VvBR-vergadering over dit onderwerp van C.W.M. Lieverse en L.F. Wiggers-Rust, *NTBR* 2005/2.

39 Nader VV I, Nadere MvA I en EV I, *Kamerstukken I* 2004/05, 28 874, D-F.

40 Hand. EK 2004/05, 28 874, 17-768.

meer en niet minder – gerespecteerd te worden, wil zij nog functioneel kunnen zijn.

De wetsvoorstellen voorzien in een ‘overdracht’ van geld door girale overschrijving (art. 7:51). De term ‘overdracht’ past hiervoor echter niet in ons BW, nu het hierbij gaat om een overgang van een goed (vgl. art. 3:1, 80, 83-84 BW) en giraal geld is dat niet. Voor het rechtsgebied van de financiële zekerheidsovereenkomsten wordt aldus een term gebruikt, waarvan de betekenis niet spoort met die van de term bij andere rechtsgebieden en bij het algemeen vermogensrecht.

Verder wordt gesproken van de ‘financiële zekerheidsovereenkomst tot overdracht’ die strekt tot overdracht ‘als waarborg voor een verplichting’ (art. 7:51 sub b). Toch zou een dergelijke overdracht ‘geen overdracht tot zekerheid (...) in de zin van artikel 84 lid 3 van Boek 3’ zijn, aldus bepaalt het voorgestelde art. 7:55 BW. Deze kwalificatie is met Sogelease in het achterhoofd wel dikwijls maar niet altijd te rechtvaardigen; de wetgever gaat hier op de stoel zitten van de rechter, die bij uitstek geschikt is om feiten juridisch te kwalificeren. Bovendien, en daar gaat het nu om, wordt aldus het begrip overdracht tot zekerheid in twee verschillende betekenissen gebruikt, waardoor de rechts-eenheid naar rechtsgebied andermaal wordt aangetast: de betekenis voor het rechtsgebied van de financiële zekerheidsovereenkomsten wordt nu een andere dan die voor andere rechtsgebieden en die van het algemeen vermogensrecht.

Het meest belastend voor de rechtseenheid naar rechtsgebied is misschien wel de verstrekking van de ‘financiële zekerheidsovereenkomst tot vestiging van een pandrecht’ (art. 7:51 sub c): de ‘pandhouder’ krijgt zowel beschikkingsbevoegdheid (art. 7:53) – in de richtlijn zelf en in de parlementaire stukken spreekt men nota bene van een ‘gebruiksrecht’ – als toe-eigeningsbevoegdheid (art. 7:54). Alleen al door de introductie van dat ‘pandrecht met gebruiksrecht’ staat het wetsvoorstel voor het rechtsgebied der financiële zekerheidsovereenkomsten haaks op ons stelsel van goederenrechtelijke (zekerheids)rechten. Die inbreuk kunnen wij niet geheel vermijden. Wat wij wel kunnen vermijden is het wekken van de suggestie, zoals gedaan is van regeringszijde, dat de regeling van het wetsvoorstel in het algemeen goed zou gedijen ‘in het stelsel van het Nederlands vermogensrecht’⁴¹ en dat ‘het voor het pandrecht met gebruiksrecht voorgestelde stelsel eveneens goed in het systeem van het BW’ zou passen.⁴² Het argument dat de regering geeft – het ‘pandrecht met gebruiksrecht’ zou mooi passen tussen de werkelijke overdracht en de verpanding zonder ‘gebruiksrecht’ – strookt niet met de aan ons stelsel ten grondslag liggende gedachte dat er geen plaats is voor hybride vormen van eigendom en toebehoren. Nu het wetsvoorstel aldus twee min of meer nieuwe, zeer ingrijpende goederenrechtelijke rechten introduceert, is het bovendien onbegrijpelijk dat boek 3 BW hieromtrent geen enkele voorziening

41 Nadere MvA I, p. 21.

42 p. 22 t.a.p.

zal bevatten en dat met name geen poging gedaan wordt om die min of meer nieuwe figuren in ons geldende wetboek op in aanmerking komende plaatsen in titel 3.4 resp. 3.9 in te bedden. Het valt te hopen dat de wetgever bij soortgelijke implementatieproblemen in de toekomst royaal de niet-verenigbaarheid met het bestaande nationale recht onderkent en op de systematisch meest voor de hand liggende plaats het BW voorziet van uitzonderingsbepalingen, dit met gebruikmaking van onze BW-terminologie. Hij zou ook de regeling van de financiële zekerheidsovereenkomsten bij gelegenheid 'BW-fähig' kunnen maken.

Een wel heel onnodig voorbeeld van rechtsoneenheid naar onderwerp vormt de regeling van de overeenkomsten op afstand in afdeling 9A van titel 7.1, die uitsluitend op koop ziet, terwijl de overeenkomsten op afstand volgens art. 7:46a BW zowel op koop als op dienstverlening ziet. Waarom niet de koop op afstand in titel 7.1 behandelen en die inzake dienstverlening op afstand in titel 7.7, die over de opdracht gaat, waarbij voorzover mogelijk verwezen zou kunnen worden naar de regeling in afdeling 7.1.9A? De huidige systematiek van de regeling suggereert, gezien haar plaatsing, dat zij niet van toepassing zou zijn op dienstverleningscontracten en suggereert aldus een tweedeling van de overeenkomsten op afstand, die duidelijk niet beoogd wordt. Dat laatste moet de gebruiker van het BW dan maar uit zichzelf begrijpen. Gaat de wetgever zo voort dan ontstaat een voor de gebruiker onwerkbare situatie. Hij zal zich bij wijze van de routine de vraag moeten gaan stellen of een onderwerp waarvoor hij de toepasselijke regels zoekt, niet onder een andere vlag is geregeld dan degene waaronder het ressorteert.

De receptuur ter bestrijding van de rechtsoneenheid naar rechtsgebied verschilt naar gelang de oorzaak. Beginnend met de laatste oorzaak – die van de noodzaak van inpassing van een EU-richtlijn – zijn er weer de vier facetten die de aandacht vragen: begrippen, normen, beginselen en systeem.

Op het niveau van de begrippen laat zich als uitgangspunt formuleren dat implementatiewetgeving voor het BW de begrippen dient te hanteren van ons BW zelf in de betekenis die ons BW daaraan geeft dan wel voor ons BW nieuwe begrippen hoort te gebruiken. In het ergste geval kan men nog kiezen voor de aanduiding dat in een bepaalde regeling beoogd wordt het begrip X als bedoeld in richtlijn Y. Veelal zal men dan die nadere omlijning beter kunnen geven door een omschrijving van de betrokken elementen van de richtlijn. Zie in dat verband de bijdrage van Hebly. Het is hoogst ongelukkig gelet op de geschetste nadelen van rechtsoneenheid naar rechtsgebied, als exact dezelfde begrippen in ons BW verschillende betekenissen hebben en men dient dit daarom te vermijden. Anders en naar mijn mening dus geheel onnodig de minister bij zijn verdediging van het oorspronkelijk wetsvoorstel voor financiële zekerheidsovereenkomsten.⁴³ Coherentie is hier zeer aanbevolen. Zo kan men in plaats van een kunstmatige referte aan de overdracht van geld spreken van een overschrijving van geld, zo kan men beter stellen dat de

43 Hand. I, EK 2004/05, 28 874, 17-760.

betrokken overdracht wel degelijk een overdracht tot zekerheid is in de zin van art. 3:84 lid 4 BW, maar dat deze bij wijze van uitzondering toelaatbaar wordt geacht. Het is vervolgens natuurlijk wel de vraag of men er goed aan blijft doen de ene na de andere uitzondering op het verbod van de fiduciaire overdracht te erkennen dan wel deze beter generaal kan gaan accepteren, dit met een uitvoerige regeling van de (publiciteits)eisen en rechtsgevolgen. Het is zoals met zoveel verschijnselen: als men het niet onderkent maar min of meer doodzwijgt, kan men het ook niet controleren.

Op het niveau van de rechtsnormen en -beginselen zal de wetgever consistent en waarachtig moeten zijn. Zo is het niet goed om te stellen dat de betrokken richtlijn 'slechts een bijzondere overeenkomst regelt', zoals de Minister bij herhaling heeft gedaan.⁴⁴ Zo is het bijvoorbeeld ook beter om een pandrecht met gebruiksrecht te regelen als uitzondering op de bestaande regels dan om te suggereren, zoals in casu als gezegd gebeurd is, dat het om een figuur gaat, die al genormeerd is. De legitimatie voor de uitzondering levert de EU-norm zelf op, met dien verstande dat de EU-norm aanleiding kan vormen om niet door het EU-recht bestreken nationaal recht in de geest van dat EU-recht te regelen. Zo zou het kunnen zijn dat men besluit tot een stelselwijziging waardoor een pandrecht met gebruiksrecht over de hele linie toelaatbaar wordt, daargelaten hoe men dat recht dan precies noemt.

De receptuur ter bestrijding van rechtsoneenheid in systematiek ligt voor de hand: men behoude de systematiek van het BW. Zoals zojuist geïllustreerd wordt, is dat nu ook weer niet zo moeilijk.

Verschillen tussen rechtgebieden binnen het nationale recht laten zich niet alleen door de wetgever maar ook door de rechtspraak aanpakken. Bij de rechtspraak zien wij op dit punt wel een aantal problemen. In de eerste plaats is de Hoge Raad nog steeds niet de enige hoogste rechter in Nederland en zal hij dat (gelet op de ijskaststatus van het rapport van de Staatscommissie Herziening Rechterlijke organisatie in dit opzicht) ook niet snel worden. In de tweede plaats kent ons land geen 'chambre plenaire' waarin de onderscheiden kamers van de Hoge Raad gezamenlijk rechtsgebied overschrijdende rechtsvragen oplossen. Tegelijkertijd zien wij wel dat hoogste rechters in Nederland op informele basis hun uitspraken enigszins op elkaar afstemmen, zoals de Hoge Raad en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Ook zien wij afstemming van uitspraken van de kamers van de Hoge Raad onderling bijvoorbeeld op het terrein van het procesrecht (te denken valt met name aan de rechtspraak over het verschoningsrecht) en het goederenrecht, waarover de bijdrage van Memelink.

44 Zie laatstelijk t.a.p., 17-759.

7 RECHTSEENHEID NAAR PERSONEN

Rechtsoneenheid kan ten slotte ook ontstaan doordat het recht verschilt naar gelang de personen waarvoor het geldt. Verschillen kunnen er zijn op grond van religie of etnische achtergrond, zoals in menig Aziatisch land. Verschillen kunnen er ook zijn tussen de respectieve handelsbranches en beroepsgroeperingen in en buiten ons land, die dikwijls op basis van zelfregulering door algemene voorwaarden en reglementen opereren. Verschillen kunnen voorts bestaan – en daar beperk ik mij toe – op grond van andere kwalificaties zoals bijvoorbeeld de hoedanigheid van consument, kleine onderneming, structuurvennootschap, tuinder of financiële instelling.

Het maken van onderscheid tussen soorten personen, dat zich laat beschouwen als een onderkenning van ongelijkheid en het daarom ongelijk behandelen van ongelijke gevallen, is zo oud als de wereld. Reeds Aristoteles meende dat bij schaarste van fluiten, de beste fluit moest toekomen aan de beste fluitspeler en met name niet aan de vermogendste of aanzienlijkste beoefenaar van het fluitspel.⁴⁵ Ook hier geldt dat differentiatie om legitimatie vraagt, omdat anders ongelijkheid in subjectieve rechten ontstaat. Ook hier geldt, althans bij veelvuldige of grootschalige verschillen van recht naar personen, dat de rechtszekerheid, de kenbaarheid en de hanteerbaarheid van het recht in gevaar komen. Enkele beschouwingen over dit soort rechtsoneenheid mogen dus niet ontbreken. Wel blijven deze kort, nu de rechtseenheid naar personen sterk verwant is aan die van de rechtsoneenheid naar rechtsgebied. Het is niet voor niets dat men bijvoorbeeld spreekt van het rechtsgebied consumentenrecht, ook al gaat het hier primair niet om recht voor een bepaald onderwerp maar om recht voor bepaalde personen.

Eenvoudige, kleinschalige verschillen in recht naar gelang de personen waarvoor het geldt, lijken niet zo problematisch als deze althans gelegitimeerd kunnen worden. Men neme een simpele publiekrechtelijke voorziening als die van de Regeling vrijstelling van de heffingen Meststoffenwet voor kleine bedrijven, tuinbouwbedrijven en tuincentra,⁴⁶ die in artikel 2 (inderdaad) bedrijven van meststoffenheffing vrijstelt

‘die in het betreffende kalenderjaar voldoen aan elk van de volgende voorwaarden:

- a. de gemiddelde veebezetting is niet groter dan drie grootvee-eenheden;
- b. de gemiddeld tot het bedrijf behorende oppervlakte landbouwgrond is niet groter dan drie hectare;
- c. er worden geen dierlijke en overige organische meststoffen aangevoerd.’

Heel anders wordt het als voor een bepaalde groep van personen in substantieel afwijkend recht wordt voorzien. Dit is het geval bij het in nr. 6 behandelde

45 Aristoteles, *The Politics*, Cambridge: Cambridge University Press 1988, p. 68 e.v.

46 12 januari 1999, *Stcrt.* 1999, 9.

(oorspronkelijke en thans voorliggende) wetsvoorstel tot implementatie van de Richtlijn betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten. Het thans voorliggende wetsvoorstel beschrijft in het beoogde nieuwe art. 7:52 BW het toepassingsgebied naar gelang van de aard van de betrokken personen als volgt:

Artikel 52

1. Deze titel is van toepassing op financiëlezekerheidsovereenkomsten waarbij ten minste een van de partijen is:

a. een overheidsinstantie, met inbegrip van:

– instellingen behorend tot de overheidssector van de lidstaten van de Europese Unie die belast zijn met of een rol spelen bij het beheer van de overheidsschuld en;

– instellingen behorend tot de overheidssector van de lidstaten van de Europese Unie die zijn gemachtigd om voor klanten rekeningen aan te houden.

b. een centrale bank, de Europese Centrale Bank, de Bank voor Internationale Betalingen, een multilaterale ontwikkelingsbank, het Internationaal Monetair Fonds en de Europese Investeringsbank.

c. een financiële instelling onder financieel toezicht, met inbegrip van:

– een kredietinstelling als bedoeld in artikel 1, eerste lid, onderdeel a, van de Wet toezicht kredietwezen 1992;

– een financiële instelling als bedoeld in artikel 1, eerste lid, onderdeel c, van de Wet toezicht kredietwezen 1992;

– een effecteninstelling als bedoeld in artikel 1, onderdeel d, van de Wet toezicht effectenverkeer 1995;

– een verzekeraar als bedoeld in artikel 1, onderdeel h, van de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993;

– een beleggingsinstelling als bedoeld in artikel 1, onderdeel c, van de Wet toezicht beleggingsinstellingen;

– een beheerder als bedoeld in artikel 1, onderdeel e, van de Wet toezicht beleggingsinstellingen.

d. een centrale tegenpartij, een afwikkelende instantie of een verrekeningsinstituut als bedoeld in artikel 212a, onderdeel c, d en e, van de Faillissementswet, inclusief onder het nationale recht van de lidstaten van de Europese Unie vallende gereguleerde instellingen die actief zijn op de markten voor rechten op overdracht op termijn van goederen, opties en derivaten, en een andere dan een natuurlijke persoon die optreedt als trustee of in een vertegenwoordigende hoedanigheid namens een of meer personen waaronder enigerlei obligatiehouders of houders van andere schuldinstrumenten of enige instelling als omschreven in onderdeel a, b, c of dit onderdeel.

2. Deze titel is niet van toepassing indien een van de partijen bij een financiëlezekerheidsovereenkomst een natuurlijke persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf.

Het oorspronkelijk wetsvoorstel had een veel ruimere actieradius en kende alleen de uitsluiting als zojuist geciteerd in het thans voorgestelde tweede lid

van art. 7:52. Het thans voorgestelde eerste lid beoogt de door de Eerste Kamer opgeworpen hete angel uit het wetsvoorstel weg te nemen. Wat er inhoudelijk van deze beperking zij,⁴⁷ duidelijk is dat de nieuwe regeling enorm gedetailleerd differentieert. Dat maakt het recht er in ieder geval niet hanteerbaarder op. Gemakshalve veronderstellende dat een dergelijke omschrijving van – grofweg – gecontroleerde financiële instellingen – de omschrijving in het eerste lid sub d slikken wij dan maar even manmoedig weg – op zichzelf door de beugel kan, blijft nog een levensgroot probleem staan. Zoals sub 6 bleek, voorziet deze regeling in een op tal van fronten sterk afwijkend goederenrecht, dat gekenmerkt wordt door speciale concepten en bepalingen voor onder meer overdracht en pand. Zou men de ongelijkheid nog kunnen rechtvaardigen door de Europese Unie hier als Aristoteles op te voeren, de rechtszekerheid, kenbaarheid en hanteerbaarheid van het recht komen bij dit soort recht wel enorm op de tocht te staan. Men kan tegenwerpen dat het hier toch gaat om recht voor een beperkte groep spelers op de markt, die goed uit de voeten zullen kunnen met de regeling, maar waar leiden dit soort operaties toe als per sector steeds meer afwijkend recht komt, niet alleen qua rechtsnormen en -beginselen maar ook qua begrippen en systematiek, zoals sub 6 werd geïllustreerd?

Een wel heel veelzeggend voorbeeld van dit soort rechtsoneenheid biedt Huijgen in deze bundel. In navolging van Van Velten onderscheidt hij naar huidig BW maar liefst zes soorten kopers. Verhogen onderscheidingen van dit type inderdaad het rechtvaardigheidsgehalte van het recht of leidt toepassing van een dergelijke fijnmazige ‘suum-cuique’-benadering uiteindelijk tot anarchie en onrecht?

Al met al noopt deze problematiek ertoe nog eens de juistheid van het in nr. 1 ingenomen uitgangspunt te bevestigen dat voor overeenkomsten tussen ondernemingen en rechtspersonen enerzijds en consumenten anderzijds (kortweg wel aangeduid als ‘B(usiness) to C(onsumer)-transacties’) in beginsel hetzelfde vermogensrecht geldt als tussen ondernemingen (‘B2B’) of tussen consumenten (‘C2C’) onderling. Ik refereer voor het overige hier aan mijn kanttekeningen in nr. 1 bij het werk van Van Boom. Afwijkend consumentenvermogensrecht vraagt niet slechts om een rechtvaardiging – die laat zich in het algemeen naar huidige rechtsopvattingen gemakkelijk geven – maar ook om een goede systematiek. Uit systematisch oogpunt zou het niet goed zijn het consumentenrecht in een afzonderlijk wetboek onder te brengen, zoals het ook niet goed zou zijn een afzonderlijk wetboek voor burgerlijk recht of meer in het bijzonder vermogensrecht te ontwerpen voor het rechtsverkeer tussen structuurvennootschappen of voor het rechtsverkeer met de overheid dan wel tussen overheden onderling. Inbedding in het bestaande wetboek op de inhoudelijk meest in aanmerking komende plaatsen dwingt de wetgever

47 Vgl. hiervoor het debat in de Eerste Kamer over het oorspronkelijk wetsvoorstel, Hand. I, EK 2004/05, 28 874, 17-749 e.v.

ertoe zijn afwijkingen te legitimeren en dat reeds is een voldoende reden om ons vermogensrecht bij elkaar te willen houden. Iets anders is dat op een bepaald detailleringsniveau wel aanleiding kan bestaan voor een tweedeling. Ik verwijs naar de bijdrage van Hijma, die pleit voor specifieke regels voor de consumentenkoop na de algemene regeling van de koop in titel 7.1.

In de zorg voor het bedienen van bepaalde personen verstrikt de wetgever zich trouwens ook nog wel eens en dat zal steeds meer voorkomen naar gelang er meer persoonsgebonden recht ontstaat. Illustratief is art. 3:310 lid 4 BW, dat het slachtoffer van schade door letsel of overlijden een gunstiger en tot op zekere hoogte kortere verjaringstermijn beoogt te bieden dan in het algemeen voor schadevergoedingsaanspraken is geregeld in art. 3:310 lid 1 BW. Deels biedt deze bepaling nu juist een ongunstiger termijn door deze anders dan lid 1 in te laten gaan niet alleen op het moment dat de benadeelde bekend is met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon maar ook op het moment dat hij daarmee redelijkerwijs bekend had kunnen zijn.⁴⁸ De wetgever heeft inmiddels zijn omissie ingezien, maar de hiertoe strekkende wetswijziging⁴⁹ is op de kopijdatum van deze bijdrage nog niet in werking getreden. Iets vergelijkbaars doet zich voor bij art. 7:22 lid 4 BW, waarover Hijma in deze bundel.

Voor de bestrijding van de rechtsoneenheid naar personen verwijs ik voor het overige m.m. naar nr. 6 hierboven.

8 CONCLUSIE

Rechtseenheid blijkt in tal van opzichten ver te zoeken. Rechtsoneenheid blijkt te bestaan in vele facetten en soorten. Rechtsoneenheid naar tijd is in het algemeen niet zorgwekkend, rechtsoneenheid van land tot land is vooralsnog en vermoedelijk tot in lengte van jaren tot op zekere hoogte onvermijdelijk en ook niet onaanvaardbaar. De rechtsoneenheid naar bron, die naar plaats binnen onze natie, naar rechtsgebied en die naar personen geven meer redenen tot zorg. Bestrijding ervan blijkt een analyse te vragen van de soort rechtseenheid die geschaad wordt en van de facetten van rechtseenheid (begrippen, normen, beginselen en systeem) die hierbij aan de orde zijn. Zo worden bestrijdingsmiddelen op maat gesneden en dat is hierboven ook gebeurd.

Transnationaal recht, zoals dat van de Europese Unie, heeft uit het oogpunt van het belang der rechtseenheid een positieve en een negatieve kant: het bevordert de rechtseenheid van natie tot natie, maar verstoort tegelijkertijd de eenheid binnen het nationale recht. In het bijzonder bij de implementatie van EU-richtlijnen worden brokken gemaakt, ook brokken die EU-rechtelijk

48 Ik werkte dit probleem o.m. uit in 'Nova en monstra op het gebied van de bevrijdende verjaring', *NTBR* 2004, p. 1.

49 Wet van 23 juni 2005, *Stb.* 340.

bezien onnodig zijn, nu die implementatie in de regel best begrips- en systeem-coherent kan geschieden. Aldus zou men met implementatie van EU-richtlijnen geen paard van Troje hoeven binnen te halen, zoals sommigen vrezen.⁵⁰ Niet alleen de wetgever maar ook de doctrine zou zich de wijze van implementatie van Europees recht meer dienen aan te trekken.

Al met al is er veel werk aan de winkel. Dat werk moet ook hoognodig verricht worden. De suggestie dat eenheid van recht geen doel op zichzelf is, maar (slechts) een hulpmiddel bij de verwezenlijking van beter recht,⁵¹ mag ons niet in slaap sussen. Deze stelling geldt slechts voor een deel der facetten en soorten van rechtseenheid, zo leert bovenstaande analyse. Met name geldt dat een ieder die gelijke gevallen ongelijk behandelt of ongelijke gevallen in andere zin verschillend behandelt dan de ongelijkheid van die gevallen rechtvaardigt, onrecht doet. *Ius in causa positum* vormt slechts een korte-termijnsucces en getuigt bovendien van een tunnelvisie. Wij kunnen wel met Leijten zeggen 'we need stories', maar die 'stories' moeten wij dan wel recht doen met recht doen.

⁵⁰ Vgl. Van Boom, a.w., p. 300.

⁵¹ A.S. Hartkamp, 'Het nieuwe Burgerlijk Wetboek en de eenheid van het privaatrecht', *NJB* 1983, p. 1069 e.v., i.h.b. p. 1075, instemmend geciteerd door Van Boom, a.w., p. 298.

Deel I

EENHEID BINNEN HET NATIONALE
RECHT

2 Eenheid der wet

J.H. Nieuwenhuis[■]

1 EENHEID

Is het Burgerlijk Wetboek een eenheid? Op vergelijkbare wijze als het telefoonboek voor Leiden en omstreken (van Aartman tot Zwijnstra) dat is, is ook het Burgerlijk Wetboek een eenheid. Het begint met de A van 'Allen die zich in Nederland bevinden' (art. 1:1) en het eindigt, duizenden artikelen later, met een algemene slotbepaling over de uitzonderingspositie van de zondag. Wie op zoek is naar regels over erfdienstbaarheden kan het trefwoordenregister raadplegen (erfdeel, erfdienstbaarheid, erfenis). Hij kan ook systematischer te werk gaan en zoeken in Boek Vijf dat als opschrift draagt: 'Zakelijke Rechten'. Het systematisch aspect van de tweede aanpak heeft slechts betrekking op de *uitwendige* kant van het Burgerlijk Wetboek opgevat als eenheid. Vertoont het Burgerlijk Wetboek ook een *inwendige* eenheid, een samenhang die de onafzienbare reeks bepalingen over zo uiteenlopende onderwerpen als personen, zaken en verbintenissen tot een omvangrijke maar niettemin hechte eenheid aaneensmeedt?

Eenheid schuilt in *the eye of the beholder*. De één ziet de nachtelijke sterrenhemel als een donkere deken waarop uit losse pols duizenden lichtjes zijn gestrooid. De ander ontwaart stabiele eenheden, constellaties: Grote Beer, Waterman, Cassiopeia. Een spectaculaire eenheidsvisie op het uitspansel van het burgerlijk recht staat op naam van Savigny. Hij zag in het nog niet gecodificeerde Duitse burgerlijk recht van zijn dagen (1840) een 'innere Zusammenhang, welcher alle Rechtsinstitute und Rechtsregeln zu einer grossen Einheit verknüpft'.¹

Een inwendige samenhang die alle rechtsinstituten en rechtsregels tot een grote eenheid samenbindt; geldt dit ook voor het Nederlands burgerlijk recht? Is sprake van een inwendige samenhang die uiteenlopende rechtsinstituten als eigendom en overeenkomst en verspreide rechtsregels als art. 3:61 (ontoereikende volmacht) en art. 6:34 (betaling aan een onbevoegde) tot een eenheid samenbindt? Zo ja, waaruit bestaat dan de middelpuntzoekende kracht die deze inwendige samenhang tot stand brengt?

■ J.H. Nieuwenhuis is hoogleraar burgerlijk recht, Universiteit Leiden.

1 F.C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Band 1 (1840), p. 214.

2 AFWEZIGHEID VAN TEGENSpraak

Paul Scholten wijdt in zijn *Algemeen Deel* belangwekkende beschouwingen aan 'De eenheid der wet' (§ 12). Hij vat eenheid vooral op als consistentie, afwezigheid van tegenspraak:

'Het geheel der wetgeving (...) kan als een eenheid worden begrepen, waarin geen tegenspraak is. Dit vloeit voort uit de aard van het recht als bevel en ordening. Een tegenstrijdig bevel heft zichzelf op, een ordening die zichzelf tegenspreekt, is wanorde. Te allen tijde heeft men erkend, dat een nieuwe wet, met een oude in tegenspraak, die oude doet vervallen. Dit heeft in de eenheid zijn grondslag, het 'lex posterior derogat priori' is niet een bepaling van positief recht, maar een logische voorwaarde van elk positief recht.'²

Wat Scholten hier aanduidt als een logische voorwaarde van positief recht, vloeit voort uit de tweede hoofdwet van de traditionele logica, de wet van de (non-)contradictie. Onjuist is iedere uitspraak van het type 'p en niet-p', 'Haarlem is de hoofdstad van Noord-Holland en Haarlem is niet de hoofdstad van Noord-Holland.' Dit geldt ook voor de deontische logica. De regel die het fokken van honden van het type Cano Andino toestaat is onverenigbaar met de regel die het fokken van de Cano Andino verbiedt.

Niet snel zal mogen worden aangenomen dat de wet zichzelf tegenspreekt. De regel dat overeenkomsten zowel mondeling als schriftelijk tot stand kunnen komen, wordt niet ontkracht door de recente invoering van art. 7:2 BW (koop van een woning dient schriftelijk te geschieden). Dit volgt uit de vervulling van een andere logische voorwaarde van elk positief recht: erkenning van de regel *exceptio firmit regulam*. Door een bepaling aan te merken als uitzondering wordt het bestaan van de andersluidende hoofdregel bevestigd.

Scholten's opvatting dat de eenheid van de wet vooral is gelegen in de afwezigheid van tegenspraak laat ook onverlet de mogelijkheid van coëxistentie van twee bepalingen die met elkaar op gespannen voet verkeren. Uit 1829 dateert de regel dat de rechter volgens de wet rechtsprekt en hij in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid van de wet beoordeelt (art. 11 Wet Algemene Bepalingen). In 1992 werd een regel ingevoerd die de rechter opdraagt een tussen partijen geldende regel buiten toepassing te laten, indien toepassing in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (art. 6:248 lid 2 BW). Dwingt deze bepaling de rechter niet ertoe zich te verdiepen in de innerlijke waarde en billijkheid van de tussen partijen geldende wettelijke regel?

Bij haar poging in een trein te stappen die op het punt stond te vertrekken van station Santpoort-Noord is mevrouw B. ernstig gewond geraakt. Haar arm kwam tussen de sluitende deuren. Toen de trein ging rijden is zij mee-

2 P. Scholten, *Algemeen Deel* (1931), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974, p. 45.

gesleurd en met beide benen onder het treinstel terechtgekomen. De trein is na enkele tientallen meters weer tot stilstand gekomen doordat aan de noodrem is getrokken. NS heeft aansprakelijkheid erkend, maar beriep zich op de wettelijke limitering van haar aansprakelijkheid tot het bedrag van € 137 000 (art. 8:110 BW). Tevergeefs; het Amsterdamse Hof was van oordeel dat toepassing van deze tussen partijen geldende regel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. NS diende de door mevrouw B. geleden schade, die het bedrag van € 137 000 verre te boven ging, volledig te vergoeden.³ In weerwil van het daartoe strekkend verbod van art. 11 Wet Algemene Bepalingen, vormde het Hof zich een oordeel over de innerlijke waarde en billijkheid van art. 8:110 BW. Er diende naar het oordeel van het Hof een 'fair balance' te bestaan tussen enerzijds het algemeen belang (limitering van de aansprakelijkheid om het ondernemersrisico beheersbaar te houden) en anderzijds de bescherming van de individuele rechten van B. Aan het vereiste van een 'fair balance' was in dit geval niet voldaan omdat sprake was van een individuele en buitensporige last voor B.

Betekent dit dat art. 11 Wet Algemene Bepalingen, althans de zinsnede 'hij (de rechter) mag in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid der wet beoordelen' een dode letter is geworden? Deze conclusie zou bepaald voorbarig zijn. Art. 11 bevat nog steeds een zinvolle waarschuwing aan rechters om zich niet te ontpoppen als volstrekt autonome rechtsvinders die, niet gehinderd door de regelen des rechts, het hun voorgelegde geschil beslechten als goede mannen naar billijkheid.⁴ De 'onaanvaardbaarheidstoets' van art. 6:248 lid BW moet serieus worden genomen. De rechter mag de tussen partijen geldende regel niet negeren, maar moet uitleggen waarom toepassing van deze regel in dit geval onaanvaardbaar is. De omstandigheid, dat art. 11 Wet Algemene Bepalingen en art. 6:248 lid 2 BW op onderling gespannen voet staan, is geen bedreiging voor de eenheid van het recht. Integendeel, doordat zij elkaars tegenhanger vormen, verstevigen zij het evenwicht.

Scholten's constatering dat de eenheid der wet eist dat de wetgever zichzelf niet tegenspreekt is juist, maar ziet slechts op een noodzakelijke, doch geenszins voldoende voorwaarde voor eenheid. Afwezigheid van tegenspraak vormt nog geen garantie voor een enigszins hechte samenhang. Ook al zou het telefoonboek voor Leiden en omstreken zichzelf nergens tegenspreken, dan betekent dit nog niet dat de geboden informatie veel samenhang vertoont. De band die het telefoonboek smeedt tussen Aartman en Zwijnstra is beperkt tot de mogelijkheid elkaar door het intoetsen van het juiste nummer te bereiken via een vaste telefoonverbinding.

3 Hof Amsterdam 12 augustus 2004, *NJf* 2004, 543.

4 Zie over dit type van rechtsvinding G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, bewerkt en van een nabeschouwing voorzien door T. Koopmans, Deventer: Kluwer 1999, p. 14.

3 SYNTHESE VAN RECHTSREGELS

Enkele schreden verder op het door Savigny gebaande pad naar de *grosse Einheit* van het recht zijn gezet door Suyling. In zijn *Inleiding tot het Burgerlijk Recht* wordt eerst de banvloek uitgesproken over twee gangbare typen van rechtvinding: de rechtshistorische methode ('Oude schrijvers worden uitgeplozen. En als recht dient men vervolgens op (...) wat de scherpzinnige Domat (...) of wat een onzer Oudhollandse rechtsgeleerden voor een of meer eeuwen hebben geschreven.') en de theorie der vrije rechtsvinding (deze leer 'verleent aan de rechter de bevoegdheid zijn subjectief inzicht omtrent hetgeen recht is, als rechtsinhoud aan de man te brengen.'). Dan volgt de door Suyling aanbevolen methode van wetsuitleg: 'synthese der rechtsregelen'.

'Noch uit het grijs verleden, noch uit het individueel geweten valt dus de onmisbare voorlichting te trekken. Als enige bron voor de uitleg der wet rest daarom de wet zelve. (...) Hoe gebrekkig de afzonderlijke artikelen der wetten al geredigeerd mogen wezen, zij bergen in hun schoot, zij het ook nog zo verscholen, de grote beginselen, die het gehele rechtssysteem schragen.'⁵

Synthese van rechtsregels aan de hand van de grote beginselen die het gehele rechtssysteem schragen? Een proef op de som:

Art. 3:61 lid 2 BW:

'Is een rechtshandeling in naam van een ander verricht, dan kan tegen de wederpartij, indien zij op grond van een verklaring of gedraging van die ander heeft aangenomen en onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht aannemen dat een toereikende volmacht was verleend, op de onjuistheid van deze veronderstelling geen beroep worden gedaan.'

Art. 6:34 lid 1 BW:

'De schuldenaar die heeft betaald aan iemand die niet bevoegd was de betaling te ontvangen, kan aan degene aan wie betaald moest worden, tegenwerpen dat hij bevrijdend heeft betaald, indien hij op redelijke gronden heeft aangenomen dat de ontvanger der betaling als schuldeiser tot de prestatie gerechtigd was of dat uit anderen hoofde aan hem moest worden betaald.'

Twee bepalingen die in het uitwendige systeem mijlenver uiteen liggen en die betrekking hebben op fors uiteenlopende onderwerpen: volmacht en nakoming. Toch valt het niet moeilijk te ontdekken welk machtig beginsel zij in hun schoot bergen: het vertrouwensbeginsel. Wie op redelijke gronden heeft aangenomen dat de ander bevoegd was (tot vertegenwoordiging; tot inont-

5 J.Ph. Suyling, *Inleiding tot het Burgerlijk Recht*, I, derde druk, Haarlem 1948, nrs. 24 e.v.

vangstneming van een betaling), verdient bescherming als deze veronderstelling onjuist blijkt te zijn. Wel is sprake van een opvallend verschil. In art. 3:61 is ter aanvulling van het vertrouwensbeginsel nog een beginsel werkzaam dat in art. 6:34 lijkt te ontbreken: het toedoenbeginsel. Voor een geslaagd beroep op art. 3:61 is vereist dat het vertrouwen werd gewekt door een verklaring of gedraging van degene in wiens naam de rechtshandeling werd verricht. Een dergelijke eis ontbreekt in art. 6:34; niet nodig is dat het vertrouwen van de schuldenaar dat degene aan wie hij betaalde tot inontvangstneming bevoegd was, is gewekt door verklaringen of gedragingen van de werkelijke schuldeiser.

Is dit een onoverkomelijke breuk in het stelsel van de wet? Stel, een rechter staat voor een beslissing in twee zaken:

T, in een leidinggevende positie in dienst van A., koopt zonder daartoe bevoegd te zijn in naam van A een 25 tons aluminium bulkoplegger van D. De volgende dag zendt D een orderbevestiging aan A die daarop niet reageert. Kan D met succes een beroep doen op art 3:61 lid 2?

Rijdend op zijn fiets maakt E een verkeersfout waardoor de auto van F ernstig wordt beschadigd (schade €12 000). Enkele weken nadat G, de schadeverzekeraar van F, diens schade heeft vergoed, betaalt E €12 000 aan F. G stelt zich op het standpunt dat zij door subrogatie recht heeft verkregen op betaling van €12 000 door E. Kan E zich met succes beroepen op art. 6:34 lid 1?

Synthese van rechtsregels; na rijp beraad bereikt onze rechter de conclusie dat in beide gevallen het vertrouwensbeginsel de doorslag moet geven.

In de eerste zaak overweegt hij dat weliswaar D door raadpleging van het Handelsregister had kunnen weten dat T niet bevoegd was de bulkoplegger in naam van A te kopen, maar dat voor hem zwaarder weegt dat A heeft nagelaten na ontvangst van de orderbevestiging D onmiddellijk uit de droom te helpen wat betreft de vertegenwoordigingsbevoegdheid van T.⁶

In de tweede zaak volgt zijn gedachtegang een vergelijkbaar spoor. Weliswaar had E wellicht rekening kunnen houden met de mogelijkheid dat de schade van F reeds was vergoed door een verzekeraar, zodat deze daardoor in diens rechten was getreden, maar anderzijds had het op de weg van de verzekeraar gelegen om E onverwijld op de hoogte te stellen van het feit dat hij niet langer bevrijdend kon betalen aan F. Dit laatste geeft de doorslag bij de beslissing om het door E gedane beroep op art. 6:34 lid 1 te honoreren.

Deze convergentie illustreert het evolutionaire karakter van rechtsbeginselen. Wat het toedoenbeginsel betreft kan zijn ontwikkeling in een enkel woord worden samengevat: van *toedoen* naar *toerekening*. Hoetink omschreef het toedoenbeginsel, door hem in navolging van de Duitse doctrine *Veranlassungsprinzip* genoemd, als de ‘zeer billijke gedachte (...) dat wie een rechtsschijn

6 Zie HR 12 januari 2001, NJ 2001, 157.

opwekt of althans door wiens toedoen, door wiens bijzonder gedrag zij ontstaat, ervoor moet opkomen, indien derden zich aan die rechtsschijn houden.⁷ Zo opgevat gaat het bij het toedoenbeginsel om een vorm van zuivere causaliteitsaansprakelijkheid. Wie bij gelegenheid van de verkoop van een rijdende kraan meedeelt dat voor deze kraan zeker een kentekenbewijs zal worden afgegeven, zal moeten gedogen dat de ander de overeenkomst vernietigt, indien achteraf blijkt dat deze kraan niet in aanmerking komt voor een kentekenbewijs. Dit is niet anders als de verkoper de mededeling volstrekt te goeder trouw heeft gedaan en hem op dat punt geen enkel verwijt valt te maken.

Wegens zijn louter causale karakter heeft een modern Duits auteur de staf gebroken over het *Veranlassungsprinzip*:

‘Das Veranlassungsprinzip (...) stellt vielmehr ein Relikt reiner Kausalhaftung dar und hat daher in der modernen Dogmatik keinen Platz.’⁸

Art. 3:61 lid 2 (onjuiste voorstelling omtrent de omvang van de volmacht) en art. 6:34 lid 1 (onjuiste voorstelling met betrekking tot de vraag wie schuldeiser is) hebben betrekking op bijzondere vormen van dwaling. Het ligt voor de hand bij synthese van deze rechtsregels ook acht te slaan op art. 6:228 BW. Louter afgaande op de tekst, lijkt hier het toedoenbeginsel zeer dominant. De overeenkomst is vernietigbaar indien de dwaling is te wijten aan een inlichting van de wederpartij (lid 1 onder a). Dit oogt onmiskenbaar causaal: de dwalende kan de overeenkomst vernietigen als de dwaling is veroorzaakt door een mededeling van de wederpartij. Schuld aan de zijde van de wederpartij is niet vereist. Sedert het arrest Baris/Riezenkamp is het echter zo dat het antwoord op de vraag of de dwalende de overeenkomst kan vernietigen, afhankelijk is van de wijze waarop partijen zich jegens elkaar hebben gedragen. Hebben zij voldoende rekening gehouden met de gerechtvaardigde belangen van de ander? Dit brengt mee dat voor degene die overweegt een overeenkomst aan te gaan, tegenover de wederpartij een gehoudenheid bestaat om binnen redelijke grenzen maatregelen te nemen om te voorkomen dat hij onder invloed van onjuiste veronderstellingen zijn toestemming geeft. De omvang van deze gehoudenheid wordt mede hierdoor bepaald dat men in de regel mag afgaan op de juistheid van de door de wederpartij gedane mededelingen.⁹

In de regel mag worden afgegaan op de juistheid van de door de wederpartij gedane mededelingen. De regel bevestigt de uitzondering. Makelaar De Galan geeft vastgoedhandelaar Hilders een tip: een aantrekkelijk bedrijfspand is te koop. Hilders koopt het pand en zegt De Galan f 25 000 tipgeld toe. Aan-

7 H.R. Hoetink, ‘Rechtsschijn en goede trouw’, WPNR 3685-3687 (1940). Ook opgenomen in zijn *Rechtsgeleerde Opstellen*, Alphen aan den Rijn: Tjeenk Willink 1982, p. 181 e.v.

8 C-W. Canaris, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München: Beck 1971, p. 476.

9 HR 15 november 1957, NJ 1958, 67.

gesproken tot nakoming van deze toezegging, beroept Hilders zich op dwaling; hij voert aan dat De Galan hem had meegedeeld dat het bedrijfspand was verhuurd aan een 'eersteklas huurder'. Het Hof verwierp het beroep op dwaling. Ook al zou komen vast te staan dat De Galan deze mededeling aan Hilders heeft gedaan, dan rechtvaardigt dit niet een beroep op dwaling. De Galan mocht in dat geval immers van Hilders verwachten dat hij zichzelf zou vergewissen van de juistheid van de mededeling dat de huurder van het bedrijfspand kon worden aangemerkt als 'eersteklas'. Het tegen dit oordeel gerichte cassatiemiddel werd door de Hoge Raad verworpen.¹⁰ Hoezeer de dwaling ook mocht zijn veroorzaakt door toedoen van De Galan, zij leidt niet tot vernietiging van de overeenkomst. In de woorden van art 6:228 lid 2: in verband met de omstandigheden van het geval behoort de dwaling voor *rekening* van de dwalende te blijven. Van toedoen naar toerekening. Bij de beantwoording van de vraag of, en in welke mate, het gewekte vertrouwen bescherming verdient, gaat het niet om het vaststellen van een enkelvoudige causale lijn (Is het vertrouwen al dan niet gewekt door toedoen van de ander?), maar om de wederzijdse afbakening van 'risico-sferen'. Hierbij zijn 'toedoen' en 'schuld' factoren die naast andere omstandigheden bepalen aan wie moet worden toegerekend dat vertrouwen is ontstaan dat niet met de werkelijkheid strookt.

Ook met betrekking tot art. 3:61 wordt een dergelijke evolutie waargenomen en toegejuicht. Er is alle reden niet te krampachtig vast te houden aan het toedoenbeginsel, zoals uitgedrukt in de eis dat het vertrouwen in het bestaan van een toereikende volmacht is veroorzaakt door een verklaring of gedraging van degene in wiens naam de rechtshandeling werd verricht:

'Nu moet ik constateren dat ook andere omstandigheden dan 'een verklaring of gedraging' basis voor een gerechtvaardigd vertrouwen kunnen zijn. Ook het nieuwe BW ontkomt niet aan de tand des tijds!'

Aldus Van Schendel in zijn bijdrage aan het boek 'Rechtshandeling en Overeenkomst'.¹¹

Een schuldenaar kan aan de schuldeiser tegenwerpen dat hij bevrijdend aan een ander heeft betaald omdat hij op redelijke gronden heeft aangenomen dat die ander als schuldeiser tot de prestatie gerechtigd was (art. 6:34 lid 1). Wanneer slaagt de schuldenaar in zijn beroep op de aanwezigheid van 'redelijke gronden'? Er is alle reden ook op deze bijzondere vorm van dwaling de Baris/Riezenkamp-doctrine toe te passen. Voor degene die overweegt een schuld te voldoen, bestaat tegenover de schuldeiser een gehoudenheid om binnen redelijke grenzen maatregelen te nemen om te voorkomen dat hij betaalt

¹⁰ HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 442.

¹¹ W.A.M. van Schendel in Jac. Hijma et al., *Rechtshandeling en Overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2004, p. 127.

aan iemand die niet bevoegd is de betaling in ontvangst te nemen. De omvang van deze gehoudenheid wordt mede hierdoor bepaald dat de schuldenaar *in de regel* mag afgaan op de juistheid van door de schuldeiser gedane mededelingen.

Heeft de schuldeiser aan de schuldenaar meegedeeld dat hij niet langer schuldeiser is, omdat de vordering door hem is overgedragen aan een ander, dan zijn voor de schuldenaar redelijke gronden aanwezig om die ander aan te merken als de nieuwe schuldeiser en aan hem te betalen. Mocht achteraf blijken dat overdracht van de vordering is mislukt omdat een geldige titel ontbrak, dan belet dit niet dat de schuldenaar zich met succes op het standpunt stelt dat hij bevrijdend heeft betaald. De door de oorspronkelijke schuldeiser gedane mededeling dat de vordering is overgedragen aan een ander ontheft de schuldenaar niet onder alle omstandigheden van nader onderzoek. Bij gereede twijfel aan de geldigheid van de cessie doet de schuldenaar goed de betaling op te schorten. Art. 6:37 verleent hem hiertoe de bevoegdheid.

4 LAW AS INTEGRITY

Synthese van rechtsregels; hoe gebrekkig de afzonderlijke artikelen der wetten al geredigeerd mogen wezen, zij bergen, zij het ook nog zo verscholen, in hun schoot de grote beginselen die het gehele rechtssysteem schragen. De kans dat rechters tijdens hun rechtenstudie zijn geconfronteerd met de denkbeelden van Suyling neemt zienderogen af. Hogere ogen gooit thans de Amerikaanse rechtsfilosoof Ronald Dworkin:

‘Law as integrity asks judges to assume, so far as this is possible, that the law is structured by a coherent set of principles about justice and fairness (...), and it asks them to enforce these in the fresh cases that come before them, so that each person’s situation is fair and just according to the same standards.’¹²

Law as integrity, de eenheid van het recht opgevat als een samenhangend geheel van beginselen van rechtvaardigheid en billijkheid (*a coherent set of principles about justice and fairness*); de rechter moet, zoveel als mogelijk is, ervan uitgaan dat het recht in deze zin een eenheid vormt. De eenheid van het recht is een opdracht, niet een verworvenheid. Variërend op een beroemd woord van Paul Scholten (‘Het recht is er, doch het moet worden gevonden’)¹³ kan de conclusie luiden: de eenheid van het recht is er, maar zij moet worden gevonden.

Onze rechter heeft zojuist met toepassing van art. 6:74 BW een ziekenhuis veroordeeld tot vergoeding van de volledige schade van mevrouw A., die haar

12 R. Dworkin, *Law’s Empire*, London 1986, p. 243.

13 P. Scholten, *Algemeen Deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974, p. 12.

benen is kwijtgeraakt doordat in het ziekenhuis per vergissing eerst haar gezonde been is geamputeerd. Volgende zaak: mevrouw B. is beide benen kwijt doordat zij als gevolg van een fout van NS bij het instappen onder het rijdende treinstel is beland (zie boven). Zijn eerste inval is de wet te volgen en op de voet van art. 8:110 BW te beslissen dat de aansprakelijkheid van NS is beperkt tot €137 000. Vervolgens realiseert hij zich dat hij zo het aansprakelijkheidsrecht niet opvat als een coherent geheel van beginselen van rechtvaardigheid en billijkheid. Hij zoekt, en vindt, de noodrem: art. 6:248 lid 2 BW. Hij oordeelt dat de tussen partijen geldende regel (de wettelijke limitering van de aansprakelijkheid) in dit geval buiten toepassing moet blijven omdat toepassing naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. NS dient de schade van mevrouw B volledig te vergoeden. Zo bereikt hij dat, in de woorden van Dworkin, 'each person's situation is fair and just according to the same standards.'

5 FAIRNESS OR WELFARE?

Hoe belangrijk is *law as integrity*, de opdracht om het recht op te vatten als een eenheid, als een samenhangend geheel van beginselen van rechtvaardigheid en billijkheid? Recent zijn pogingen ondernomen een forse bres te schieten in visie op het recht als bolwerk van rechtvaardigheid en billijkheid:

'Legal rules should be selected entirely with respect to their effects on the well-being of individuals in society. This position implies that notions of fairness like corrective justice should receive no independent weight in the assessment of legal rules.'¹⁴

Aldus Kaplow en Shavell, twee aan Harvard Law School verbonden rechts-economen. In Tilburg vinden zij een willig oor.¹⁵ Kies de regel die de grootste bijdrage levert aan het welzijn van individuen. Stel, onze rechter kan kiezen tussen twee interpretaties van het geldende recht. Interpretatie A past aanmerkelijk beter in het stelsel van de wet dan interpretatie B, maar genereert veel minder welzijn van individuen dan interpretatie B. Wat te doen?

- A. Indien iemand overlijdt als gevolg van een onrechtmatige daad van een ander hebben zijn nabestaanden geen recht op een vergoeding voor het ondervonden verdriet.
- B. Indien iemand overlijdt als gevolg van een onrechtmatige daad van een ander hebben zijn nabestaanden recht op een vergoeding voor het ondervonden verdriet.

14 L. Kaplow and S. Shavell, *Fairness versus Welfare*, Cambridge, MA etc: Harvard University Press 2002, p. 3.

15 J.M. Barendrecht, 'Aansprakelijkheid en welzijn', *NJB* 2003, p. 605 e.v. en R.H.J. van Bijnen, *Aanvullend contractenrecht* (diss. Tilburg 2005) Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

A past beter in het stelsel van de *huidige* wet.¹⁶ De Hoge Raad heeft dat onlangs nog helder uiteengezet:

‘Het stelsel van de wet brengt mee dat nabestaanden ingeval iemand met wie zij een nauwe en/of affectieve band hadden, overlijdt ten gevolge van een gebeurtenis waarvoor een ander jegens hem aansprakelijk is, geen vordering geldend kunnen maken tot vergoeding van nadeel wegens het verdriet dat zij ondervinden als gevolg van dit overlijden. Art. 6:108 BW geeft immers in een dergelijk geval slechts aan een beperkt aantal gerechtigden de mogelijkheid tot het vorderen van bepaalde vermogensschade.’¹⁷

Bij gelegenheid van de invoering van het nieuw Burgerlijk Wetboek in 1992 heeft de wetgever ter rechtvaardiging van de uitsluiting van de vergoeding van ‘affectieschade’ in de eerste plaats een beroep gedaan op een argument van vergeldende rechtvaardigheid:

‘Hoe schrijnender het leed waarom het gaat, hoe groter de weerstand tegen de gedachte dat men dit op enigerlei wijze met geld zou kunnen vergoeden. Dit spreekt het sterkst juist in de gevallen van verdriet om anderen.’¹⁸

Total loss van een auto kan adequaat worden gecompenseerd door vergoeding van de dagwaarde voorafgaande aan de aanrijding; het verlies van een kind is met geen enkel geldbedrag goed te maken. Dit laatste zal door weinigen worden ontkend, maar de vraag is wel of het achterwege laten van iedere financiële tegemoetkoming leidt tot optimalisering van het welzijn van burgers. Welzijn (*welfare*) moet ruim worden genomen en omvat alles waaraan mensen waarde hechten, de som van hun preferenties. Welke voorkeur zouden de meeste respondenten uitspreken als hun werd gevraagd te kiezen tussen twee kwaden: a. verlies van hun kind zonder enigerlei financiële tegemoetkoming van de kant van degene die verantwoordelijk is voor de dood van hun kind en b. verlies van hun kind gevolgd door betaling € 10 000? De Hoge Raad houdt rekening met de mogelijkheid dat de samenleving de voorkeur geeft aan het tweede alternatief:

‘Niet uitgesloten is dat het wettelijk stelsel onvoldoende tegemoet komt aan de maatschappelijk gevoelde behoefte om aan degenen die in hun leven de ernstige gevolgen moeten ondervinden van het overlijden van een persoon tot wie zij – zoals hier – in een affectieve relatie hebben gestaan, enige vorm van genoegdoening te verschaffen.’

16 Zie echter (gewijzigd) voorstel van wet inzake de vergoedbaarheid van schade als gevolg van het overlijden of ernstig en blijvend letsel van naasten (22 maart 2005), *Kamerstukken I* 2004/05, 28 781, A.

17 HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240 (Taxibus).

18 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 389.

De Hoge Raad ziet hier een taak voor de wetgever:

‘Het gaat echter de rechtsvormende taak van de rechter te buiten te dezer zake in afwijking van het wettelijk stelsel zonder meer een vergoeding toe te kennen. In de eerste plaats zou immers opnieuw een, aan de wetgever voorbehouden, afweging moeten worden gemaakt van de voor- en nadelen die aan het huidige stelsel verbonden zijn. Voorts vergt een herziening van het bestaande stelsel een afbakening van de gevallen waarin een vergoeding passend wordt gevonden en een concrete aanwijzing van de personen aan wie een dergelijke vergoeding toekomt. Ten slotte is het ook aan de wetgever te beoordelen of, en zo ja in hoeverre, aan de toekenning van een dergelijke vergoeding financiële grenzen gesteld moeten worden in verband met de consequenties die daaraan kunnen zijn verbonden.’

De wetgever heeft deze taak inmiddels aanvaard en heeft een voorstel van wet, strekkend tot (beperkte) vergoeding van affectieschade, voorgelegd aan het parlement.¹⁹

Respect voor het stelsel der wet en bevordering van maatschappelijk welzijn zijn deugden die de rechter sieren bij het uitvoeren van zijn rechtsvormende taak. Soms staan zij op gespannen voet, maar dat wil niet zeggen dat de ene dan bij voorbaat moet wijken voor de andere. Welke uitleg van het fiducia-verbod van art. 3:84 lid 3 BW verdient de voorkeur?

‘Een rechtshandeling die ten doel heeft het goed over te dragen tot zekerheid (...) is geen geldige titel van overdracht van dat goed.’

Wordt de geldigheid van een *sale and lease-back* overeenkomst getroffen door het fiducia-verbod? A heeft krediet nodig. B is bereid dat krediet te verschaffen, maar tegen zekerheid. A verkoopt een hem toebehorende drukpers aan B (levering per *constitutum possessorium*). B geeft de drukpers vervolgens in lease aan A. Met betrekking tot een dergelijke overeenkomst was de Amsterdamse rechtbank van oordeel dat weliswaar de eigendom van de kredietverschaffer ‘trekken vertoont van een zekerheidseigendom’, maar dat een beperkte uitleg van art. 3:84 lid 3, een uitleg die ertoe leidt dat de *sale and lease-back* overeenkomst niet wordt getroffen door het fiducia-verbod, de voorkeur verdient. De Rechtbank beriep zich hiertoe op het door de Minister erkende ‘belang dat bestaande financieringspatronen onder het nieuwe recht zonder moeilijkheid kunnen worden gecontinueerd’. De Hoge Raad verwierp het tegen dit oordeel gerichte cassatieberoep.²⁰

Als het stelsel van de wet ruimte biedt aan twee uiteenlopende interpretaties, is het volstrekt geoorloofd dat de rechter de uitleg kiest die het meest bevorderlijk is voor het maatschappelijk welzijn. Dit is ook dan het geval, wanneer de andere interpretatie met minder frictie in het wettelijk systeem

¹⁹ Zie *Kamerstukken I* 2004/05, 28 781, A.

²⁰ HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119 (Keereweer/Sogelease).

zou zijn in te passen. De beperkte uitleg van art. 3:84 lid 3 strookt stellig met een in het (internationale) kredietverkeer levende behoefte aan een ruimer gesorteerd aanbod van zekerheden dan de makers van het Burgerlijk Wetboek in 1992 voor ogen stond. Dat de eenvoud en helderheid van het wettelijk stelsel daardoor enigszins wordt aangetast, moet op de koop toe worden genomen.

6 GEEN ORDE ZONDER RANGORDE?

Leidt de weigering een vaste rangorde aan te brengen tussen maatschappelijk welzijn en rechtvaardigheid als doeleinden van rechtsvorming onontkoombaar tot een post-modern eclecticisme: doe maar wat? Vaak biedt een vaste rangorde onmisbare steun bij het vinden van het juiste antwoord; in het telefoonboek bijvoorbeeld. Wat is het telefoonnummer van Azewijn? De zekerheid dat het antwoord is te vinden vóór het nummer van Baardman versnelt het zoeken. Een samensteller van het telefoonboek die Baardman op grond van zijn hogere A-gehalte vóór Azewijn zou plaatsen, bewijst de gebruikers geen dienst.

In zijn *A Theory of Justice* maakt de Amerikaanse (rechts-)filosoof John Rawls gebruik van deze 'lexical or serial ordering' om zijn twee beginselen van rechtvaardigheid te rangschikken:

'First: each person is to have an equal right to the most extensive basic liberty compatible with a similar liberty for others.
Second: social and economic inequalities are to be arranged so that they are both (a) reasonably expected to be to everyone's advantage, and (b) attached to positions and offices open to all.'

Vervolgens bepaalt Rawls hun onderlinge rangorde:

'These principles are to be arranged in a serial order with the first principle prior to the second. This ordering means that a departure from the institutions of equal liberty required by the first principle cannot be justified by, or compensated for, by greater social and economic advantages.'²¹

Een samenleving van hongerige, vrije boeren die samen beraadslagen over de verdeling van het laatste schepel graan verdient uit het oogpunt van deze twee beginselen van rechtvaardigheid de voorkeur boven het hof van keizer Nero waar tevreden, weldoorvoede slaven hun dagen en nachten slijten met zang, dans en snarenspeel.

Toegepast op de onderlinge verhouding van rechtvaardigheid en welzijn levert een dergelijke 'lexicale' rangschikking het volgende beeld op. Als we prioriteit verlenen aan rechtvaardigheid boven welzijn, kan aanvaarding van

21 J. Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford: Clarendon Press 1972, p. 60 e.v.

een regel met een lager rechtvaardigheidsgehalte nooit worden gerechtvaardigd door de grotere bijdrage die de regel levert aan het welzijn van burgers. Bij een keuze tussen twee regels komen we aan een beoordeling van hun bijdrage aan het maatschappelijk welzijn pas toe als beide regels uit een oogpunt van rechtvaardigheid even hoog scoren. Plaatsen we welzijn op de bovenste plank, dan geldt hetzelfde, maar dan omgekeerd.

De traditionele visie op de juiste omgang met een door de samenleving beleden waardenpluralisme (vrijheid, rechtvaardigheid, welzijn) wordt door Rawls aangeduid als 'intuitionism':

'The doctrine that there is an irreducible family of first principles which have to be weighed against one another by asking ourselves which balance, in our considered judgment, is the most just.'²²

Bij een keuze tussen drie mogelijke interpretaties, A, B en C, zal een rechter die te rade gaat bij zijn 'door ervaring geschoolde intuïtie' (Bregstein)²³ als volgt te werk gaan. Na te hebben geconstateerd dat de interpretaties alledrie even goed in het stelsel van de wet passen, zal hij de balans opmaken:

A: rechtvaardigheid 9; welzijn 2

B: rechtvaardigheid 2; welzijn 9

C: rechtvaardigheid 7; welzijn 7

Vervolgens zal hij onvervaard kiezen voor interpretatie C, aangezien deze bij gebreke van een vaste rangorde tussen rechtvaardigheid en welzijn een optimaal resultaat oplevert. Wat is hier mis mee? Wie eenheid opvat als 'eenvoudigheid' zal het 'gemengde' karakter van interpretatie C, die wat rechtvaardigheid betreft lager scoort dan A en wat welzijn betreft lager dan B, als een gemis ervaren. Maar eenheid kan ook worden opgevat als 'harmonie'. In dit opzicht heeft rechtsvorming veel gemeen met wijnbereiding. Men zou kunnen menen dat het de eenheid van een wijn altijd ten goede komt, als gebruik wordt gemaakt van slechts één druivensoort (Cabernet Sauvignon, Syrah). Toch is dit niet steeds het geval. De karakteristieke smaakeigenschappen van de Cabernet Sauvignon (donkere kers, ceder, tabak) kunnen zozeer overheersen dat slechts toevoeging van een stevige dosis Syrah de wijn een fraaie harmonie verleent.

Voor het recht geldt hetzelfde. Een samenleving die iedere vorm van onrechtvaardigheid heeft uitgebannen, sterft in saaiheid. De omstandigheid dat de koningin op de derde dinsdag van september recht heeft op gratis vervoer door de straten van Den Haag, in een gouden koets nog wel, is een

²² A *Theory of Justice*, p. 34.

²³ M.H. Bregstein, 'De betrekkelijke waarde der wet', opgenomen in: *Verzameld Werk*, Zwolle: Tjeenk Willink 1960, p. 14.

ongelijke behandeling die op geen enkele wijze valt te rijmen met het tweede rechtvaardigheidsbeginsel van John Rawls: ‘social and economic inequalities are to be arranged so that they are (...) attached to positions and offices open to all.’ Niettemin zal zelfs de meest geharnaste republiek in de rijtoer als een vrolijke noot ervaren.

7 LEGAL TRANSPLANTS

Is het ook mogelijk dat de *wetgever* zondigt tegen het gebod om het stelsel van de wet te respecteren? Is dit niet per definitie onmogelijk omdat het stelsel van de wet de optelsom is van de wettelijke bepalingen die de wetgever in het Staatsblad plaatst? Een wetswijziging die ertoe strekt vergoeding van affectieschade mogelijk te maken is niet in strijd met het stelsel van de wet, aangezien vergoeding van affectieschade strookt met het stelsel van de wet zodra de wijziging is ingevoerd. Als we daarentegen het stelsel van de wet niet opvatten als de som der afzonderlijke wettelijke bepalingen, maar in het voetspoor van Suyling, als het samenstel van grote beginselen dat zij in hun schoot bergen, wordt het anders.

‘Onder een vervoerovereenkomst al dan niet onder *cognossement* is noch de vervoerder noch het schip aansprakelijk voor verlies of schade ontstaan of voortgevloeid uit: a. een handeling, onachtzaamheid of nalatigheid van de kapitein, een ander lid van de bemanning, de loods of ondergeschikten van de vervoerder, gepleegd bij de navigatie of de behandeling van het schip (...).’ (Art. 8:383 lid 2 BW).

Voor schade aan de lading die is veroorzaakt door een nautische fout van de kapitein (uitvaren ondanks zeer slechte weersvooruitzichten bijvoorbeeld) is de vervoerder niet aansprakelijk. Staat deze wettelijke ontheffing van de aansprakelijkheid van de vervoerder niet haaks op het beginsel dat ten grondslag ligt aan het stelsel van contractuele aansprakelijkheid: iedere toerekenbare tekortkoming verplicht de schuldenaar de schade die de schuldeiser daardoor lijdt te vergoeden, ook als de schuldenaar bij de uitvoering van de verbintenis gebruik maakt van de hulp van andere personen? Bovendien is hier sprake van een geheid beginsel van vergeldende rechtvaardigheid. Is de conclusie niet onontkoombaar: art. 8:383 lid 2 vormt een ontoelaatbare inbreuk op de eenheid van het Burgerlijk Wetboek?

Art. 8:382 lid 2 is een *Legal Transplant* (Alan Watson).²⁴ Het is ontleend aan de *Hague-Visby Rules*, een in Brussel gesloten (1924) en aldaar gewijzigd (1968) verdrag. Het verdrag moet ingevolge art. 8:371 BW in de daar aangege-

24 Zie A. Watson, *Legal Transplants*, tweede druk, Athene/Londen: University of Georgia Press 1993.

ven – talrijke – gevallen door de Nederlandse rechter worden toegepast. De in de Hague-Visby Rules gehanteerde begrippen (*navigation, management of the ship, peril of the sea, act of God*) zijn afkomstig uit het Anglo-Amerikaanse recht. De omvangrijke uitsluiting van de aansprakelijkheid van de vervoerders is het werk van een invloedrijke lobby van reders; zij konden een krachtiger vuist maken dan de ladingbelanghebbenden.

Is dit niet een onduidelijke aanslag op het rechtvaardigheidsgehalte van het recht met betrekking tot goederenvervoer over zee? Dat valt reuze mee. Het vergoeden van ladingschade is voor een groot deel een zaak van verzekeraars. Schadeverzekering door de ladingbelanghebbende zal, doordat zo de omvang van de eventueel te lijden schade met groter precisie kan worden geschat, doorgaans goedkoper zijn dan uitbreiding van de aansprakelijkheid van de zeevervoerder. De kosten van die uitgebreide aansprakelijkheid komen uiteindelijk toch terecht in de prijs van het vervoer.

8 LEGAL IRRITANTS

Het Burgerlijk Wetboek heeft de transplantatie van de *Hague-Visby Rules* zonder problemen overleefd. Andere *Legal Transplants* zijn reeds uitgevoerd of staan op stapel. Is dit een bedreiging voor de identiteit van het Nederlands burgerlijk recht? Waar Alan Watson in zijn *Legal Transplants* de nadruk legt op het wereldwijde succes van de juridische transplantatietechniek, toont Gunther Teubner de keerzijde:

‘The metaphor of legal transplants, suggestive as it is, is in itself misleading. I think “legal irritant” expresses things better than “legal transplant”.’

Teubner heeft weinig vertrouwen in de kansen van een soepel verlopende inburgering:

‘Legal irritants cannot be domesticated; they are not transformed from something alien into something familiar, not adapted to a new cultural context, rather they will unleash an evolutionary dynamic in which the external rule’s meaning will be reconstructed and the internal context will undergo fundamental change.’

Als voorbeeld van een *legal irritant* noemt Teubner de opgedrongen overname door het Engelse recht van het begrip *good faith* uit de Europese Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.

Het is zeker waar dat sommige Engelse rechters hun weerzin tegen de *bona fides*, pijler van het continentale contractenrecht, niet onder stoelen of banken steken:

‘The concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations’ (Lord Ackner in *Walford v. Miles* [1992] 2 AC 128).

Volgens Teubner vloeien de problemen met de export van *bona fides*, *bonne foi*, *Treu und Glauben* naar Engeland voort uit een verschil in economische cultuur. Wat goed gedijt in een overlegeconomie (Duitsland, Frankrijk), ondermijnt de pijlers van een veel grondiger geliberaliseerde markteconomie (Engeland):

‘Good faith will become a strong irritation to the market-driven production regime in Britain if (...) its effect would be to outlaw certain excesses of economic action.’²⁵

Van een *strong irritation* is in Engeland nog weinig te merken. Integendeel:

‘There are signs that the traditional English hostility towards good faith might be abating. The courts have adopted a more sympathetic stance on a number of occasions. (...) The individual bricks which could be used to create a general principle of good faith and fair dealing can already be identified.’²⁶

Zijn in het Nederlandse recht *legal irritants* werkzaam? We zouden kunnen denken aan art. 6:188 BW dat strekt tot implementatie van art. 4 van de Europese Richtlijn inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken:

‘De benadeelde moet de schade, het gebrek en het oorzakelijk verband tussen het gebrek en de schade bewijzen.’

Betekent implementatie van art. 4 van de Richtlijn het einde van de ruimhartige wijze waarop art. 6:99 BW door de Hoge Raad in het DES-arrest is uitgelegd? In dit arrest bepaalde de Hoge Raad dat de eiseressen, die aanvoerden dat zij ernstige schade (baarmoederkanker) hadden geleden door een geneesmiddel dat hun moeder had gebruikt, niet behoefden aan te tonen welke producent het geneesmiddel in het verkeer had gebracht dat in hun geval de schade had veroorzaakt.²⁷ Hartkamp acht het ‘voorshands niet aannemelijk’ dat het Europese Hof in Luxemburg zal oordelen dat deze uitleg geoorloofd is met betrekking tot de op de richtlijn gebaseerde productenaansprakelijkheid van art. 6:185 e.v.²⁸ Mocht de verwachting van Hartkamp uitkomen, dan zou dit bijzonder irritant zijn; dat wel. Maar het gaat wel erg ver om te veronderstellen

25 G. Teubner, ‘Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences’, *Modern Law Review* 1998, p. 11 e.v.

26 E. McKendrick, *Contract Law*, Houndmills 2000, p. 259 e.v.

27 HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535.

28 Asser/Hartkamp (4-III), Deventer: Kluwer 2002, nr. 211.

dat dit voor het Nederlandse recht zou betekenen dat zijn 'internal context will undergo fundamental change' (Teubner).

Op geheel andere wijze dan Teubner bedoelde, geeft de term 'legal irritant' de stand van zaken wel juist weer waar het gaat om Europese richtlijnen: prikkels die soms ergernis veroorzaken, maar die steeds de nationale rechtssystemen stimuleren tot uiteenlopende reactie:

'Een richtlijn is verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke Lid-Staat waarvoor zij bestemd is, doch aan de nationale instanties wordt de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen.' (Art. 249 EG).

De keuzevrijheid met betrekking tot vorm en middelen zal doorgaans voldoende ruimte bieden aan rechtsvorming die niet alleen 'richtlijnconform' is, maar ook het stelsel van de nationale wet respecteert.

9 LEVEND EN STERVEND RECHT

Recht leeft; biologische metaforen ter karakterisering van het recht zijn en blijven courant. Beroemd is Savigny's visie op de levensloop van het recht:

'Das Recht wächst also mit dem Volke fort, bildet sich mit diesem aus, und stirbt endlich ab, so wie das Volk seine Eigentümlichkeit verliert.'²⁹

Het recht sterft als het volk zijn identiteit verliest. Het trotse volk der Salische Franken; waar is het gebleven? Spoorloos opgegaan in het Franse, Duitse en Nederlandse volk. Zijn wetgeving, de *Lex Salica*, verdween in de rechtshistorische reeks 'Leges Barbarorum'.

Bij ons schreef Suyling in zijn *Levend en stervend recht*:

'Achter het scherm van de onveranderde woorden der wet beroeren de woelingen van 's mensen zieleleven haar geest. Om de wet naar de eis te interpreteren heeft de jurist dus, voorzover haar tekst het toelaat, de spanningen te temperen, door de tijd tussen de formules van het positieve recht en de geboden der gerechtigheid opgewekt.'³⁰

In 1838 werd een tekst tot leven gewekt, die eerst anderhalve eeuw later, in 1992 ten grave werd gedragen:

'Met betrekking tot roerende goederen (...) geldt het bezit als volkomen titel.' (Art. 2014 *oud* BW).

29 F.C. von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814.

30 J.Ph. Suyling, *Levend en stervend recht*, Haarlem: De Erven F. Bohn, 1947, p. 4.

Bezit geldt als volkomen titel. De tekst van de wet maakt geen onderscheid tussen bezit te goeder trouw en bezit te kwader trouw. Nog in 1900 verbond de Hoge Raad daaraan de conclusie dat ook een bezitter te kwader trouw door art. 2014 wordt beschermd.³¹ Maar de voortgang der tijden ging gepaard met voortschrijdend inzicht. De geboden der gerechtigheid konden niet langer worden genegeerd. Rechters weigerden sindsdien de oorspronkelijke rechthebbende zijn eigendom te ontnemen ten gunste van degene die het bezit van de zaak te kwader trouw had verworven. Wat ‘eenheid der wet’ ook moge betekenen, in ieder geval niet: onveranderlijkheid.

Recht leeft. Ook het Hof in Straatsburg blijft erop hameren: het Europees Verdrag ter bescherming van de Rechten van de Mens (EVRM, Rome 1950) is ‘a living instrument.’ Zijn betekenis wordt beïnvloed door de tijdgeest. Het EVRM ‘must be interpreted in the light of present-day conditions’, aldus het Hof.³²

Gedogen de geboden der gerechtigheid dat de wetgever onderscheid maakt tussen ‘wettige’ en ‘onwettige’ kinderen? Het Hof voor de Rechten van de Mens overwoog dat het in 1950 in veel Europese landen geoorloofd en normaal werd geacht om onderscheid te maken tussen ‘wettige’ en ‘onwettige’ kinderen, maar dat sindsdien de publieke opinie ervan overtuigd was geraakt dat discriminatie van onwettige kinderen diende te worden beëindigd.³³ Het Hof oordeelde dat dergelijke discriminatoire bepalingen in strijd waren met art 8 EVRM (recht op respect voor het familie- en gezinsleven). Deze uitspraak heeft geleid tot ingrijpende herziening van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek.

Is een beroep op het EVRM niet een ongeleid projectiel als het wordt afgevuurd binnen rechtsverhoudingen die worden beheerst door het Burgerlijk Wetboek? Met betrekking tot de vordering van mevrouw B., die haar benen verloor als gevolg van een fout van NS overwoog het Amsterdamse Hof:

‘B. stelt dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat NS zich op de limitering beroept. In dat verband is van belang het beroep van B. op artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM. Volgens B. heeft zij op grond van die bepaling het recht op ongestoord genot van haar eigendom, waaronder ook valt het recht op volledige (dat wil zeggen ongelimiteerde) schadevergoeding.’

Art. 1, Eerste Protocol (EP) luidt in (herziene) vertaling:³⁴

Iedere natuurlijke of rechtspersoon heeft recht op het ongestoord genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht.

³¹ HR 14 december 1900, W. 7536.

³² Zie voor een recent voorbeeld, *Vo v. France*, 8 July 2004, Application no. 53924/00.

³³ *Marckx v. Belgium*, (6833/74) [1979] ECHR 2.

³⁴ *Trb.* 1990, 157, gewijzigd 11 mei 1994, *Trb.* 165.

De voorgaande bepalingen tasten echter op geen enkele wijze het recht aan, dat een Staat heeft om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang of om betaling van belasting of andere heffingen of boeten te verzekeren.

In dubbel opzicht lijkt het beroep op art. 1 EP op het gebruik van een breekijzer om het stelsel van de wet uit zijn voegen te lichten.

In de eerste plaats blijkt uit het tweede lid dat art. 1 is geschreven voor de verticale relatie tussen de Staat en zijn burgers. B. richt haar vordering niet tegen de Staat, maar tegen een privaatrechtelijke rechtspersoon (NS reizigers BV). Het Hof heeft geen moeite met verlening van 'horizontale werking' aan een bepaling die van huis uit is bestemd voor het verticale vlak. Het heeft echter iets ongemakkelijks. Je kunt uiteraard een ladder, bestemd om, verticaal tegen een muur geplaatst, te worden beklommen, horizontaal over een sloot leggen en als brug gebruiken, maar dat maakt een behouden overtocht niet eenvoudig. Over het hoofd van NS heen treedt het Hof in debat met de Staat. Hoe noodzakelijk is limitering van de aansprakelijkheid? Het Hof: 'De argumenten om bij personenletsel tot limitering over te gaan verliezen aan kracht.'

In de tweede plaats zou tegen het beroep op het zeer ruime en onbepaalde eigendomsbegrip van art. 1 EP kunnen worden aangevoerd dat zo het eigendomsbegrip van het Burgerlijk Wetboek, dat is beperkt tot het recht op stoffelijke voorwerpen (zaken), grondig wordt ondermijnd. B. voerde aan dat het recht op volledige schadevergoeding onderdeel vormt van haar eigendom als bedoeld in art. 1 EP. NS bestreed dit beroep met het argument dat het recht op volledige schadevergoeding niet op grond van artikel 1 Eerste Protocol wordt beschermd omdat B. – vanwege de wettelijke limitering – dit recht nimmer heeft gehad. Het Hof deelde evenwel het standpunt van B. Het Hof overwoog 'dat NS zou kunnen afzien van een beroep op de wettelijke limitering en (alsdan niet onverschuldigd) de volledige schuld aan B. zou kunnen vergoeden.' Op die grond kwalificeerde het Hof de wettelijke beperking van haar vordering tot € 137 000 als 'regulering' van het gebruik van eigendom.³⁵

Is de eenheid van het burgerlijk recht in gevaar als twee zo uiteenlopende typen van eigendom inzet kunnen vormen van geschillen tussen burgers? Het gevaar kan eenvoudig worden bezworen door de tweeslachtigheid te reduceren tot een van terminologische aard. De authentieke, Franse tekst van art. 1 EP luidt: 'Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses *biens*.' 'Biens' komt overeen met ons begrip 'goederen'; 'Goederen zijn alle zaken en alle vermogensrechten (art. 3:1 BW). Het recht op schadevergoeding is weliswaar geen 'eigendom' in de enge zin die art. 5:1 BW daaraan hecht, maar wel een 'goed' als bedoeld in art. 3:1 BW. 'Iedere natuurlijke of rechtspersoon heeft recht op het ongestoord genot van zijn goederen' zo dient de aanhef van art. 1 EP te worden gelezen.

35 Hof Amsterdam 12 augustus 2004, *Njf* 2004, 543.

10 GEMEEN RECHT

Er is een principiële reden om de doorwerking van het EVRM in het civiele recht niet te zien als bedreiging, maar als verrijking. De doorwerking van grondrechten in het civiele recht wordt niet alleen in Nederland, maar ook elders in Europa vaak aangeduid als 'constitutionalisering van het burgerlijk recht'. Sommige civilisten bezorgt deze uitdrukking kippenvel, omdat 'constitutionalisering' bij hen het beeld oproept van een publiekrechtelijke aanslag op de autonomie van het privaatrecht. Dit berust op misverstand. Grondrechten zijn geen grondrechten omdat zij zijn opgenomen in een Grondwet, of in een ander constitutioneel document, maar omdat zij fundamenteel zijn, zo fundamenteel dat zij vóórafgaan aan het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht. Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (art. 10 Grondwet) is niet een *publiekrechtelijk* subjectief recht dat onder omstandigheden horizontale werking kan krijgen als het door de ene burger tegen de andere burger wordt ingeroepen.³⁶ Het is evenmin een *privaatrechtelijk* subjectief recht terzake waarvan de Staat grondwettelijk heeft vastgelegd dat ook hij het zal eerbiedigen. Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer behoort, in de woorden van Paul Scholten, tot het gemene recht: regels die reeds bestaan vóórdat zij door enige machthebber zijn geformuleerd.³⁷ Ook vóór inwerkingtreding van art. 10 Grondwet in 1983 waren overheid en burgers gehouden tot eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Het recht van een ieder op leven (art. 2 EVRM) werd in 1950 niet gecreëerd, maar opnieuw erkend en bevestigd, juist omdat het kort tevoren op zo gruwelijke wijze was geschonden.

De omstandigheid dat enige machthebber op enig moment ertoe overgaat de regel vast te leggen in de wet, laat zijn gemeenrechtelijk karakter onverlet. Als de wetgever besluit in het Wetboek van Strafrecht een bepaling op te nemen die aan hem die opzettelijk een ander van het leven berooft een straf van ten hoogste vijftien jaren in het vooruitzicht stelt (art. 287), wil dit niet zeggen dat het verbod van doodslag niet ook een norm is die geldt in het civiele recht en aldaar in geval van overtreding de grondslag vormt van een veroordeling tot schadevergoeding.

11 DRIEËENHEID

De eenheid der wet; een heldere en eenvoudige buitenkant, blijkend uit een overzichtelijke inhoudsopgave is het minst belangrijk. Twee rechtssystemen die uitwendig een tamelijk wanordelijke aanblik bieden, zijn niettemin zeer succesvol gebleken: de wetgeving van keizer Justinianus uit de zesde eeuw en de Engelse common law.

36 HR 9 januari 1987, NJ 1987, 928 (Edamse bijstandmoeder).

37 P. Scholten, *Algemeen Deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974, p. 28 e.v.

De Justiniaanse wetgeving munt niet uit door een heldere opbouw. Het opschrift van het negenenentwintigste boek van de Digesten zal de op orde gestelde geest niet vrolijk stemmen: 'Begin van het negenenentwintigste boek, het tiende over losse onderwerpen'.

De Engelse common law heeft veel gemeen met het telefoonboek: 'The common law has always depended heavily on the alphabet.'³⁸ Deel 9 (1) van Halsbury's *Laws of England* bevat de onderwerpen: consumer credit, contempt of court en contract.

Belangrijker voor de eenheid van de wet is haar inwendige samenhang; berust zij op 'a coherent set of principles about justice and fairness' (Dworkin)? In dat opzicht gooit de wetgeving van Justinianus wèl hoge ogen. Daar staat als eerste zin van het eerste boek van de Instituten het beginsel van alle beginselen van rechtvaardigheid en billijkheid: 'Gerechtigheid is de onwankelbare en bestendige wil die een ieder zijn recht doet toekomen' (*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens*).³⁹

Ieder het zijne; het lijkt een grijsgedraaide deun, maar de vraag wat een ieders 'zijne' is, leidt nog dagelijks tot verhit debat. Behoort het recht op schadevergoeding tot het *ius suum* van een kind dat ernstig gehandicapt ter wereld is gekomen en dat niet zou zijn geboren als de verloskundige geen fout zou hebben gemaakt? Het Burgerlijk Wetboek laat zowel ontkennende als bevestigende beantwoording toe. Welke weg leidt naar gerechtigheid?

De Instituten bevatten een drieledige routekaart: 'Al het recht dat wij toepassen, heeft betrekking op personen, goederen of middelen om zijn recht te handhaven' (*Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones*).⁴⁰ Personen, goederen, middelen; deze drie vormen de coördinaten om te bepalen wat het 'zijne' is dat aan een ieder moet worden toegedeeld. De Leidse hoogleraar Vinnius heeft reeds in de 17^e eeuw gewezen op het belang van deze drieslag als het erop aankomt gevolg te geven aan de onwankelbare en bestendige wil om ieder zijn recht toe te delen.⁴¹ Drie stappen moeten worden gezet: 1. Aan ieder (*cuique*); 2. zijn recht (*ius suum*); 3. toedelen (*tribuere*).

Ieder zijn recht toedelen; geen toedeling zonder aanzien des *persoons*. Een twaalfjarig kind dat op zijn fiets door rood licht rijdt en wordt aangereden door een auto, krijgt zijn schade volledig vergoed. Zijn veertienjarige lotgenoot moet genoegen nemen met vergoeding van 50% van zijn schade.

Ieder *zijn recht* toedelen. Een recht op schadevergoeding is een 'goed', (goederen zijn alle zaken en alle vermogensrechten; art. 3:1 BW). De aard van

38 P. Birks ed. *English Private Law I*, Oxford: Oxford University Press 2000, p. xlvii.

39 *Instituten*, I, 1, aanhef.

40 *Instituten*, I, 2. 12.

41 'Cognitio ejus quod cujusque est, vel ex persona sumitur, vel ex rebus.' A.Vinnius, *In Quattuor Libros Institutionum Imperialium Commentarius Academicus & Forensis*, Amstelodami 1642, I, 2.

het goed bepaalt zijn omvang. Schade is het nadelig verschil tussen de actuele situatie en de (hypothetische) situatie waarin het slachtoffer zou hebben verkeerd als de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, niet had plaatsgegrepen. Welk inkomen zou het kind hebben verworven als het niet op twaalfjarige leeftijd zwaar gehandicapt was geraakt door het verkeersongeval?

Ieder zijn recht *toedelen*; ook al beschrijft de wet op voorbeeldige wijze ieders recht, dit heeft nog weinig te betekenen, als niet tevens wordt aangegeven met behulp van welk middel dit recht kan worden *gerealiseerd*. Geen recht zonder middel om het te handhaven. Echtgenoten zijn elkander getrouwheid verschuldigd (art. 1:81 BW). Wat stelt het recht van de ene echtgenoot op de huwelijkstrouw van de ander vóór, als geen rechter bereid is die ander op straffe van verbeurte van een dwangsom te veroordelen zijn/haar buitenechtelijke relaties te staken en gestaakt te houden?

Personen, goederen, middelen; wie, wat, waarmee. Deze drie zijn de *topoi*, de bronnen waaruit argumenten kunnen worden geput om te bepalen waarop een ieder in rechte aanspraak kan maken. Het onlangs gewezen Kelly-arrest illustreert het duurzaam belang van deze *topoi*. Kelly is ernstig gehandicapt ter wereld gekomen. Als de verloskundige tijdens de zwangerschap van haar moeder geen fout zou hebben gemaakt, zou een erfelijke afwijking aan het licht zijn getreden en zou de moeder hebben besloten tot abortus. Heeft Kelly recht op schadevergoeding?

Personen; was Kelly als ongeboren vrucht al *persoon* met wiens belangen de verloskundige rekening diende te houden. Met verwijzing naar art. 1:2 BW ('Het kind waarvan een vrouw zwanger is, wordt als reeds geboren aangemerkt, zo dikwijls zijn belang dit vordert.') oordeelde de Hoge Raad dat de zorgplicht van de verloskundige meebracht dat zij ook jegens het nog ongeboren kind gehouden was de vereiste prenatale diagnostiek te (doen) verrichten.

Goederen; Kelly's recht op schadevergoeding is een goed. Het bijzondere van dit goed is gelegen in het begrip 'schade'. Welke schade heeft Kelly als gevolg van de fout van de verloskundige geleden? De situatie waarin Kelly zich zou hebben bevonden als de fout van de verloskundige achterwege was gebleven, is het absolute nulpunt: haar niet-bestaan. De verloskundige had aangevoerd dat dit niet-bestaan niet op waarde mag worden geschat, althans dat aan het (gehandicapt) bestaan niet een lagere waarde mag worden toegekend dan aan het niet-bestaan. De Hoge Raad ziet het anders. Door toekenning van schadevergoeding 'wordt aan de menselijke waardigheid van Kelly niet tekortgedaan, maar wordt zij juist in staat gesteld, voorzover betaling van een geldsbedrag dat kan bewerkstelligen, zoveel mogelijk een menswaardig bestaan te leiden.'

Middelen; Kelly heeft recht op schadevergoeding. Welk middel staat haar ten dienste? Kan zij beroep doen op een contractueel vorderingsrecht (art. 6:74 BW), omdat haar moeder een behandelingsovereenkomst heeft gesloten, of is zij aangewezen op het buitencontractuele traject van art. 6:162 BW? Anders

dan het Hof, dat van oordeel was dat Kelly partij was bij de behandelingsovereenkomst, besliste de Hoge Raad dat Kelly haar vordering slechts kon doen steunen op aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.⁴²

Personen, hun goederen en de middelen om hun recht te realiseren; weet de wet de betrekkingen tussen deze drie aaneen te smeden tot een hecht verband, dan bereikt zij de hoogste staat van eenheid: drieëenheid.

42 HR 18 maart 2005, *RvdW* 2005, 42 (Kelly).

3 | Het grensgebied van werken, leveringen en diensten

T.I. van Koten & J.M. Hebly[■]

1 INLEIDING

Het Europees aanbestedingsrecht is opgekomen in de jaren '70 van de vorige eeuw. In 1971 verscheen Richtlijn 71/305/EEG¹ betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken. Spoedig daarna volgde een richtlijn die betrekking had op de aanbesteding van overheidsopdrachten voor leveringen.² Het aanbestedingsrecht heeft sindsdien een grote ontwikkeling doorgemaakt vanwege het positieve effect op de marktwerking bij het verstrekken van overheidsopdrachten. Die ontwikkeling werd versterkt doordat eind jaren '80, begin jaren '90 aanscherping van de bestaande richtlijnen plaatsvond en aanvullende richtlijnen tot stand kwamen voor diensten en voor opdrachten in de nutssectoren. Ook de handhaving³ en de controle op de naleving door de Europese Commissie werden verscherpt.⁴

De Europese aanbestedingsrichtlijnen zijn in Nederland geïmplementeerd door middel van de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen⁵ en twee op die wet gebaseerde AMvB's. De wetgever heeft destijds afgezien van implementatie door middel van een eigen Nederlandse aanbestedingswet en gekozen voor implementatie van de richtlijnen door enkele verwijzing naar die richtlijnen met daarbij een verplichting om die richtlijnen toe te passen.⁶ Wel hebben de nodige Uniforme Aanbestedingsreglementen en Beleidsregels het licht gezien om de te volgen aanbestedingsprocedures gedetailleerder te beschrijven.

■ Mevrouw T.I. van Koten was tot voor kort ambtenaar van staat bij de Raad van State en is thans advocaat bij Houthoff Buruma te Rotterdam; J.M. Hebly is bijzonder hoogleraar Bouwrecht aan de Universiteit Leiden en advocaat bij Houthoff Buruma te Rotterdam.

1 PbEG, L185 van 16 augustus 1971.

2 Richtlijn 77/62, PbEG L13/1 van 21 december 1976.

3 De handhabingsbepalingen werden gecoördineerd door middel van de richtlijnen Rechtsbescherming 89/665/EEG en 92/13/EEG voor de nutssectoren.

4 Zie verder E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend en J.F. Nouhuys, *Aanbestedingsrecht, Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, Den Haag: 2004 (Handboek Aanbestedingsrecht), p. 479-487.

5 Wet van 31 maart 1993, *Stb.* 212, tot uitvoering van EEG-maatregelen inzake het plaatsen van opdrachten voor de levering van producten, de uitvoering van werken en de verrichting van diensten.

6 Een eigen Nederlandse aanbestedingswet is nu wel in voorbereiding, zie Brief minister van economische zaken aan de Tweede Kamer, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 709, nr. 4.

Het Europese aanbestedingsrecht heeft tot op heden niet geleid tot wijziging van het Nederlandse burgerlijk wetboek (hierna: BW). Aangezien het Europese aanbestedingsrecht betrekking heeft op de totstandkoming van overeenkomsten voor werken, leveringen en diensten en het BW bepalingen bevat die zien op deze overeenkomsten, komt het zinnig voor eens te bezien of de Europese aanbestedingsrichtlijnen nopen tot aanpassing van deze bepalingen van het BW. In deze bijdrage wordt op die vraag ingegaan.⁷

2 EUROPEES AANBESTEDINGSRECHT

De huidige Europese aanbestedingsrichtlijnen: de richtlijn Werken, de richtlijn Leveringen en de richtlijn Diensten⁸ zijn – kort gezegd – van toepassing op het uitgeven van een overheidsopdracht, indien de waarde van die opdracht hoger is dan de drempelwaarde genoemd in de relevante richtlijn. Op 31 maart 2004 is een nieuwe Algemene richtlijn voor Werken, Leveringen en Diensten (hierna: de Algemene richtlijn)⁹ tot stand gekomen. Deze moet uiterlijk op 31 januari 2006 in het Nederlandse recht zijn omgezet. In verband met de op korte termijn te verwachten implementatie van de Algemene richtlijn wordt in deze bijdrage die richtlijn tot uitgangspunt genomen. Ten aanzien van het in deze bijdrage te behandelen onderwerp wijken oud en nieuw overigens niet inhoudelijk van elkaar af.

2.1 Overheidsopdracht

In de Algemene richtlijn wordt onder ‘overheidsopdrachten’ verstaan:¹⁰

‘schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten in de zin van deze richtlijn’.

Aanbestedende diensten zijn volgens de Algemene richtlijn onder meer de staat, zijn territoriale lichamen en publiekrechtelijke instellingen. De centrale overheid en decentrale overheden, zoals ministeries, Hoge Colleges van Staat,

7 In het navolgende wordt daarbij enkel verwezen naar de richtlijnen voor de klassieke sectoren; de hier behandelde onderwerpen gelden echter *mutatis mutandis* voor de richtlijnen voor de nutssectoren.

8 Zie richtlijn 93/37/EG, *PbEG* L199/54 van 14 juni 1993 (Werken); richtlijn 93/36/EG, *PbEG* L199/1 van 14 juni 1993 (Leveringen); richtlijn 92/50/EG, *PbEG* L 209/1 van 18 juni 1992 (Diensten).

9 Richtlijn 2004/18/EG, *PbEG* L134/114 van 31 maart 2004.

10 Zie artikel 1 lid 2 onder a Algemene richtlijn.

provincies, gemeenten en waterschappen, vallen in ieder geval onder het begrip 'aanbestedende dienst'. Daarnaast worden ook publiekrechtelijke instellingen als aanbestedende dienst aangemerkt. Onder publiekrechtelijke instelling wordt ingevolge de Algemene richtlijn verstaan,¹¹ iedere instelling:

- '- die is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn,
- die rechtspersoonlijkheid bezit, en
- waarvan of wel de activiteiten in hoofdzaak door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, ofwel het beheer onderworpen is aan toezicht door deze laatste, ofwel de leden van het bestuursorgaan, het leidinggevend of het toezichthoudend orgaan, voor meer dan de helft door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.'

Bijlage III bij de Algemene richtlijn bevat een niet-limitatieve lijst van publiekrechtelijke instellingen. Op deze lijst staan de publiekrechtelijke instellingen die volgens de meest recente inzichten aldus worden beschouwd. De lijst voor Nederland is omvangrijk. De meest actuele versie is te vinden op de website van het ministerie van Economische Zaken.¹² Uit dit overzicht blijkt dat onder meer universiteiten, academische ziekenhuizen, de Nederlandse Bank en de Sociale Verzekeringsbank worden aangemerkt als publiekrechtelijke instelling.

De Algemene richtlijn is slechts van toepassing als sprake is van een aanbestedende dienst; dus wanneer de overheid in ruime zin een opdracht wil plaatsen. Het is van belang te realiseren dat de Europese aanbestedingsrichtlijnen aldus niet van toepassing zijn op opdrachten die door private partijen, zoals ondernemingen of consumenten, geplaatst worden.¹³

Wanneer een aanbestedende dienst een overheidsopdracht in de markt zet waarvan de waarde boven het relevante drempelbedrag uitkomt, is de regeling van de Algemene richtlijn van toepassing. Bij het vaststellen van de waarde van een opdracht gaat het om de geraamde waarde. De Algemene richtlijn zelf bevat een methode voor de berekening hiervan.¹⁴ Afhankelijk van de soort overheidsopdracht geldt voor leveringen en diensten een drempelwaarde van € 154.000,- (ruwweg voor opdrachten geplaatst door de centrale overheid) of € 236.000,- (voor opdrachten geplaatst door de overige aanbestedende diensten, opdrachten in verband met defensie en diensten van bijlage

11 Artikel 1 lid 9 Algemene richtlijn.

12 Zie <www.minez.nl> onder Onderwerpen/Index/Europees aanbesteden overheid/overheidsorganisatie/publiekrechtelijke instelling.

13 Ingevolge de richtlijn Nutssectoren kunnen private partijen die een relevante activiteit uitoefenen in de zin van die richtlijn, aanbestedingsplichtig zijn conform die richtlijn.

14 Zie artikel 9 van de Algemene Richtlijn.

IIb), exclusief BTW. Voor overheidsopdrachten voor werken ligt de drempelwaarde op € 5.923.000,-.¹⁵

2.2 Werken, leveringen en diensten

De Algemene richtlijn geeft ook definities van de overheidsopdrachten die binnen het toepassingsgebied vallen. Onder ‘overheidsopdrachten voor werken’ moet volgens artikel 1 lid 2 onder b van de Algemene richtlijn worden verstaan:

‘overheidsopdrachten die betrekking hebben op hetzij de uitvoering, hetzij zowel het ontwerp als de uitvoering van werken in het kader van een van de in bijlage I vermelde werkzaamheden of van een werk, dan wel op het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet. Een ‘werk’ is het product van een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen’.

In de Algemene richtlijn wordt onder ‘overheidsopdrachten voor leveringen’ verstaan (artikel 1 lid 2 onder c):

‘andere dan onder b) bedoelde overheidsopdrachten die betrekking hebben op de aankoop, leasing, huur of huurkoop, met of zonder koopoptie, van producten’.

Tenslotte worden ‘overheidsopdrachten voor diensten’ in artikel 1 lid 2 sub d gedefinieerd als:

‘andere overheidsopdrachten dan overheidsopdrachten voor werken of leveringen, die betrekking hebben op het verrichten van de in bijlage II bedoelde diensten. Een overheidsopdracht die zowel op producten als op diensten in de zin van bijlage II betrekking heeft, wordt als een ‘overheidsopdracht voor diensten’ beschouwd indien de waarde van de desbetreffende diensten hoger is dan die van de in de opdracht opgenomen producten’.

In twee bijlagen wordt een overzicht gegeven van de werkzaamheden (Bijlage I) en diensten (Bijlage II) waarop de richtlijn van toepassing is. Bijlage I bevat een opsomming van bouwkundige werkzaamheden zoals het bouwrijp maken van terreinen, burgerlijke en utiliteitsbouw waaronder de bouw van gebouwen en de uitvoering van civieltechnische werken, weg- en waterbouw waaronder de bouw van autowegen, haven- en rivierwerken, installatiewerkzaamheden en afwerking van gebouwen.

¹⁵ Zie Verordening 1874/2004/EG van de Commissie van 28 oktober 2004, *Pb* L 326/17 van 29 oktober 2004.

Bijlage II is onderverdeeld in Bijlage IIA en Bijlage IIB, aangezien de Algemene richtlijn onderscheid maakt tussen diensten waarop het volle regime van de Richtlijn van toepassing is (IIA-diensten) en opdrachten voor diensten waarvoor slechts enkele procedurevoorschriften gelden (eigenlijk alleen gemeenschappelijke regels op technisch gebied en een verplichting tot bekendmaking achteraf), de zogenoemde IIB-diensten.¹⁶ Onder diensten in de zin van de richtlijn vallen bijvoorbeeld onderhoud en reparatie, vervoersdiensten, diensten van financiële instellingen: verzekeringsdiensten, bankdiensten en diensten in verband met beleggingen, diensten van architecten, diensten van reiniging van gebouwen en beheer van onroerend goed, straatreiniging en afvalinzameling. Deze bijlagen maken naast een omschrijving gebruik van zogenoemde CPC- en CPV-codes.¹⁷ Door het hanteren van deze codes kan het voorwerp van de opdracht met aanzienlijke nauwkeurigheid worden beschreven.

Tenslotte moet worden gewezen op afdeling 3 van de Algemene richtlijn, waar een aantal overheidsopdrachten wordt uitgesloten van toepassing van de richtlijn. Zo worden de opdrachten met betrekking tot verwerving of huur van grond, bestaande gebouwen of andere onroerende zaken uitgesloten van de toepasselijkheid van de richtlijn. Ook arbeidsovereenkomsten vallen onder de uitgesloten overeenkomsten. Wanneer overheidsopdrachten op deze categorieën zien, behoeven de aanbestedingsprocedures neergelegd in de Algemene richtlijn derhalve niet gevolgd te worden. Aanbestedende diensten zijn in deze gevallen vrij bij het kiezen van haar contractspartij.

2.3 Afbakening

Om de juiste drempelwaarde te kunnen bepalen waaraan getoetst moet worden, is het van belang om vast te stellen of bij een overheidsopdracht sprake is van een werk, een levering of een dienst. Immers, leveringen en diensten moeten bij aanzienlijk lagere drempels worden aanbesteed dan de opdrachten voor werken. De Algemene richtlijn geeft hiervoor een richtsnoer. Een overheidsopdracht die betrekking heeft op de levering van producten en in *bijkomende orde* op werkzaamheden voor het aanbrengen en installeren wordt beschouwd als een 'overheidsopdracht voor leveringen'.¹⁸ Aldus wordt een overheidsopdracht die zowel op producten als op diensten in de zin van bijlage II betrekking heeft, beschouwd als een 'overheidsopdracht voor diensten' indien de waarde van de betreffende diensten hoger is dan die van de in de opdracht opgenomen producten. Ook een overheidsopdracht die op de

¹⁶ Zie artikel 20 en 21 Algemene richtlijn.

¹⁷ Zie Verordening 2151/2003/EG van de Commissie van 16 december 2003, *Pb L 329/1* van 17 december 2003.

¹⁸ Artikel 1 lid 2 onder c van de Algemene richtlijn.

in bijlage II bedoelde diensten betrekking heeft en *slechts bijkomstig* ten opzichte van het hoofdvoorwerp van de opdracht werkzaamheden als bedoeld in bijlage I omvat, wordt als een overheidsopdracht voor diensten beschouwd.¹⁹

Wat precies met ‘slechts bijkomstig’ of ‘in bijkomende orde’ wordt bedoeld vermeldt de Algemene richtlijn niet. Voor elke overheidsopdracht zal de aanbestedende dienst dit apart moeten beoordelen. Bij die beoordeling van gemengde opdrachten achten wij doorslaggevend de aard van de opdracht. De Algemene richtlijn gaat er vanuit dat bij elke opdracht sprake is van een hoofdvoorwerp en een voorwerp van bijkomende orde. Hoewel bijkomstigheid iets anders is dan waarde, speelt de waarde van de beide onderdelen bij deze beoordeling wel een rol.²⁰ Het voorwerp met de grootste waarde moet worden gekwalificeerd als het hoofdvoorwerp.²¹ Dit wordt expliciet bepaald ten aanzien van het onderscheid tussen diensten en leveringen.²² Voor het onderscheid tussen leveringen en diensten (het omgekeerde dus) wordt de frase ‘in bijkomende orde’ gebruikt. Ten aanzien van de overheidsopdracht voor werken voorziet de Algemene richtlijn niet in een dergelijke vuistregel; de Algemene richtlijn zwijgt over leveringen die noodzakelijkerwijs gepaard gaan met de realisatie van een werk. Ook hier kan de vuistregel echter worden toegepast.

Overigens gaat de Algemene richtlijn wel specifiek in op het ontwerp van een werk.²³ Gedacht moet worden aan de ontwerpwerkzaamheden die aan de realisatie van het werk vooraf gaan. Dit zijn veelal diensten in de zin van de Algemene richtlijn; blijkens de definitie vallen deze diensten echter onder het begrip ‘overheidsopdracht voor werken’. Betekent dit dat alle opdrachten voor diensten in het kader van een werk, zoals technische adviezen of projectmanagementdiensten, niet zelfstandig behoeven te worden aanbesteed? De meningen hierover in de literatuur zijn verdeeld.²⁴ In ieder geval geldt dat diensten en leveringen die niet noodzakelijk verbonden zijn met een werk niet bij de waarde van het werk mogen worden opgeteld om aldus aan de toepasselijkheid van de richtlijn te ontkomen. Zo zijn projectmanagementdiensten in de vorm van directievoering of toezicht namens de opdrachtgever over het algemeen niet noodzakelijk verbonden met de totstandkoming van een werk,

19 Artikel 1 lid 2 onder d van de Algemene richtlijn.

20 Aldus W.G.Ph.E. Wedekind, ‘Het begrip ‘werk’; een rondweg door verschillende ontwikkelingen’, in: M.A.M.C. van den Berg, M.A.B. Chao-Duivis en H. Langendoen, *Aangenomen werk* (Liber Amicorum M.A. van Wijngaarden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2003 (Wedekind 2003), p. 160.

21 Zie S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Londen 1996, p. 142 e.v.

22 Zie ook artikel 2 van de richtlijn Diensten 92/50/EG, waar in geval een opdracht ziet op zowel leveringen als diensten is bepaald dat zij onder de werkingssfeer van de richtlijn Diensten valt indien de waarde van de betrokken diensten die van de in de opdracht opgenomen producten te boven gaat.

23 Zie de definitie van ‘overheidsopdracht voor werken’ van artikel 1 lid 2 onder a Algemene richtlijn.

24 Zie Wedekind 2003, p. 157.

al is duidelijk dat die werkzaamheden wel een relatie tot het werk hebben. Het onderbrengen van die diensten bij het werk zou als een ontoelaatbaar 'plakken' kunnen worden gekwalificeerd. Hetzelfde geldt voor de samenvoeging van werken en diensten in de vorm van een *design & construct*-opdracht en het vervolgens – met gebruikmaking van de percelenregeling – onderhands aanbesteden van de '*design*'-werkzaamheden; de Europese aanbesteding zelf ziet dan immers nog slechts op de uitvoering ('*construct*'), waarmee deze opzet alsnog ontoelaatbaar moet worden geoordeeld ('oneigenlijk plakken').

De vraag of het gaat om werken of diensten is tenminste éénmaal aan het Hof van Justitie EG (hierna: HvJ-EG) voorgelegd.²⁵ In de zaak *Gestion Hotelera* ging het om de exploitatie van een hotelbedrijf, waarbij tevens werken moesten worden uitgevoerd om de betrokken ruimten geschikt te maken voor de uitoefening van de activiteiten. De uitspraak is gewezen onder richtlijn 92/50 (Diensten). Het HvJ-EG overwoog dat uit richtlijn 71/305 (richtlijn Werken) voortvloeit dat een overeenkomst slechts als een opdracht voor de uitvoering van werken kan worden beschouwd, indien zij betrekking heeft op de uitvoering van een werk en dat, voorzover de werken bijkomstig zijn en niet het eigenlijke voorwerp van de opdracht uitmaken, zij niet de indeling van de overeenkomst als overheidsopdracht voor de uitvoering van werken kunnen rechtvaardigen. Het HvJ-EG liet het vervolgens aan de nationale rechter over om te bepalen of de werken in casu 'bijkomstig' waren of niet.

Bij de Nederlandse rechter heeft een zaak gespeeld waar sprake was van samenloop van leveringen en werken.²⁶ De zaak had betrekking op een onderhandse aanbesteding voor een mechanische hijsinstallatie voor decorstukken in een theater (een zogenoemde trekkenwand). De Voorzieningenrechter oordeelde dat dergelijke installaties niet als zodanig als product verkrijgbaar zijn, maar als maatwerk moeten worden samengesteld uit een groot aantal componenten. De te leveren trekkenwand was daarom volgens de Voorzieningenrechter geen product in de zin van de richtlijn Leveringen; het aanbrengen van de trekkenwand vormde naar zijn oordeel:

'het verrichten van installatie werkzaamheden en tevens werkzaamheden ten behoeve van de afwerking van het betreffende theater teneinde het aan zijn functie te doen beantwoorden. Daarop is de richtlijn Werken wel en de richtlijn Leveringen niet van toepassing'.

Wedekind²⁷ plaatst kanttekeningen bij de redenering van de Voorzieningenrechter. Volgens Wedekind is het voor de toepassing van de richtlijn Werken essentieel dat het gaat om een werk als daarin gedefinieerd of om werkzaam-

25 Zie de uitspraak van het HvJ-EG 19 april 1994, zaak C-331/92, *Pb* C 132 (1994), p. 5.

26 Gewezen onder de richtlijnen 92/50 en 93/37/EG. Zie Pres. Rb. 's-Hertogenbosch 25 november 2002, *Roden Staal B.V./Gemeente Waalwijk en Roden Staal B.V./Theater Markant N.V.* (n.g.), genoemd in *Handboek Aanbestedingsrecht*, p. 517.

27 Wedekind 2003, p. 158-159.

heden volgens de NACE nomenclatuur (zie bijlage II bij de richtlijn Werken). Zou het in het onderhavige geval gaan om de (nieuw)bouw van een theater en daarbij een trekkenwand worden geïnstalleerd, dan acht Wedekind het oordeel van de Voorzieningenrechter juist. Zou het alleen gaan om het vervangen van een oude trekkenwand in een reeds bestaand theater, dan acht hij primair de richtlijn Leveringen van toepassing.

Dat de grens tussen leveringen en werken bijzonder moeilijk aan te geven is, wordt bevestigd door de uitspraak van het Hof Den Bosch²⁸ in het hoger beroep in bovengenoemde kwestie. Het Hof vernietigde daarin de uitspraak van de Voorzieningenrechter en oordeelde dat de opdracht betrekking had op de levering van producten in de zin van de richtlijn Leveringen, die mede de nodige werkzaamheden voor het aanbrengen en installeren omvatte. Het Hof nam daarbij in aanmerking dat de aard en de omvang van de werkzaamheden voor het aanbrengen en installeren van trekkeninstallaties van bijkomstige aard zijn ten opzichte van het te leveren materiaal dat geassembleerd en gemonteerd wordt en aldus de trekkeninstallatie vormt. Ook een rol in deze zaak speelde dat Roden Staal onvoldoende weersproken had gesteld dat zij een producent was van diverse stalen producten en geen installateur.

Uit het bovenstaande blijkt dat het ondanks de definities van werken, leveringen en diensten in de Algemene richtlijn in een concreet geval soms niet eenvoudig is aan te geven onder welke omschrijving de opdracht valt. Het grensgebied bevat vele casusposities.

3 NEDERLANDS BW

Ook in het BW zijn definities opgenomen voor werken, leveringen en diensten; een definitie van de overeenkomst van aanneming van werk, van de overeenkomst van koop en van de overeenkomst van opdracht. Behoeven deze definities aanpassing in het licht van de Europese aanbestedingsregelgeving?

In het BW zijn de overeenkomst van aanneming van werk en de overeenkomst van opdracht via de definitiebepalingen in Boek 7 om historische redenen sterk verbonden met de arbeidsovereenkomst. Aanneming van werk beschouwden de Romeinen als een vorm van huurovereenkomst, naast de huur van zaken en de overeenkomst van verhuur en huur van diensten. De wetgever van 1838 heeft dit onderscheid overgenomen waar het betreft de huur van goederen en huur van diensten, werk en nijverheid.²⁹ In het huidige BW hebben de overeenkomst van aanneming van werk, de overeenkomst van opdracht en de arbeidsovereenkomst ieder een eigen plaats gekregen, maar de verwantschap blijkt nog uit de definities. Ook de koopovereenkomst heeft

²⁸ Hof 's-Hertogenbosch 9 december 2003, <www.rechtspraak.nl>, LJN AO2810.

²⁹ Waarover M.A.M.C. van den Berg, 'Een nieuwe regeling voor aanneming van werk', *Bouwwrecht* 2002 (Van den Berg 2002), p. 1015-1016.

een eigen titel in Boek 7. De arbeidsovereenkomst blijft hier verder buiten beschouwing omdat deze buiten het toepassingsgebied van het Europese aanbestedingsrecht valt.³⁰

3.1 Aanneming van werk, opdracht en koop

Titel 7.12 van het BW is gewijd aan aanneming van werk en bestaat uit twee afdelingen. De eerste betreft aanneming van werk in het algemeen. De aanneming van bouwwerken is niet apart geregeld; deze contracten vallen onder de algemene regeling. Volgens de Memorie van Toelichting zal de wettelijke regeling voor dit soort contracten in de meeste gevallen van beperkte betekenis zijn omdat zij bijna altijd beheerst worden door algemene voorwaarden.³¹ Deze algemene voorwaarden blijven hier buiten beschouwing. Dit geldt eveneens voor de tweede afdeling van titel 7.12 BW die bijzondere bepalingen bevat voor de bouw van een woning in opdracht van een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf (consument); de Europese aanbestedingsrichtlijnen richten zich immers slechts tot de overheid – als opdrachtgever – in ruime zin en niet tot de consument.

In de algemene bepalingen voor de aanneming van werk heeft de wetgever de definitie voor deze overeenkomst opgenomen in artikel 7:750 eerste lid BW:

‘Aanneming van werk is de overeenkomst waarbij de ene partij, de aannemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt om buiten dienstbetrekking een werk van stoffelijke aard tot stand te brengen en op te leveren, tegen een door de opdrachtgever te betalen prijs in geld’.

De definitie van de overeenkomst van opdracht is terug te vinden artikel 7:400 eerste lid BW:

‘De overeenkomst van opdracht is de overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitgeven van werken of het vervoeren of het doen vervoeren van personen of zaken’.

Het onderscheid tussen de aanneming van werk en de opdracht enerzijds en de arbeidsovereenkomst anderzijds ligt hierin dat de aanneming van werk of de arbeid verricht ter uitvoering van een overeenkomst van opdracht *niet*

³⁰ Vergelijk HR 10 december 2004, NJ 2005, 239 (overeenkomst van opdracht of arbeidsovereenkomst?)

³¹ J.M. Hebly m.m.v. N. Lorenzo van Rooij, *Aanneming van werk, De parlementaire geschiedenis*, Zutphen: 2004, p. 18.

in dienstbetrekking geschiedt. Bij de aanneming van werk gaat het er voorts om dat het afgesproken werk gereedkomt. De te verrichten arbeidsprestatie en het uitvoeringsproces zijn zelf tot voorwerp van de overeenkomst gemaakt.³²

Het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard omvat in ieder geval het vervaardigen van een nieuwe zaak, maar ook het werken aan een reeds bestaande zaak zoals het bewerken, uitbreiden, veranderen, repareren en slopen daarvan.³³ Blijkens de Memorie van Toelichting³⁴ heeft de titel aanneming van werk betrekking op een ruime variëteit aan contracten; genoemd worden met name de overeenkomst tot het wassen en stomen van kleren en de overeenkomst tot het repareren van gebruiksvoorwerpen. Bij de overeenkomst van opdracht wordt in tegenstelling tot de aanneming van werk geen werk van stoffelijke aard tot stand gebracht. Het gaat daarbij om dienstverlening door min of meer zelfstandig werkzame personen, zoals de makelaar, notaris, advocaat, arts of architect.³⁵

Ook de koopovereenkomst is in Boek 7 BW geregeld en wel in de eerste titel van dit boek. Artikel 7:1 luidt:

‘Koop is de overeenkomst waarbij de een zich verbindt een zaak te geven en de ander om daarvoor een prijs in geld te betalen’.

Bij de aanneming van bouwwerken is het gebruikelijk dat de aannemer zich niet enkel verbindt tot het verrichten van arbeid, maar tevens de materialen levert die voor het tot stand brengen van een werk noodzakelijk zijn. Wat is dan het criterium om te spreken van een koopovereenkomst of een overeenkomst tot aanneming van werk? De Memorie van Toelichting³⁶ zegt hierover dat problemen van afbakening met het koopcontract door de rechtspraak zullen moeten worden opgelost. In de literatuur³⁷ zijn voor dit onderscheid twee criteria ontwikkeld: de aard van het te vervaardigen object en de aard van de te verrichten prestatie. Bij de aard van het object gaat het om de vraag of een zaak vervangbaar is in economische zin; dat wil zeggen dat het niet gaat om de specifieke, individuele eigenschappen van een object. Wordt deze vraag bevestigend beantwoord dan is sprake van koop, anders van aanneming. Van aanneming is voorts slechts sprake als de arbeidsprestatie zelf voorwerp is van de overeenkomst, omdat de opdrachtgever er belang bij heeft dat het werk

32 Van den Berg 2002, p. 1015.

33 C.W.M. van Ballegooijen, ‘Zijn schoonmaaksters aannemers van werk’, *WPNR* 1998 (6309), p. 1403-1405.

34 Hebly/Lorenzo, t.a.p., p. 18.

35 J.M.H.P. van Neer-van den Broek, ‘De overeenkomst van opdracht’, in: C.J. van Zeben e.a., *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer, 1998, p. 334.

36 Hebly/Lorenzo, t.a.p., p. 28.

37 Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen 1994, p. 355 e.v.

op een bepaalde wijze tot stand wordt gebracht. Bij koop gaat het primair om de overdracht van een zaak.

Ook is het mogelijk dat overeenkomsten worden gesloten die voldoen aan de omschrijving van twee of meer in de wet geregelde overeenkomsten. Op grond van artikel 6:215 BW geldt als hoofdregel voor dergelijke contracten dat de voor elk van die soorten gegeven bepalingen naast elkaar op de overeenkomst van toepassing zijn, behoudens voorzover deze bepalingen niet wel verenigbaar zijn of de strekking daarvan in verband met de aard van de overeenkomst zich tegen toepassing verzet. Den Boer en Wildenburg³⁸ geven als voorbeeld van dergelijke gemengde contracten de overeenkomsten die worden gesloten met ambachtelijke dienstverleners. Dit zijn vaak middelgrote tot kleine bedrijven waar een zekere mate van handwerk wordt verricht en de werkzaamheden betrekking hebben op onder meer onderhoud, reparatie of installatie van zaken.

3.2 Afbakening

In de praktijk is met een zekere regelmaat sprake van afbakeningsproblemen voor overeenkomsten die betrekking hebben op het grensgebied van aanneming van werk, opdracht en koop. Wat te denken van het schoonmaken van sloten, het snoeien en rooien van bomen, de renovatie van een gevel, schoonmaakwerkzaamheden, het schillen van uien, het saneren van de bodem, de revisie van een motor, de werkzaamheden van een bouwmanager, de fabricage en montage van ketelinstallaties, een turnkey-contract, de bouw van een schip, etc.³⁹ Ook de overeenkomst tot het wassen en stomen van kleren is een moeilijk te kwalificeren overeenkomst. De Memorie van Toelichting noemt deze overeenkomst expliciet als voorbeeld van een overeenkomst tot aanneming van werk, maar eerder zou deze overeenkomst als opdracht kunnen worden aangemerkt omdat geen sprake is van het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard. Evenmin is echter sprake van een 'geestelijk' werk zoals dat vaak in een overeenkomst van opdracht wordt ingelezen.

In de jurisprudentie zijn regelmatig grensgevallen aan de orde geweest. De lijn in de jurisprudentie is evenwel niet echt consistent. Thunnissen⁴⁰ geeft een uitgebreide opsomming van de vroegere jurisprudentie omtrent het onderscheid tussen aanneming van werk en koop. Genoemd worden bijvoorbeeld de overeenkomst tot het bouwen van een schip, dat de rechtbank Rotterdam beschouwde als aanneming van werk terwijl het Hof Den Bosch die overeenkomst als koop kwalificeerde; de overeenkomst tot levering van grond met

38 W.A. den Boer en A.C.A. Wildenburg, Recente ontwikkelingen in de ambachtelijke dienstverlening, *Tijdschrift voor consumentenrecht*, 1993-5, p. 281-295.

39 Zie voor voorbeelden Van Ballegooijen, t.a.p., p. 1404.

40 Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen 1994, p. 356-358.

een daarop te bouwen huis tegen één prijs, die door de rechtbank Rotterdam aangemerkt werd als aanneming hetgeen het Hof diskwalificeerde; en koop die in plaats van aanneming werd aangenomen bij de levering tegen een bepaalde prijs van een complete drooginrichting voor aardappelen met inbegrip van montage en transportkosten.

Ook de latere jurisprudentie laat een divers beeld zien, bijvoorbeeld op het grensgebied van diensten en aanneming van werk. Hoge Raad 6 maart 1991 (NJ 1991, 415) – het lossen van vis: een exploitant van twee viskotters bediende zich van losse hulpen voor het verplaatsen van kisten met vis van het dek van haar kotters naar de kade en voor het schoonspuiten van het dek. Tevoren werd een bepaalde vergoeding voor het werk afgesproken; in totaal f 300,-. De Hoge Raad oordeelde dat, gelet op de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 BW en in overeenstemming met de heersende leer, na 'werk' in deze definitie moet worden ingevoegd 'van stoffelijke aard'.⁴¹ Het verplaatsen van de kisten met vis en het schoonspuiten van het dek kan volgens de Hoge Raad niet worden aangemerkt als het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard; de tussen de exploitant en de losse hulpen gesloten overeenkomsten moesten daarom worden gekwalificeerd als overeenkomsten tot het verrichten van enkele diensten.

Soms wordt aanneming van werk omschreven als het *bewerken* van een stoffelijk voorwerp. Hoge Raad 7 december 1994 (BNB 1995, 50) – het schillen van uien:

'Nu het schillen van uien, zijnde het bewerken van stoffelijke voorwerpen, moet worden aangemerkt als het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard en belanghebbende per baal betaalt, laat dit geen andere gevolgtrekking toe dan dat de overeenkomsten worden gekwalificeerd als aanneming van werk'.

Ook het pellen van bloembollen, zijnde het bewerken van stoffelijke voorwerpen, door seizoenarbeiders moest worden aangemerkt als het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard; het Hof gaf volgens de Hoge Raad geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting dat de werkzaamheden moesten worden gekwalificeerd als te zijn verricht ingevolge een overeenkomst van aanneming van werk als bedoeld in artikel 7A: 1637b BW.⁴²

De vraag is echter of het bewerken van een stoffelijk voorwerp gelijk moet worden gesteld aan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard. Bijvoorbeeld in geval van schoonmaakwerkzaamheden. Schoonmakers bewerken een stoffelijke zaak, maar kan ook worden volgehouden dat zij een werk van stoffelijke aard tot stand brengen? Deze vraag beantwoordde de Hoge Raad in zijn arrest van 8 april 1998 (BNB 1998, 210). De staatssecretaris had zich beroepen op het onderscheid tussen het bewerken van een zaak van

41 Dit vereiste is thans in de wettelijke definitie opgenomen, zie artikel 7:750 BW.

42 HR 17 april 1996, <www.rechtspraak.nl>, LJN AA1955.

stoffelijke aard en geestelijke arbeid. Slechts wanneer gesproken kan worden van geestelijke arbeid kan de overeenkomst naar zijn mening worden gekwalificeerd als een overeenkomst tot het verrichten van diensten. De Hoge Raad oordeelde echter dat bij schoonmaakwerkzaamheden geen sprake is van het *vervaardigen of veranderen* van een stoffelijk object. De Hoge Raad kwam daarom tot de conclusie dat geen sprake was van aanneming van werk in de zin van het BW. Op basis van de Invorderingswet 1990, die een autonoom criterium hanteert ten opzichte van het BW, moest echter worden aangenomen dat schoonmaakwerkzaamheden wél het uitvoeren van een werk van stoffelijke aard betrof. In gelijke zin de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 28 augustus 2003⁴³ waar het ging om de vraag of schoonmaakwerkzaamheden onder de Wet ketenaansprakelijkheid als het uitvoeren van een werk van stoffelijke aard moesten worden beschouwd. De Centrale Raad van Beroep beantwoordde deze vraag bevestigend. Uit deze rechtspraak blijkt dat het mogelijk is dat op grond van het BW geen sprake is van aanneming van werk, terwijl dat op basis van andere Nederlandse wetgeving wél het geval is.

In de uitspraak van het Hof Amsterdam van 15 juli 1982 (BR 1983, 62) ging het om de vraag of een bouwmanager met zijn opdrachtgever een overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten had gesloten of dat de werkzaamheden werden verricht krachtens aanneming van werk, waarvoor een vestigingsvergunning vereist zou zijn. Voor de opdrachtgever werden begrotingen opgesteld teneinde behulpzaam te zijn bij de keuze van aannemers en de bouwmanager oefende toezicht uit tijdens de bouw. Gesteld werd dat dit uitsluitend in opdracht van de opdrachtgever gebeurde, dat de bouwmanager niet de opdrachten aan de aannemers gunde en dat de opdrachtgever in eigen beheer bouwde. Het Hof achtte onvoldoende bewijs aanwezig dat de werkzaamheden werden uitgevoerd krachtens aanneming van werk.

Tenslotte een aantal uitspraken op het grensgebied tussen koop en aanneming. In het tussenvonnis van de Raad van Arbitrage voor de bouwbedrijven van 20 augustus 1992 (BR 1993, 404) ging het om een beroep op onbevoegdheid door de aannemer die stelde dat zijn algemene voorwaarden van toepassing waren. Deze algemene voorwaarden betroffen specifieke leveranciersvoorwaarden terwijl de gesloten overeenkomst volgens de arbiters diende te worden gekwalificeerd als een aannemingsovereenkomst: het betreffende stalen ruimtevakwerk diende niet alleen door de aannemer geleverd en gemonteerd te worden, maar ook vervaardigd. Dat zij deze vervaardiging weer had uitbesteed aan een derde deed volgens arbiters niet ter zake, nu deze derde in de relatie met opdrachtgever als onderaannemer moest worden beschouwd. Gelet hierop waren de in het bestek opgenomen administratieve voorwaarden meer toegesneden op de overeenkomst en onder deze omstandigheden van toepassing.

43 CRvB 28 augustus 2003, <www.rechtspraak.nl>, LJN AN7110.

De rechtbank Zutphen oordeelde op 29 oktober 1992 (BR 1993, 90) over een overeenkomst voor de fabricage en montage van ketelinstallaties. Opdrachtgever was de gemeente Rotterdam en MFB de uitvoerder. MFB had schade veroorzaakt en vorderde uitkering van de verzekeraar. De verzekeraar stelde dat MFB behalve als aannemer tevens als leverancier bij het werk betrokken was en dat de polis geen dekking bood voor de door MFB als leverancier veroorzaakte schade. De rechtbank oordeelde dat het feit dat de opdracht zowel het verrichten van arbeid omvatte als het fabriceren van componenten en/of onderdelen van de installatie en de levering daarvan, niet in de weg staat aan de kwalificatie van de opdracht in haar geheel als aanneming van werk.

Genoemd kan ook worden de uitspraak van het Hof Arnhem van 13 november 2002.⁴⁴ Het geschil betrof een opgelegde aanslag voor vennootschapsbelasting. De ondernemingsactiviteiten bestonden onder meer uit het ontwikkelen en produceren van pompsystemen, alsmede de verkoop en serviceverlening daarvan. Het Hof oordeelde dat de bepalingen in de overeenkomst er niet op wezen dat de belanghebbende zich had verbonden tot het tot stand brengen van een bepaald werk van stoffelijke aard (de bouw van een – gedeelte van een – waterzuiveringsinstallatie). Die bepalingen duiden er volgens het Hof veeleer op dat een overeenkomst van verkoop van 'equipment en instruments, etc.' was aangegaan. De omstandigheid dat belanghebbende op grond van de overeenkomst was gehouden tot het nakomen van 'extra' verplichtingen – onder meer het leveren van technische documenten, het verlenen van technische bijstand (waaronder het beschikbaar stellen van monteurs) en het verzorgen van opleidingen – deed naar het oordeel van het Hof niet af aan het karakter van de koopovereenkomst.

Gelet op bovengenoemde jurisprudentie blijft het ook naar Nederlands recht bij grensgevallen moeilijk aan te geven tot welke categorie een overeenkomst behoort. In de praktijk doen zich bij de toepassing van het BW aldus gelijksoortige problemen voor bij de afbakening van aanneming van werk, koop en opdracht als bij de toepassing van de Europese aanbestedingsrichtlijnen bij de afbakening tussen werken, leveringen en diensten.

4 EUROPEES AANBESTEDINGSRECHT EN NEDERLANDS BW

De Europese aanbestedingsregelgeving heeft ten doel het tot stand brengen van een interne markt met gelijke mededingingsvoorwaarden voor overheidsopdrachten in alle lidstaten. Deze regelgeving bestrijkt alle overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten die boven de drempelwaarden uitkomen en heeft aldus tot gevolg dat nagenoeg alle economische sectoren met

44 Hof Arnhem 13 november 2002, <www.rechtspraak.nl>, L/JN AF2925.

de aanbestedingsregelgeving in aanraking komen. Een onjuiste kwalificatie van de opdracht mag er niet toe leiden dat de werking van de richtlijnen wordt gefrustreerd.⁴⁵ De Europese drempelwaarde voor de aanbesteding van werken ligt aanzienlijk hoger dan die voor overheidsopdrachten voor leveringen en diensten. Wanneer de drempelwaarde niet gehaald wordt, is de Algemene richtlijn niet van toepassing en behoeft niet Europees te worden aanbesteed. Onder omstandigheden kan derhalve behoefte bestaan een opdracht zodanig te kwalificeren dat geen Europese aanbestedingsplicht bestaat. Het gaat dan met name om het spanningsveld tussen aanneming van werk ('werken') aan de ene kant en koop en opdracht ('leveringen en diensten') aan de andere kant.

Centraal bij de aanneming van werk staat *het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard*. Het begrip 'werk' is in het BW niet nader gedefinieerd. Het is duidelijk dat deze definitie niet overeenkomt met de definitie in de Algemene richtlijn, waar gesproken wordt over een werk als het product van een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken [...] in het kader van werkzaamheden in de zin van bijlage I of over een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet.⁴⁶ In de Algemene richtlijn wordt het 'werk' aldus uitdrukkelijk beperkt tot de bouw; bij de aanneming van werk in het BW daarentegen is sprake van een algemene regeling.⁴⁷

Afgezien van deze beperkte werkingssfeer van het begrip 'werk' in de Algemene richtlijn overheersen de overeenkomsten met de aanneming van werk in het BW. Zo wordt in het BW onder het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard begrepen het *bewerken* van een werk van stoffelijke aard. Dit betekent dat ook de reparatie en wellicht ook het onderhoud van een stoffelijk object als aanneming van werk wordt gekwalificeerd. Ook in de toelichting bij afdeling 45 van Bijlage I van de Algemene richtlijn wordt vermeld dat deze afdeling nieuwbouw, restauratiewerk en gewone reparaties omvat. In beide gevallen zullen reparatie of onderhoud dus eveneens als een werk gekwalificeerd kunnen worden. Enkel in die gevallen waarin van bouwkundige of civieltechnische werken geen sprake is, zoals bij het wassen en stomen van (bedrijfs)kleding – dat volgens de Memorie van Toelichting onder aanneming van werk moet worden geschaard – valt niet te verwachten dat eveneens sprake zal zijn van een overheidsopdracht voor werken in de zin van de Algemene richtlijn. Dit geldt evenzeer voor het snoeien van bomen en groenonderhoud. In deze en soortgelijke gevallen dienen de opdrachten bij toepasselijkheid van de Algemene richtlijn te worden gekwalificeerd als overheidsopdrachten voor diensten, met de daarbij behorende drempelwaarde van € 236.000,-.

In de grensgebieden rond opdracht en koop doen zich zowel ingevolge het BW als bij toepassing van de Algemene richtlijn soms afbakingsproblemen

45 Zie HvJ-EG 12 juli 2001, C-399/98, *NJ* 2002, 11, r.o. 52.

46 Artikel 1 lid 2 sub b Algemene richtlijn.

47 Zie noot 32.

voor; die hangen echter niet zozeer samen met de reikwijdte van de definities als wel met specifieke omstandigheden van het geval. Grensgeschillen tussen het BW en de Algemene richtlijn zijn op deze gebieden (leveringen en diensten) dan ook niet snel te verwachten, nog daargelaten dat het onderscheid voor een Europese aanbestedingsplicht ook nauwelijks van belang is. In alle gevallen geldt evenwel dat de uitleg van de BW-bepalingen niet zodanig zal mogen afwijken van de bedoeling van de Europese regelgever dat de goede werking van de richtlijn in het gedrang komt.

5 CONCLUSIE

Zowel het Europese aanbestedingsrecht als het Nederlandse BW hanteren definitiebepalingen om werken, diensten en leveringen of zoals het BW zegt: aanneming van werk, opdracht en koop van elkaar af te bakenen. Deze afbakening is van belang omdat de Europese aanbestedingsrichtlijn voor haar toepasbaarheid verschillende drempelwaarden hanteert. Overheidsopdrachten voor werken dienen conform de Algemene richtlijn te worden aanbesteed wanneer met de opdracht een bedrag van meer dan € 5,9 miljoen gemoeid is, terwijl voor opdrachten voor leveringen en diensten de aanbestedingsprocedures al moeten worden gevolgd wanneer het bedrag van € 236.000,- wordt overschreden.

Het BW spoort niet geheel met de definities neergelegd in de Algemene richtlijn – met name bij werken is de Nederlandse definitie ruimer – maar van strijd lijkt geen sprake. Een noodzaak tot aanpassing van de definities van aanneming van werk, opdracht en koop in het BW in verband met de Europese aanbestedingsrichtlijnen is naar ons oordeel dan ook niet aan de orde. Het grensgebied tussen werken, leveringen en diensten blijft een bron van discussie, maar tot grensgeschillen behoeft dat op basis van de Algemene richtlijn en het BW niet te leiden.

4 | Rechtseenheid en het onderscheid tussen roerende en onroerende zaken

P. Memelink[■]

1 INLEIDING

Hoe belangrijk is eenheid van recht? Zo belangrijk dat de Hoge Raad het bewaken van de rechtseenheid als één van zijn kerntaken beschouwt.¹

Het belang van rechtseenheid is onder andere gelegen in het beginsel dat gelijke gevallen in Nederland gelijk behandelt dienen te worden (art. 1 Gw). Rechtseenheid leidt niet alleen tot rechtsgelijkheid maar ook tot – meer – rechtszekerheid, in die zin dat een zekere consistentie in rechterlijke uitspraken en bestendige lijnen in de rechtspraak de voorspelbaarheid van toekomstige uitspraken vergroot.² Dit komt de geloofwaardigheid en acceptatie van die uitspraken ten goede, en daarmee de rechtsorde en het handelsverkeer als geheel.

Voor een gelijke behandeling van gelijke gevallen is echter onder meer een noodzakelijke voorwaarde dat onder juristen (een zekere mate van) overeenstemming bestaat over de uitleg en toepassing van basale rechtsbegrippen en onderscheidingen in ons rechtssysteem. In deze bijdrage staat zo'n basaal onderscheid centraal; het onderscheid tussen roerende en onroerende zaken.³ Dit onderscheid is van belang vanwege zowel haar civielrechtelijke als fiscaalrechtelijke gevolgen (zie onder 2).

Voor het onderscheid tussen roerende en onroerende zaken hanteren wij in Nederland sinds het Portacabin-arrest het bestemmingscriterium (zie onder 3). De hantering van dit criterium is in de literatuur om verschillende redenen kritisch ontvangen (zie onder 4). Het criterium zou in strijd zijn met ons goederenrechtelijk systeem en onduidelijkheden in het leven roepen. Daarnaast is opgemerkt dat het bestemmingscriterium niet goed verenigbaar

■ P. Memelink is PhD-fellow bij de afdeling burgerlijk recht, Universiteit Leiden. Met dank aan prof. mr. H.J. Snijders, mr. I.S.J. Houben, mr. J.A. Bomhoff en mr. L. Reurich voor hun commentaar op een eerdere versie.

1 Zie het Advies van de President van en de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden over het Interimrapport Fundamentele Herbezinning Nederlands Burgerlijk Procesrecht d.d. 27 februari 2004 onder IV, te kennen via <www.rechtspraak.nl/Gerechten/HogeRaad/Over+de+Hoge+Raad/Publicaties>.

2 Zo ook H.J. Snijders, M. Ynzonides en G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2002, nr. 14.

3 Ook in de bijdrage van Bezemer in deze bundel staat dit onderscheid centraal, maar dan gezien vanuit historisch perspectief.

is met het de uitspraak van het Hof van Justitie EG in de zaak Maierhofer/Finanzamt Augsburgland.⁴ In die uitspraak wordt, in het kader van de zesde richtlijn inzake de omzetbelasting⁵ voor het onderscheid tussen roerende en onroerende zaken het criterium van de ‘eenvoudige verplaatsbaarheid’ geïntroduceerd.

Mijn bijdrage aan deze bundel over rechtseenheid is tweeledig. Allereerst bezie ik of de op het bestemmingscriterium geuite kritiek terecht is (zie onder 5). Veroorzaakt dit criterium daadwerkelijk uitleg- of toepassingproblemen in de praktijk, en zijn de onduidelijkheden dusdanig groot dat daardoor de – interne – rechtseenheid en rechtsgelijkheid wellicht in gevaar komt (zie onder 6)? Ten tweede bezie ik of de rechtseenheid ten aanzien van het onderscheid tussen roerende en onroerende zaken onder druk staat door de Europeesrechtelijke uitspraak in het genoemde Maierhofer-arrest (zie onder 7).

2 HET BELANG VAN EEN HARD EN HELDER CRITERIUM VOOR HET ONDERSCHEID TUSSEN ROERENDE EN ONROERENDE ZAKEN

De kwalificatie van een zaak als roerend of onroerend is relevant voor de beantwoording van vele vragen. Zo is het onderscheid van belang voor de wijze van levering van de zaak (3:89 en 90), de duur van de verkrijgende verjaringstermijn (art. 3:99 lid 1), het soort zekerheidsrecht dat op de zaak gevestigd kan worden (pand of juist hypotheek) en de mogelijkheid tot het vestigen van opstal- of erfpachtrechten en erfdienstbaarheden. Eigendomsvragen en vragen omtrent natrekking worden verschillend opgelost al naar gelang sprake is van een roerende dan wel onroerende zaak (zie art. 5:14 en 5:20). Het onderscheid heeft verder consequenties voor het huurbeschermingsregime (7:290),⁶ de vraag of er een bouwvergunning noodzakelijk is bij aanpassing van de zaak en voor aansprakelijkheid op grond van art. 6:173 of 6:174 BW.⁷

Het kwalificeren van een zaak als roerend of onroerend is echter niet alleen voor het civiele recht van belang maar heeft ook grote fiscaalrechtelijke gevol-

4 HvJ EG 16 januari 2003, zaak C-315/00, m.nt. H.W.M. van Kesteren in *BNB* 2003, 123c; ook gepubliceerd in *VN* 2003, 9.19.

5 Zesde richtlijn betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der lidstaten inzake omzetbelasting, 77/388/EEG, *PbEG* L 145 van 13 juni 1977.

6 Zie hierover: Z.H. Duijnste-Van Imhoff, ‘De gebouwde onroerende zaak in het huurrecht’, *WR* 1998/9, p. 235-240.

7 Sinds het Portacabin-arrest (*NJ* 1998, 97) is het ‘soepele’ criterium van de duurzame bestemming zoals geformuleerd in HR 13 juni 1975, *NJ* 1975, 509 m.nt. G.J.S. (Amercentrale) en 6:174 lid 4 gelijk aan het goederenrechtelijke criterium voor het onderscheid tussen roerende en onroerende zaken. Zie hierna onder 3 en de daar genoemde literatuur. Zie ook: Rb. Utrecht 25 september 2002, *NJ* 2002, 591 over art. 6:174 en een roerende, want tijdelijke, noodbrug.

gen. Relevant is het onderscheid in verband met de overdrachtsbelasting, de omzetbelasting en de onroerendezaakbelasting, voorheen onroerendgoedbelasting (art. 220 e.v. Gem. wet). Indien een zaak roerend is kan deze onder omstandigheden in aanmerking komen voor heffing van roerenderuimtebelasting (art. 221 Gem. wet). Daarnaast speelt het onderscheid een – bescheiden – rol bij het heffen van rioolrechten, afvalstoffenheffing, waterschapslasten etc.

Overdrachtsbelasting is verschuldigd bij de verkoop van onroerende zaken. Omzetbelasting wordt geheven ten aanzien van door ondernemingen geleverde goederen en diensten. De verhuur van een groot aantal onroerende zaken is echter vrijgesteld van BTW. Deze belastingssystemen complementeren elkaar dan ook in zekere zin. Hetzelfde geldt voor de onroerende zaakbelasting en de roerenderuimtebelasting. Wil men weten aan welke soort belastingheffing het object onderhevig is, dan dient allereerst de voorvraag beantwoord te worden of de zaak in kwestie roerend of onroerend is.

Het onderscheid tussen roerende en onroerende zaken heeft kortom zowel vele zakenrechtelijke als fiscaalrechtelijke en financiële gevolgen. Het belang van een hard en helder criterium voor het onderscheid tussen de roerende en onroerende status van zaken is daarmee gegeven.⁸

Ook het belang van een gelijksoortig criterium in het fiscale en civiele recht lijkt zonneklaar. Niet alleen maken het civiele en het fiscale recht onderdeel uit van dezelfde Nederlandse rechtsorde en is eenzelfde criterium uit het oogpunt van eenvoud en rechtssystematiek wenselijk. Daarnaast zou het voor de gemiddelde burger onbegrijpelijk en onverteerbaar zijn als hij wordt aangeslagen voor onroerendezaakbelasting over zijn stacaravan, terwijl hij deze eerder als roerende zaak geleverd heeft gekregen. Bovendien is duidelijkheid omtrent het onderscheid een voorwaarde voor een goed functionerend financieringssysteem. Banken dienen te weten welke zekerheden in ruil voor het verstrekken van kredieten verkregen kunnen worden.

In het belang van de rechtszekerheid en rechtseenheid is een hard en helder criterium kortom toe te juichen. Voldoet in dat opzicht het 'Portacabin-criterium' en hoe wordt dit toegepast in de praktijk?

3 HET CIVIELRECHTELIJKE CRITERIUM; PORTACABIN-ARREST

Onroerend zijn volgens art. 3:3 lid 1: de grond, de nog niet gewonnen delfstoffen, de met de grond verenigde beplantingen en gebouwen en werken die duurzaam met de grond zijn verenigd. Alle overige zaken zijn roerend (lid 2).

De problematiek met betrekking tot het onderscheid tussen roerende en onroerende zaken spitst zich toe op de laatst genoemde groep in lid 1, de gebouwen en werken. Ten aanzien van de gebouwen en werken rees de vraag wanneer sprake is van 'duurzame vereniging met de grond'. De Hoge Raad

8 Zo ook H.D. Ploeger, 'Een mobiele onroerende zaak?', *WPNR* 1998 (6321), p. 472.

formuleerde daarvoor in zijn veelbesproken Portacabin-arrest⁹ een viertal – verkort weergegeven – maatstaven:

- a) Een gebouw kan duurzaam met de grond verenigd zijn in de zin van art. 3:3 BW, doordat het naar aard en inrichting bestemd is om duurzaam ter plaatse te blijven.
- b) Bij beantwoording van de vraag of een gebouw of een werk bestemd is om duurzaam ter plaatse te blijven moet worden gelet op de naar buiten kenbare bedoeling van de bouwer of van degene in wiens opdracht het bouwwerk wordt aangebracht.
- c) De bestemming van een gebouw of een werk om duurzaam ter plaatse te blijven dient naar buiten kenbaar te zijn. Dit vereiste vloeit voort uit het belang dat de zakenrechtelijke verhoudingen voor derden kenbaar dienen te zijn.
- d) De verkeersopvattingen vormen geen zelfstandige maatstaf voor de beoordeling van de vraag of een zaak roerend of onroerend is. Zij kunnen echter wel in aanmerking worden genomen in de gevallen dat in het kader van de beantwoording van die vraag onzekerheid blijkt te bestaan of een object kan worden beschouwd als duurzaam met de grond verenigd, en voor de toepassing van die maatstaf nader moet worden bepaald wat in een gegeven geval als 'duurzaam', onderscheidenlijk 'verenigd' en in verband daarmee als 'bestemming' en als 'naar buiten kenbaar' heeft te gelden.

De Hoge Raad bevestigde het criterium van de 'duurzame bestemming' nogmaals in het Grafzerken-arrest.¹⁰ Uit dat arrest blijkt nog duidelijker dat een naar buiten kenbare 'duurzame bestemming' voldoende is om een zaak als onroerend te kwalificeren en dat de gemakkelijke verplaatsbaarheid van de zaak daaraan niet afdoet. Een grafsteen, die volgens de Hoge Raad naar verkeersopvatting nadrukkelijk geen bestanddeel is van de grond (r.o. 3.2 en 3.4.1) en ook gemakkelijk verplaatst kan worden (r.o. 3.2), is desondanks een onroerende zaak. De Hoge Raad overweegt in r.o. 3.2:

'Buiten twijfel is echter dat de graftekens (...) op de graven zijn geplaatst als duurzaam herinneringsteken. Deze bedoeling en bestemming zijn op grond van

9 HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 97 (Portacabin), m.nt. S.C.J.J. Kortmann in AA 47 (1998), p. 101-105 en M.A.J.G. Janssen in JOR 1997, 152; tevens uitgebreid besproken door H.W. Heyman, 'Wanneer is een gebouw of werk 'duurzaam met de grond verenigd'?', in: S.E. Bartels/J.M. Milo (red.), *Open normen in het goederenrecht*, Boom Juridische Uitgevers Den Haag 2000, p. 91-122. Kort besproken door E.B. Rank-Berenschot, 'Keten en caravans: roerend of onroerend?', *Bb* 1998/5, p. 60-61 en J. Hogenbrink, 'Onroerende zaak in de zin van artikel 3:3 BW?', *V&O* 1998/2, p. 22-23.

10 HR 25 oktober 2002, NJ 2003, 241 m.nt. WMK. Ook besproken door H.D. Ploeger, 'De eigendom van grafmonumenten', *WPNR* (1999) 6359, p. 423-425 en geannoteerd door S.C.J.J. Kortmann, *AA* 52 (2003) p. 291-297.

de aard en de inrichting van de graftekens – te weten als gedenkteken ter plaatse waar de overledene veelal gedurende vele (tientallen) jaren begraven ligt – voor een ieder naar buiten kenbaar.’

Dat grafrechten zowel voor bepaalde als voor onbepaalde tijd en voor kortere of langere duur (10, 20, 40 of 80 jaar) kunnen worden verleend heeft volgens de Hoge Raad evenmin invloed op de ‘duurzaamheid’ van de bestemming. Bij de interpretatie van het begrip ‘duurzaamheid’ speelden de verkeersopvattingen, waarop de begraafplaats St. Barbara een beroep had gedaan, naar het oordeel van de Hoge Raad geen rol. Van twijfel met betrekking tot de duurzaamheid van de bestemming was in dit geval volgens de Hoge Raad geen sprake. Bij de uitleg van het begrip ‘duurzaam’ kwam in casu dan ook aan verkeersopvattingen daarover geen doorslaggevende betekenis toe.¹¹

Het civielrechtelijke criterium voor beantwoording van de vraag of een gebouw of werk onroerend is in de zin van art. 3:3 wordt dan ook gevonden door te bezien of het feitencomplex noopt tot de conclusie dat het gebouw of werk naar aard en inrichting bestemd is om duurzaam ter plaatse te blijven. Een fysieke, vaste of mechanische verbinding met de grond is daarvoor niet noodzakelijk. Verplaatsbaarheid van de zaak speelt in het geheel geen rol¹² en de verkeersopvattingen omtrent de ‘duurzaamheid’ van de bestemming spelen slechts dan een rol indien twijfel mogelijk is, hetgeen blijkbaar niet snel het geval zal zijn. Wel is een rol weggelegd voor de ‘naar buiten kenbare bedoeling’ van de bouwer van de zaak.

Het criterium is volgens de Hoge Raad kennelijk zo duidelijk dat cassatieklachten over de uitleg van art. 3:3 inmiddels met toepassing van art. 81 RO zonder nadere motivering worden verworpen.¹³ Maar is de kwestie nu inderdaad zonneklaar? Is het criterium van de ‘duurzame bestemming’ een hard en helder criterium dat de rechtseenheid en rechtszekerheid bevordert? Het antwoord op die vraag luidt mijns inziens, neen. Niet alleen is op het gehanteerde criterium forse kritiek geuit, daarnaast blijkt de praktijk weerbarstig.

11 Anders: H.D. Ploeger, ‘De eigendom van grafmonumenten’, *WPNR* (1999) 6359, p. 425. Hij meende vóórdat de HR zich over de problematiek boog dat van een dergelijk twijfelgeval juist wel sprake was, vanwege het ontbreken van een fysieke verbinding tussen bouwwerk en grond. Hierdoor ontbrak volgens hem ‘een belangrijk gezichtspunt’ in de toets van art. 3:3 BW en was sprake van een twijfelgeval.

12 HR 31 oktober 1997, *NJ* 1998, 97 (Portacabin), r.o. 3.3 onder a, tweede zin.

13 Zie: HR 24 december 2004, *JOL* 2004, 719, betreffend de vraag of een recreatiewoning op wielen een onroerende zaak is. Het Hof oordeelde op grond van het bestemmingscriterium dat zulks het geval was.

4 KRITIEK OP HET PORTACABIN-CRITERIUM

Op het criterium van de 'duurzame bestemming' voor het onderscheid tussen roerende en onroerende zaken is van allerlei zijden forse kritiek geuit.¹⁴ In zijn noot onder het Amercentrale-arrest¹⁵ merkte annotator G.J. Scholten al instemmend op dat de Hoge Raad terecht vermijdt het bouwsel (een cylinder-vormige opslagtank) als 'onroerend' te kwalificeren. Hij meent dat het criterium van de duurzame bestemming, hoezeer ook gewenst voor de oordeelsvorming over de vraag of een eigenaar aansprakelijk is voor schade veroorzaakt door een gebrekkige opstal, geen dienst kan en mag doen als onderscheidend criterium voor roerend hetzij onroerend. Na publicatie van het Portacabin-arrest uitten ook Ploeger, Heyman, Kortmann en Adriaansens kritiek op de hantering van het bestemmingscriterium voor dit onderscheid.¹⁶

Ploeger is van mening dat de jurisprudentie te ver is doorgeschoten waar het de uitleg van het begrip 'duurzaam' betreft.¹⁷ Duurzaam moet volgens hem vertaald worden met 'permanent', wat wil zeggen dat de zaak voor onbepaalde duur gebonden is aan een erf en niet aan de persoon van de gebruiker. Daarnaast meent Ploeger dat een grotere rol moet zijn weggelegd voor de aard van de zaak.¹⁸

De felste kritiek is geuit door Heyman,¹⁹ die pleit voor afschaffing van het monopolie van het bestemmingscriterium en daartegen een aantal fundamentele bezwaren uit. Hij signaleert de volgende problemen:²⁰

1. de verhouding van het bestemmingscriterium tot de fysieke verbinding is onduidelijk;
2. loslaten van de eis van (praktische) onverplaatsbaarheid wijzigt het stelsel van onroerend zijn en natrekking door de grond op fundamentele wijze, terwijl toepassing van het bestemmingscriterium niet volgt uit de parlementaire geschiedenis (de categorie zelfstandige onroerende hulpzaken is in het NBW immers juist afgeschaft²¹);
3. ratio van de superfecies-regel is om rechtszekerheid te verschaffen omtrent de rechtstoestand van met de grond verenigde opstallen. Praktisch nut van het bestemmingscriterium als natrekkingscriterium ontbreekt wanneer dat leidt tot resultaten die haaks staan op de levende verkeersopvattingen (met name

14 Zie voor een kort overzicht van de kritiek tevens C.A. Adriaansens, 'Onroerend of niet?', in: J. Struiksma c.s. (red.), *Vast en goed. Van Velten-bundel*, Kluwer 2003, p. 5.

15 G.J.S onder HR 13 juni 1975, NJ 1975, 509, sub 1.

16 Zie eveneens in kritische zin annotator M.A.J.G. Janssen in *JOR* 1997, 152 en over overgangs-rechtelijke problemen door het Portacabin-arrest: T.J. Van der Ploeg, 'Overgang van eigendom door wijziging van de definitie 'onroerend'', *NJB* 2003/25, p. 1287-1289.

17 H.D. Ploeger, 'Onroerende stacaravans: hoe lang is duurzaam?', *WPNR* (2002) 6497, p. 521.

18 H.D. Ploeger, 'Een mobiele onroerende zaak?', *WPNR* (1998) 6321, p. 472.

19 Heyman 2000, p. 114-122 (zie noot 8).

20 Heyman 2000, p. 114-118 (zie noot 8).

21 Zie hierover ook H.D. Ploeger, 'Een mobiele onroerende zaak?', *WPNR* (1998) 6321, p. 471.

- de opvatting in het spraakgebruik dat een verplaatsbare zaak roerend is en een onverplaatsbare zaak onroerend);
4. onduidelijk is hoe de bestemming moet worden vastgesteld, welke betekenis daarbij toekomt aan de (subjectieve) bedoeling van de bouwer en hoe en in hoeverre die bedoeling kenbaar moet zijn. Heyman wijst op het gevaar van ongewenste subjectivering en meent dat de kenbare feitelijke situatie doorslaggevend moeten zijn, niet de wil of bedoeling van partijen;
 5. onduidelijk is de – subsidiaire – rol van de verkeersopvattingen;
 6. er ontstaat frictie tussen de bestanddelenregel van art. 3:4 en het onderscheid tussen roerende en onroerende zaken in artikel 3:3.²²

Heymans conclusie is – kort gezegd – dat het bestemmingscriterium te ruim en te vaag is en dat de transplantatie van het criterium van de ‘duurzame bestemming’ vanuit het verbintenissenrecht (via het fiscale recht²³) naar het zakenrecht²⁴ onvoldoende gemotiveerd en doordacht is. Hij pleit voor uitleg van het criterium van duurzame bestemming in de zin van ‘fysieke onverplaatsbaarheid’ in maatschappelijk opzicht. Daarbij zouden in het verkeer levende opvattingen over wat een (on)roerende zaak is, het sluitstuk vormen. Met andere woorden: onroerend zijn dan die zaken die maatschappelijk gezien onverplaatsbaar worden geacht en die *tevens* naar verkeersopvatting een duurzame – permanente – bestemming hebben.²⁵

Volgens Kortmann²⁶ heeft de uitspraak in het Portacabin-arrest niet de voor de praktijk zo belangrijke duidelijkheid gebracht. Evenals Heyman wijst hij op het samenloop- en afstemmingsprobleem van de artikelen 3:3 en 3:4. Hij signaleert dat het criterium zo ruim lijkt te zijn dat veel vroegere hulpzaken opeens als onroerend moeten worden aangemerkt. Daarmee wordt naar zijn mening aan de bedoeling van de wetgever tekort gedaan. Ook het belang van de subjectieve bedoeling van de bouwer, naast de aan derden kenbare feitelijke situatie, is Kortmann niet duidelijk. In zijn noot onder het Grafzerken-arrest²⁷ is Kortmann onverminderd kritisch. Het bestemmingscriterium is volgens hem veel te ruim, leidt tot resultaten die in strijd zijn met de bedoeling van de wetgever en met de jurisprudentie over bestanddeelvorming (art. 3:4) en veroorzaakt problemen voor het financieringsverkeer.²⁸

22 Zie hierover ook E.C.M. Wolfert, ‘Bestanddeel of zaak? Over het onderscheid en de samenhang tussen de artikelen 3:4 en 5:20 BW’, *WPNR* (2003) 6523, p. 191-197 en 279-285.

23 Zie de Windturbine-arresten: HR 23 februari 1994, *NJ* 1995, 464 en 465 m.nt. WMK onder 465 en *BNB* 1994, 135 en 136 m.nt. P. den Boer onder nr. 136.

24 Het criterium is afkomstig uit Amercentrale-arrest; zie hierover Heyman 2000, p. 108-114 en Adriaansens 2003, p. 1-5 (zie noot 8 en 13).

25 Heyman 2000, p. 120.

26 Zie zijn annotatie onder het arrest in *AA* 47 (1998), p. 101-105.

27 ‘Het nagetrokken grafteken’, *AA* 52 (2003), p. 291-297.

28 Ook Heyman 2000 noemt dit argument op p. 101-102.

Adriaansens²⁹ kwalificeert de huidige situatie met betrekking tot het onderscheid als onbevredigend en niet passend in de systematiek van het goederenrecht. Hij voegt nog een argument toe dat pleit voor wijziging van de ‘duurzame bestemming’ als onderscheidende criterium. Hij wijst op de onverenigbaarheid van het gehanteerde criterium met de uitspraak van het Europese Hof in de zaak Maierhofer/Finanzamt Augsburg-Land. Op de invloed van deze uitspraak op de eenheid van recht kom ik hierna nog terug.

De fiscaalrechtelijke gevolgen van het Portacabin-arrest worden geschetst door Tap en Kruimel. Tap³⁰ beschrijft de fiscale gevolgen van en problemen met – sindsdien onroerende – stacaravans in het kader van de WOZ. Kruimel³¹ constateert dat heffing van roerenderuimtebelasting op grond van art. 221 Gemeentewet vrijwel illusoir wordt, nu het merendeel van de roerende woon- en bedrijfsruimten waarom het ging, zoals woonboten, woonwagens en stacaravans, sinds het Portacabin-arrest wegens hun duurzame bestemming als onroerend zullen worden aangemerkt. Daarmee vallen deze objecten onder de onroerende zaakbelasting, met alle fiscaalrechtelijke object-afbakeningsproblemen van dien.

5 TERECHTE KRITIEK?

De kritiek op het in het Portacabin-arrest geformuleerde bestemmingscriterium is fors. Maar is die kritiek ook terecht? En zijn de onduidelijkheden in de praktijk zo groot dat gevaar voor de rechtseenheid dreigt?

Nadere bestudering van verschillende uitspraken in de praktijk leidt tot de conclusie dat in het bijzonder de afstemming van de fiscale rechtspraak op het civielrechtelijke criterium inderdaad de nodige vragen oproept. De voor rechtseenheid en rechtsgelijkheid zo wenselijke ‘bestendige lijn’ valt (nog) moeilijk te ontdekken en het criterium van de ‘duurzame bestemming’ heeft problemen opgeworpen. Dat zijn de éne keer problemen van praktische en de andere keer van meer theoretische aard.

Voordat ik toekom aan de bespreking van die problemen allereerst de constatering dat op het eerste gezicht sprake is van rechtseenheid op fiscaalrechtelijk en civielrechtelijk gebied als het gaat om het onderscheid tussen roerende en onroerende zaken. In een aantal arresten op uiteenlopende gebieden, zoals de omzetbelasting, de onroerende zaakbelasting en de overdrachtsbelasting, oordeelde de fiscale kamer van de Hoge Raad steevast dat voor het onderscheid tussen roerende en onroerende zaken aangeknoopt dient te worden bij – de civiele rechtspraak en uitleg van – art. 3:3 BW. Daardoor lijkt

29 Adriaansens 2003, p. 7-8 (zie noot 13).

30 M. Tap, ‘De stacaravan in Nederland: van lust tot last’, *NJB* 2003/17, p. 883-884.

31 J.P. Kruimel, ‘De gemeentelijke belastingen op roerende woon- en bedrijfsruimten zijn deels overbodig’, *WFR* 2002, p. 314-317.

eenzelfde uitleg en toepassing van het onderscheid tussen roerende en onroerende zaken vanzelfsprekend. Ik schets kort de arresten waardoor deze eenheid van recht – daadwerkelijk of ogenschijnlijk – gewaarborgd wordt. Daarna bezie ik – de problemen rond – het bestemmingscriterium in de praktijk.

5.1 De fiscale rechter knoopt aan bij het civiele recht

a) *De onroerende zaakbelasting (WOZ)*

De grondslag voor heffing van gemeentelijke onroerende zaak- (of WOZ) belasting is – welhaast vanzelfsprekend – dat het moet gaan om een onroerende zaak. Noch uit art. 220 Gemeentewet noch uit de Wet Waardering onroerende zaken (WOZ) blijkt wat moet worden verstaan onder onroerende zaken. De parlementaire geschiedenis bij art. 16 WOZ³² is echter duidelijk:

‘Onder onroerende zaak dient te worden verstaan al hetgeen onroerend is op grond van de voorschriften van het Burgerlijk Wetboek dan wel op grond van de mijnwetgeving.’

Dat inderdaad moet worden aangeknoopt bij de civielrechtelijke begrippen roerend en onroerend werd in de literatuur³³ en door de fiscale kamer reeds – impliciet – aangenomen in het Havenkraan-arrest³⁴ en de Windturbine-arresten.³⁵ In deze arresten was sprake van toepassing van het Portacabin-criterium *avant-la-lettre*. Expliciete bevestiging van de aanknoping bij het civiele recht vond in 2002 plaats in een arrest over een mobiele recreatiebungalow.³⁶

‘3.2 (...) Hierbij verdient opmerking dat uit de wetsgeschiedenis van art. 220 respectievelijk 221 van de Gemeentewet niet blijkt dat, zoals de klachten betogen, de wetgever voor de onroerendezaakbelastingen respectievelijk de belastingen als

32 Parl. Gesch. *Kamerstukken II* 1992/93, 22 885, nr. 3 MvT (wet van 15 december 1994, *Stb.* 874).

33 Zie bijv. J.A. Monsma, ‘Recente ontwikkelingen bij waardebeoordeling onroerende zaken voor WOZ en OZB’, *WFR* 1998/108 onder 2.1.

34 HR 8 juli 1997, *JOR* 1997, 126 (Electriciteitscentrale Nijmegen), m.nt. S.C.J.J. Kortmann, die schrijft: ‘De Gemeentewet geeft geen omschrijving van het begrip onroerende zaak. Er moet dan ook van uitgegaan worden dat het begrip onroerende zaak moet worden opgevat in de zin van het burgerlijk recht.’

35 HR 23 februari 1994, *NJ* 1995, 464 en 465 m.nt. WMK onder 465 en *BNB* 1994, 135 en 136 m.nt. P. den Boer onder nr. 136. Beide annotatoren wijzen op het feit dat voor kwalificatie van een object als een onroerende zaak, bij gebreke van eigen definitie in de Gemeentewet, aangeknoopt moet worden bij het burgerlijk recht.

36 HR 7 juni 2002, *BNB* 2002, 283, m.nt. W.J.N.M. Snoijink. Eveneens gesignaleerd in *WFR* 2002, 902.

bedoeld in art. 221 een ander onderscheid tussen onroerend en roerend voor ogen heeft gestaan dan dat van art. 3:3 BW.'

In een recenter arrest over WOZ-beschikkingen voor proefbouwsels in het kader van de aanleg van de hogesnelheidslijn (HSL),³⁷ knoopt de fiscale kamer voor de beoordeling van de vraag of de tijdelijke werken roerend dan wel onroerend zijn opnieuw aan bij het Portacabin-criterium. Toepassing van het civiele recht en geldigheid van het civielrechtelijke criterium voor het onderscheid tussen roerende en onroerende zaken bij gemeentelijke belastingen op onroerende zaken (voorheen goederen) staat dan ook sinds jaar en dag buiten kijf.

b) De overdrachtsbelasting

Voor de overdrachtsbelasting is de aanknoping bij het civiele recht bevestigd in de CAI-arresten.³⁸ Daarin oordeelde de fiscale kamer van de Hoge Raad in r.o. 3.2.2 dat het Hof een juiste maatstaf had gehanteerd voor beantwoording van de vraag of het kabelnet onroerend of roerend was. De maatstaf die het Hof had aangelegd was of het kabelnet, mede gelet op de bedoeling van degene door wie of in wiens opdracht het is aangelegd, naar aard en inrichting bestemd is om duurzaam ter plaatse te blijven en dat dit ook naar buiten kenbaar is, met een verwijzing naar het Portacabin-arrest.

De lagere rechter volgt op het punt van de overdrachtsbelasting het voorbeeld van de Hoge Raad in de CAI-arresten, en knoopt aan bij het bestemmingscriterium zoals door de Hoge Raad in het Portacabin-arrest geformuleerd.³⁹ Op het punt van de overdrachtsbelasting lijkt vooralsnog dan ook daadwerkelijk eenheid van – civiel en fiscaal – recht te bestaan.⁴⁰

c) De omzetbelasting

Ten aanzien van de omzetbelasting heeft de Hoge Raad in het Zeecontainer-arrest⁴¹ uitgemaakt dat voor de vraag of zaken zoals de zeecontainers waar het om draaide, duurzaam met de grond verenigd zijn, aangeknoopt moet

³⁷ HR 13 mei 2005, *LJN* AT5475 (tijdelijke proefwerken HSL).

³⁸ HR 6 juni 2003, *LJN* AD3578 en 3591, m.nt. S.C.J.J. Kortmann in *AA* 52 (2003), p. 842-847 en dezelfde in *JOR* 2003, 222. Onder meer besproken door M.M. van den Broek en E. Bongers, 'Kabelnetwerk-infrastructuur on(t)roerend!', *WPNR* (2003) 6540, p. 539-544 en J.J.A. de Groot, 'Kabels in de grond: onroerend', *WPNR* (2003) 6540, p. 551-554.

³⁹ Hof Arnhem 19 april 2004, *LJN* AO8717 (Houten caravan).

⁴⁰ De vraag hoe het zit met de verplichting tot betaling van overdrachtbelasting over geleverde zaken die voorheen als roerend werden beschouwd en thans op grond van het Portacabin-arrest toch onroerend blijken (zie bijv. Hof Arnhem 19 april 2004, *LJN* AO8717 (Houten caravan)) laat ik graag over aan fiscalisten.

⁴¹ HR 5 januari 2000, *BNB* 2000, 83, r.o. 3.3, kritisch besproken door H.W. Heyman in *NTBR* 2000/5, p. 197-200.

worden bij het criterium zoals geformuleerd in het Portacabin-arrest. Hantering van één en hetzelfde criterium lijkt daarmee op het eerste gezicht ook voor de omzetbelasting een gegeven. Dat deze schijn bedriegt zal blijken onder 7.

5.2 Praktische problemen

Een direct gevolg van de hantering van het 'ruimere' bestemmingscriterium was dat de 200.000 stacaravans die Nederland rijk is, in één klap onroerende zaken werden, althans voorzover zij bestemd zijn 'duurzaam ter plaatse te blijven'. Bij de meeste stacaravans zal dat echter het geval zijn.⁴² Zij heten immers niet voor niets *stacaravan*. De eenheid van fiscaal en civiel recht op het punt van onderscheid tussen roerende en onroerende zaken (zie ook hierna onder 7) bracht dan ook logischerwijs met zich mee dat de zakenrechtelijke aard van stacaravans en andere semi-permanente vakantieverblijven zou wijzigen van roerend naar onroerend.

Dit resulteerde echter in de praktische vraag van de gemeentelijke belasting-inner hoe deze stacaravans gewaardeerd moeten worden in het kader van de Wet waardering onroerende zaken (WOZ).⁴³ Daarnaast rees de vraag of en van wie WOZ-belasting geheven moet worden over stacaravanchalets die door huurders van percelen grond op die grond zijn geplaatst, zonder dat daarvoor een opstalrecht is gevestigd. Dat de huisjes en stacaravans regelmatig zijn gebouwd of geplaatst op gehuurde kavels zonder vestiging van een recht van opstal verhindert, volgens de fiscale rechter, niet dat sprake is van een onroerende zaak.⁴⁴ Van een 'samenstel' van onroerende zaken als genoemd in art. 16 sub d WOZ (kavel en vakantieverblijf), oftewel van één belastingobject, is echter volgens de Hoge Raad⁴⁵ geen sprake, omdat kavel en vakantieverblijf niet in gebruik zijn bij één en dezelfde belastingplichtige maar bij de huurders of recreanten resp. de verhuurder van de kavel.⁴⁶ Beide praktische vragen zijn dan ook inmiddels door de Hoge Raad beantwoord.

42 Zie over de (wellicht ongewilde) fiscale gevolgen M. Tap, 'De stacaravan in Nederland: van lust tot last', *NJB* 2003/17, p. 883-884.

43 Zie over deze problematiek, naast het in de vorige noot genoemde artikel van M. Tap, J. Grijns, 'Het Stappenplan stacaravans: een stap te ver?', *Belastingblad* 2001, 443.

44 HR 28 september 2001, *BNB* 2001, 403.

45 R.o. 3.5 van HR 28 september 2001, *BNB* 2001, 403.

46 In een recent arrest lijkt de Hoge Raad overigens weer op die beslissing terug te komen, waar hij oordeelt dat: 'bij de waardering van een samenstel bestaande uit grond en een daarop geplaatst onroerend stacaravanchalet niet relevant is of dat chalet is geplaatst op gehuurde dan wel op eigen grond', HR 24 juni 2005, *LJN* AQ7093. Hoe deze uitspraak te rijmen valt met de in de vorige noot genoemde uitspraak uit 2001 is mij niet meteen geheel duidelijk, maar bespreking gaat het bestek van deze bijdrage te buiten. Ik laat beantwoording van die vraag dan ook graag over aan fiscalisten.

5.3 De verhouding tussen art. 3:3 en 3:4

Een meer theoretische vraag betreft het door Heyman en Kortmann gesignaleerde probleem van de afstemming tussen het ruim uit te leggen art. 3:3 en het beperkt uit te leggen art. 3:4 BW. Daarmee samen hangt de vraag hoe het bestemmingscriterium zich verhoudt tot het criterium van de fysieke verbondenheid (zie hierboven alinea 4, eerste kritiekpunt).

Dat afstemming tussen art. 3:3 en 3:4 en de verhouding tot het criterium van de fysiek verbondenheid problemen op kan opleveren en onduidelijk is, wordt bijvoorbeeld geïllustreerd door een drietal arresten van gerechtshoven over GSM zendinstallaties. De twee zendinstallaties in Westerveld en Slochteren werden roerend geacht door het Hof te Leeuwarden,⁴⁷ terwijl de derde installatie, te Hengelo, door het Hof te Arnhem als onroerende zaak werd gekwalificeerd.⁴⁸ Alle drie de uitspraken werden gedaan in het kader van de Wet Waardering Onroerende Zaken (WOZ). Het verschil in uitkomst wordt veroorzaakt doordat het Hof Arnhem art. 3:4 hanteert en het Hof te Leeuwarden art. 3:3. Ook in een aantal hierna te bespreken arresten (over de drijvende steigers en HSL bouwwerken) komt de afstemmingsproblematiek tussen art. 3:3 en 3:4 overigens nog zijdelings aan de orde.

GSM zendinstallaties

In alle drie de zaken ging het om vergelijkbare GSM zendinstallaties die bestonden uit een aantal gestandaardiseerde elementen: een Base Transceiver Station (BTS-kast), een antennesysteem en kabels.

In Hengelo was de zendinstallatie geplaatst op het dak van een flatgebouw. De BTS-kast was geplaatst op een constructie van metalen balken die door middel van moeren en bouten via poeren bevestigd was aan het dak. De antennes en schotels waren met klampen en haken aan stangen bevestigd die eveneens door middel van moeren en bouten aan het dak verbonden waren. De kabels verbinden de antennes met de BTS-kast.

Het Hof te Arnhem knoopt voor zijn beslissing aan bij het civiele recht (r.o. 4.2) en overweegt te dien aanzien:

‘4.3. Ingevolge artikel 3:3, eerste lid, van het BW zijn onroerend – voorzover in dezen van belang – de werken die duurzaam met de grond zijn verenigd, hetzij rechtstreeks, hetzij door vereniging met andere gebouwen of werken.

4.4. Op grond van de hiervóór in de onderdelen 2.1 tot en met 2.5 vermelde feiten, in hun onderlinge verband en in het licht van de tot de stukken van het geding behorende foto’s van genoemde onderdelen van de zendinstallatie beschouwd, is het Hof van oordeel dat de zendinstallatie – zijnde een werk – door vereniging met het flatgebouw duurzaam met de grond is verenigd.

47 Hof Leeuwarden (belastingkamer) 21 januari 2005, *LJN* AS3939 en 3940.

48 Hof Arnhem (2^{de} meervoudige belastingkamer) 26 oktober 2004, *LJN* AR5327.

4.5. Alsdan is, anders dan waarvan belanghebbende uitgaat, voor de beantwoording van de vraag of de zendinstallatie onroerend is niet van belang of deze naar aard en inrichting is bestemd om duurzaam ter plaatse te blijven.'

De beslissing laat aan duidelijkheid niet te wensen over. Aan het Portacabin-arrest wordt door het Hof niet getoetst en het bestemmingscriterium wordt uitdrukkelijk niet toegepast. Hier speelt het in de literatuur gesignaleerde probleem dat onduidelijk is hoe het bestemmingscriterium zich verhoudt tot het criterium van de fysieke verbinding (zie hiervoor alinea 4, eerste kritiekpunt). Het Hof oordeelt dat de zendinstallatie 'verenigd' is met het flatgebouw. Onduidelijk blijft of het Hof hiermee doelt op een fysieke verbinding die niet zonder beschadiging kan worden verbroken (art. 3:4 lid 2) of op bestanddeelvorming op grond van de verkeersopvatting (3:4 lid 1). Van een fysieke verbinding als in lid 2 lijkt mij, gelet op de feiten, geen sprake. Immers, door los-schroeven van de bouten en moeren kan de zendinstallatie zonder schade aan het gebouw worden verwijderd. Hier zal dan ook hooguit art. 3:4 lid 1 van toepassing kunnen zijn. Het Hof toetst evenwel niet aan de voorwaarden voor bestanddeelvorming op grond van de verkeersopvatting, te weten de incompleteit van de éne zaak (in dit geval het flatgebouw) zonder de andere, of de constructieve afstemming van de éne zaak (flatgebouw) op de andere (zendinstallatie). De beslissing van het Hof Arnhem dat de zendinstallatie onroerend is komt mij daarom niet op voorhand overtuigend voor.

Anders pakt het Hof in Leeuwarden⁴⁹ het aan in twee zaken over GSM zendinstallaties. De feiten in die twee zaken zijn iets verschillend. In Slochteren bestaat de GSM zendinstallatie uit drie antennes en drie schotels, die door middel van 'stangen en klampen' geplaatst zijn op en aan een op vier betonnen sokkels rustende hoogspanningsmast. In Westerveld zijn drie antennes en twee schotels gemonteerd aan stangen die met klampen aan een zendmast zijn bevestigd. De zendmast bestaat uit aan elkaar gelaste buizen (met een driehoekige basisvorm) en heeft een hoogte van 37,5 meter. De mast is met twee maal negen moeren gefixeerd op ankerbouten die gedeeltelijk in een betonnen fundament zijn verzonken. Aan de voet van de hoogspanningsmast respectievelijk de zendmast bevinden zich twee BTS-kasten (met daarin zender en ontvanger). De twee tot de zendinstallatie behorende BTS-kasten zijn in beide zaken verbonden met een constructieframe van metalen rails dat weer is bevestigd op stelconplaten (in Slochteren) of een betonnen fundering (in Westerveld).

Het Hof constateert in beide kwesties dat de constructie van een zendinstallatie (antennes, schotels, kabels en grondstation) zodanig is dat het systeem zonder schade van betekenis kan worden verwijderd van het object waarop of waarbij het is gemonteerd en dat zulks in verband met onderhoud en verbetering van de netwerkkwaliteit ook geregeld gebeurt (r.o. 2.14 resp. 2.15).

49 Hof Leeuwarden 21 januari 2005, *LJN* AS3939 en AS3940.

De redenering van het Hof bij zijn beoordeling van het (on)roerende karakter is in beide zaken dezelfde. Het Hof knoopt aan bij art. 3:3 BW en het Portacabin-arrest (r.o. 4.1-4.4). Het kwalificeert vervolgens de zendinstallatie als een zelfstandige zaak (los van de mast) en beziet of die zaak bestemd is om naar zijn aard duurzaam ter plaatse te blijven. Daartoe overweegt het Hof in beide zaken dat de zendinstallaties in constructief opzicht, door stangen en klampen, gedeeltelijk zijn verenigd met de masten en overweegt (r.o. 4.6):

‘De degelijke uitvoering van het werk waarborgt dat de zendinstallatie de werking van zwaartekracht en weersinvloeden door de tijd kan weerstaan. Het werk bezit derhalve de geschiktheid om duurzaam ter plaatse te blijven.’

Die *geschiktheid* om duurzaam ter plaatse te blijven is echter volgens het Hof niet voldoende om te concluderen dat de zaak onroerend is. Het beziet vervolgens of de duurzame bestemming ook volgt uit de naar buiten kenbare *bedoe-ling* van de eigenaar. De constructie en inrichting van de zendinstallatie geeft daarover, zo vervolgt het Hof, geen uitsluitel. De exploitant heeft immers zowel bij een tijdelijke bestemming als in geval van duurzame bestemming baat bij een ‘solide constructie’ die zwaartekracht en weersinvloeden kan weerstaan. Het Hof gaat daarom na wat de *aard* van de zendinstallatie is en overweegt daartoe het volgende (r.o. 4.7):

‘4.7. De aard van de zendinstallatie moet naar het oordeel van het hof blijken uit de wijze waarop het werk door de belanghebbende wordt gebruikt, waarbij de maatschappelijke factoren waarbinnen de belanghebbende haar netwerk exploiteert mede bepalend zijn. Ontwikkelingen op de draadloze telecommunicatiemarkt, waarbij gedacht kan worden aan de toename van het aantal mobiele bellers en de introductie van nieuwe diensten als General Packet Radio Services (GPRS) en Universal Mobile Telecommunications System (UMTS), vragen van de belanghebbende voortdurend te werken aan optimalisering en uitbreiding van haar netwerk. Omstandigheden in het dekkingsgebied, zoals het oprichten van nieuwe hoge gebouwen, het wegvallen van een draagobject door brand of het wijzigen van een bestemmingsplan, kunnen de belanghebbende nopen tot verplaatsing van zendinstallaties. Naar het oordeel van het hof blijkt uit het voorgaande dat de zendinstallaties naar hun aard niet bestemd kunnen zijn om duurzaam ter plaatse te blijven. Uit de wijze waarop de belanghebbende in de praktijk haar netwerk aanpast aan de wisselende omstandigheden, hetgeen blijkt uit de tot de gedingstukken behorende lijst met opgeheven antenne opstelpunten en de ter zitting gegeven voorbeelden, zoals opgenomen in haar aanvullende pleitnota, kan de geobjectiveerde bedoeling van de belanghebbende met de zendinstallaties worden afgeleid, welke bedoeling in overeenstemming is met het hierboven door het hof vastgestelde karakter daarvan.

Het feit dat de belanghebbende mutaties in haar netwerk tot het minimum probeert te beperken kan niet tot een ander oordeel over de aard van de zendinstallatie leiden, omdat dit uitgangspunt samenhangt met haar streven naar winstmaximalisa-

tie, welk bedrijfseconomisch motief niet van invloed mag zijn op zakenrechtelijke verhoudingen.'

Het Hof komt dan ook tot de conclusie dat de zendinstallaties moeten worden aangemerkt als roerende zaken. Over de *kenbaarheid* van het roerende karakter van de zendinstallaties voor derden merkt het Hof op (r.o. 4.8) dat de vastgestelde – tijdelijke – bestemming niet strijdig is met de thans geldende verkeersopvatting. Het vervolgt:

'Slechts wat niet dan bij hoge uitzondering en met grote technische en financiële inspanning kan worden verplaatst wordt maatschappelijk als praktisch onverplaatsbaar beschouwd en is dus onroerend. Daarbij overweegt het hof dat de wetgever (Parlementaire Geschiedenis Boek 3, pagina 78) heeft gekozen voor een maatstaf die zich met het voortschrijden van de techniek mee kan ontwikkelen. Indachtig het intersubjectieve karakter van deze norm en de snelle technische ontwikkelingen die zich op het terrein van de telecommunicatiemarkt voordoen kan de niet als duurzaam aan te merken bestemming voor derden -na enig onderzoek- kenbaar zijn.'

Conclusie moet zijn dat het Hof aanknoopt bij de aard van de zaak in kwestie en bij de bedoeling van de belanghebbende (exploitant van de zendinstallatie). Met betrekking tot die bedoeling is voor het Hof doorslaggevend dat het netwerk in de praktijk steeds wordt aangepast aan de wisselende omstandigheden en dat de zendinstallaties daartoe met enige regelmaat verplaatst worden. Opvallend is dat het Hof rekening houdt met de technische ontwikkelingen en maatschappelijke opvattingen. Hij doet dit echter in het kader van de beoordeling van de 'duurzaamheid', de 'kenbaarheid' en de naar buiten blijkende 'bedoeling'. De twee arresten vormen naar mijn mening een mooie illustratie van een correcte toepassing van het Portacabin-criterium en art. 3:4 en zijn bovendien uitvoerig en overtuigend gemotiveerd.

De arresten van de Hoven te Arnhem en Leeuwarden illustreren naar mijn mening het gevaar voor rechtsongelijkheid, veroorzaakt door de onduidelijkheid die het Portacabin-arrest laat op het punt van de verhouding tussen art. 3:3 en 3:4. Een gevaar dat slechts het hoofd kan worden geboden door een uitspraak van de Hoge Raad omtrent deze afstemmingsproblematiek. Een uitspraak op dit punt is vooralsnog niet voorhanden.

5.4 Wat is de rol van de kenbare bedoeling van de bouwer?

Een tweede theoretisch probleem betreft de rol van de kenbare bedoeling van de bouwer. In de arresten met betrekking tot de GSM zendinstallaties kwam, naast de verhouding tussen art. 3:3 en 3:4 de kenbare bedoeling van de bouwer reeds aan bod. *Geschiktheid* van de zaak voor duurzame bestemming was

volgens het Hof Leeuwarden niet voldoende. Daarnaast moet sprake zijn van een naar buiten kenbare *bedoeling* tot duurzame bestemming.

In welke gevallen is sprake van het naar buiten kenbaar zijn van de bedoeling van een bouwer? Ook die vraag kan in concreto tot verschillende uitkomsten leiden, zo blijkt in de praktijk. Ik bespreek in dit verband de vraag of de naar buiten kenbare bedoeling kan blijken uit een bestemmingsplan of bouwvergunning, zoals aan de orde kwam in een arrest over gebouwde 'proefwerken' voor de HSL. In het nog te bespreken arrest over de drijvende steigers (zie onder 5.5) komt de vraag opnieuw aan de orde. Daarin het betreft het een uit de inhoud van een huurovereenkomst afgeleide kenbare bedoeling.

Proefwerken van de HSL

Op 13 mei jongstleden sprak de Hoge Raad⁵⁰ zich uit over de vraag of een aantal proefbouwsels voor de hogesnelheidslijn (HSL) roerend of onroerend waren.

In 1998 werd door de belanghebbende een gehuurd perceel grond ingericht als proefterrein voor verschillende funderingstechnieken van aarden banen. Ten behoeve van dit onderzoek naar zettingen en zettingstijden van die aarden banen op een zachte ondergrond werden proefbanen, een brug, heipalen en een hekwerk aangebracht. Het was van meet af aan de bedoeling om het proefterrein na afloop van het onderzoek te ontmantelen en terug te brengen in de oorspronkelijke agrarische staat. In de door de gemeente verstrekte vergunning werd bepaald dat de werken maximaal vijf jaar in stand gehouden mochten worden. De gemeente verleende daarnaast een tijdelijke vrijstelling van vijf jaren van het bestemmingsplan voor de aanleg en instandhouding van het proefterrein. In overeenstemming met dit alles zijn de werken in 2001 weer gesloopt.

De vraag in de procedure was of de werken als onroerende zaken beschouwd moesten worden en of daarom terecht WOZ-beschikkingen (na bezwaar ter hoogte van 2,2 respectievelijk 3,1 miljoen gulden) waren gegeven voor de periode 1 januari 1997 tot 31 december 2000.

Het Hof Den Haag⁵¹ beantwoordde die vraag ontkennend en oordeelde dat de werken als roerende zaken aangemerkt moesten worden. Het verwees naar de maatstaf uit het Portacabin-arrest en trok uit de feiten en omstandigheden de conclusie dat de werken naar hun aard en inrichting niet bestemd waren om duurzaam ter plaatse te blijven en dat die bedoeling van belanghebbende – gelet op de tijdelijke vergunning en de tijdelijke vrijstelling van het bestemmingsplan – naar buiten toe kenbaar was.

De Hoge Raad casseerde het arrest en overwoog:

50 HR 13 mei 2005, *LJN* AT5475.

51 Hof Den Haag 8 januari 2003, *VN* 2003, 28.1.32.

‘3.3. (...) De bedoeling van de bouwer om gebouwen en werken al dan niet duurzaam met de grond te verenigen is slechts relevant indien en voorzover die bedoeling naar buiten kenbaar is uit bijzonderheden van aard en inrichting van die gebouwen of werken. Het Hof heeft echter geen toereikende motivering gegeven voor zijn oordeel dat de bedoeling van belanghebbende om de werken slechts tijdelijk met de grond te verenigen, naar buiten kenbaar was. Immers, noch de door het Hof onder 3.4 en 3.5 van zijn uitspraak vastgestelde feiten, noch de omstandigheden die het onder 6.2 heeft opgesomd, betreffen naar buiten kenbare bijzonderheden van aard en inrichting van de werken.

3.4. Volgens middel 2 is het Hof voorbijgegaan aan de stelling van de Inspecteur dat de werken zozeer met de grond verbonden zijn dat is voldaan aan de maatstaf van artikel 3:4, lid 2 BW.

3.5. Ook dit middel slaagt. Reeds bij zijn verweerschrift voor het Hof heeft de Inspecteur aangevoerd dat de werken niet konden worden verwijderd met behoud van de waarde ervan, en daarom bestanddeel van de grond geworden zijn. Het Hof is niet ingegaan op deze essentiële stelling. Werken die bestanddeel van de grond zijn geworden en daarmee hun zelfstandigheid hebben verloren, zijn immers reeds uit dien hoofde onroerend, ook als niet is voldaan aan de hiervoor in 3.3 besproken maatstaf.’

Een aantal dingen valt op. De fiscale kamer is van oordeel dat de bedoeling van de bouwer om bouwwerken slechts tijdelijk te plaatsen moet blijken uit ‘naar buiten kenbare bijzonderheden van aard en inrichting van de werken’. Dit laatste vereiste is, mijns inziens, niet zonder meer te herleiden tot het Portacabin-arrest. Het arrest brengt daarop een nieuwe nuancering aan en zorgt daarmee voor een verdere verruiming van het bestemmingscriterium en de categorie onroerende zaken. Door deze toevoeging speelt immers de – naar buiten kenbare – bedoeling van de bouwer geen rol meer voorzover die niet blijkt uit ‘de aard en inrichting van het gebouw of werk’ zelf. Het is de vraag of daarmee de rol van de bedoeling niet geheel is uitgespeeld. In dat geval valt die *bedoeling* mijns inziens samen met de uit de aard en inrichting kenbare *duurzame bestemming*.

Dat de *bedoeling* af te leiden moet zijn uit de aard en inrichting van het gebouw of werk leid ik uit het Portacabin-arrest niet zonder meer af. Sterker nog, de verwijzing van de Hoge Raad in dat arrest naar de parlementaire geschiedenis⁵² wijst eerder op het tegendeel. Daarin merkt de wetgever immers op dat directieketen en railbanen en dergelijke gewoonlijk geen bestanddeel zijn van de grond en ‘in de praktijk evenmin uit anderen hoofde als onroerend wordt beschouwd’. Het is, zo vervolgt de wetgever, gewenst om art. 3:3 aan ‘die praktijk’ aan te passen. Vandaar de introductie van de rol van de bedoeling van de bouwer.

52 De Hoge Raad verwijst in het Portacabin-arrest in r.o. 3.3 onder b naar de parlementaire geschiedenis van boek 3, blz. 69 eerste volle alinea.

Ten aanzien van de *kenbaarheid* oordeelt de Hoge Raad dat de bepalingen in de bouwvergunning en de ontheffing van het bestemmingsplan niet naar buiten kenbaar zijn. Op dit oordeel valt in zoverre iets af te dingen dat zowel de verlening van bouwvergunningen als de ontheffingen op bestemmingsplannen plaatselijk bekend worden gemaakt. De stukken worden op het gemeentehuis ter inzage gelegd, zodat derde-belanghebbenden daartegen bezwaar kunnen maken. Anders dan aan de huurovereenkomst in het – hierna te bespreken – arrest over de drijvende steigers (die daar kennelijk wel een rol mag spelen), kan aan de bouwvergunning en het bestemmingsplan enige kenbaarheid naar buiten dan ook niet worden ontzegd.

De casus illustreert de door Heyman en anderen gesignaleerde problematiek met de rol van de ‘bedoeling van de bouwer’ (zie onder 4, kritiekpunt 4). Wanneer is deze bedoeling kenbaar voor derden? In welke gevallen is de bedoeling voldoende geobjectiveerd om een rol te kunnen spelen bij de beoordeling van de duurzaamheid van bestemming? En moet daarbij uitsluitend gekeken worden naar de verschijningsvorm van het gebouw of werk – de aard en inrichting – of is een openbaar stuk zoals een tijdelijk bouwvergunning of een tijdelijke wijziging van het bestemmingsplan daarvoor eveneens toereikend? Het zijn allemaal vragen waarop het antwoord vooralsnog ontbreekt.

Naast de problematiek van de kenbaarheid van de bedoeling speelt ook in de HSL-zaak opnieuw de vraag rond de verhouding tussen art. 3:3 en 3:4 BW. De fiscale kamer van de Hoge Raad gaat er in overweging 3.5 vanuit dat een werk bestanddeel kan zijn van de grond, en uit die hoofde onroerend. Betekent dit nu dat naast het bestemmingscriterium ook de bestanddelenregel uitsluitsel kan geven over de vraag of een zaak roerend of onroerend is? In de literatuur zijn de meningen hierover verdeeld. Janssen⁵³ en Kortmann⁵⁴ verdedigen het standpunt dat een onroerend gebouw of werk steeds bestanddeel is van de grond⁵⁵ (voorzover het onroerend zijn niet volgt uit vereniging met een ander onroerend gebouw of werk). Kraan⁵⁶ en Ploeger⁵⁷ betogen dat een gebouw of werk onroerend kan zijn zonder dat dit tevens moet worden aangemerkt als bestanddeel van de grond. De civiele kamer van de Hoge Raad heeft zich in het Portacabin-arrest niet over de vraag gebogen. Uit de CAI-arresten⁵⁸ valt evenwel af te leiden dat de eigendomsvraag en de vraag naar het roerende of onroerende karakter van een zaak, naar het oordeel van de Hoge Raad, twee verschillende kwesties betreffen, die aan de hand van verschillende criteria moeten worden beoordeeld.

53 Zie zijn noot onder het Portacabin-arrest in *JOR* 1997, 152.

54 Zie zijn noot onder het Portacabin-arrest in *AA* 1998/2, p. 103-104.

55 Een conclusie die volgens beide schrijvers voortvloeit uit art. 5:20 sub e.

56 C.A. Kraan, ‘Roerend of onroerend (BW en NBW)’, *WPNR* (1991) 6022, p. 717-720.

57 H.D. Ploeger, *Horizontale splitsing van eigendom*, diss. Leiden 1997, Kluwer 1997, nr. 117.

58 HR 6 juni 2003, *LJN* AD3578 en AD3591.

5.5 De afstemming tussen de fiscale en civiele kamer van de Hoge Raad

Niet alleen lagere rechters zien zich door het bestemmingscriterium en de onduidelijkheden die daarmee samenhangen voor lastig te beantwoorden vragen gesteld. Ook de Hoge Raad lijkt soms moeite te hebben om de uitspraken van zijn fiscale en civiele kamer op elkaar af te stemmen. Dit hangt deels samen met het feit dat een oordeel over het roerende of onroerende karakter van een zaak een gemengde beslissing is, en daarom in hoge mate mede afhangt van de feiten en omstandigheden in het concrete geval. De Hoge Raad, die niet kan treden in de feitelijke beoordeling van die feiten en omstandigheden, is dan ook genoodzaakt een afstandelijker toetsing te hanteren dan bij 'zuivere rechtsvragen'. Dit maakt het lastiger om op het punt van onderscheid tussen roerende en onroerende zaken steeds op adequate wijze de rechtseenheid te bewaken en bewaren.

De afstemmingsproblematiek tussen fiscale en civiele rechtspraak wordt treffend geïllustreerd door een arrest over drijvende steigers in de jachthaven van Scheveningen. In de – ietwat lange – bespreking komt het gehele pallet aan mogelijke vraagpunten aan bod: de aard van de zaak, de duurzaamheid van de bestemming, de afstemming tussen art. 3:3 en 3:4, afstemming op een Steiger-arrest van de civiele kamer, de kenbaarheid van de bedoeling, de afstemming met art. 8:1 en de (ir)relevantie van de eigendomsverhoudingen.

Drijvende steigers

In 2002 werd aan de Hoge Raad⁵⁹ de vraag voorgelegd of drijvende steigers in een jachthaven 'werken' zijn die naar hun aard en inrichting bestemd zijn om duurzaam ter plaatse te blijven (en dus – onroerende – gebouwde eigendommen in de zin van art. 16 WOZ). Onder verwijzing naar de overwegingen van het Hof in 6.4 en 6.5 oordeelt de Hoge Raad dat 's Hofs beslissing over het onroerend zijn van deze drijvende steigers geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvattingen en verder feitelijk van aard is. Reden om de overwegingen van het Hof nader onder de loep te nemen:

'6.4 Het Hof is op grond van de onder 3.1 vermelde bepalingen uit de considerans en de artikelen 3, 5, 6, 9 en 13 van de huurovereenkomst van oordeel dat het onderhavige object duurzaam bestemd was om als jachthaven te dienen. De omstandigheid dat deze bestemming gedurende 1992 en 1993 in verband met baggerwerkzaamheden tijdelijk is onderbroken doet daaraan niet af. Evenmin doet aan dit oordeel af dat deze bestemming op enig moment in de toekomst zou kunnen wijzigen en dat partijen met die mogelijkheid in hun overeenkomst rekening hebben gehouden, nu tot zodanige bestemmingswijziging geen concrete plannen bestonden.

6.5 Het Hof is voorts van oordeel dat steigers niet, zoals belanghebbende stelt, naar hun aard roerend zijn. Steigers zijn naar hun aard bestemd om te dienen als

59 HR 20 september 2002, BNB 2002, 374 m.nt. Van Leijenhorst.

aanlegplaats voor schepen en vormen aldus een vaste verbinding tussen wal en schip. De steigers vormen daarbij een zo essentieel deel van de hoofdzaak (de jachthaven/jachtaccommodatie) dat deze zonder dit deel niet aan haar economische en maatschappelijke bestemming kan beantwoorden en dat de zaak zonder steigers, gelet op zijn bestemming, in het verkeer als incompleet zou worden beschouwd. De aanwezige steigers behoren gelet op hetgeen onder 3.3 is vastgesteld voorts duurzaam tot het object en zijn niet deels overtollig en bestemd voor verhuur aan derden. Op grond hiervan is het Hof van oordeel dat de onderhavige steigers moeten worden aangemerkt als onroerende zaken.'

In r.o. 6.6 merkt het Hof nog op dat het drijven en meebewegen van de steigers met de getijden en deining niet afdoet aan het onroerende karakter van de zaken, evenmin als hun zeer eenvoudige verplaatsbaarheid en het feit dat de steigers inderdaad regelmatig verplaatst worden. Ten slotte speelt volgens het Hof (r.o. 6.7) evenmin een rol dat tussen de verhuurder van de haven en de belanghebbende (exploitant) in confesso is dat de huurder de steigers als haar eigendom mag beschouwen in die zin dat de steigers bij verplaatsing van de activiteiten de exploitant (tevens belanghebbende in fiscaalrechtelijke zin) zullen volgen en niet verbonden blijven aan de locatie waar de steigers zijn gelegen.

Aan het geciteerde oordeel van het Hof vallen een paar dingen op. Ten eerste speelt ook in dit geval de aard van de zaak (een gemakkelijk verplaatsbare, drijvende constructie van hout en beton, die met beugels rond meerpalen op zijn plaats wordt gehouden) in de overwegingen omtrent het roerende of onroerende karakter daarvan geen enkele rol. Evenmin als relevant was dat een havenkraan wielen had,⁶⁰ is in deze dat een drijvend steigerdeel zeer eenvoudig verplaatsbaar is. Daarop kan men dezelfde kritiek hebben als Ploeger uitte ten aanzien van die havenkranen, namelijk dat de aard van de zaak geen enkele rol meer speelt.⁶¹

Ten tweede valt op dat de 'duurzaamheid van de bestemming' in de overwegingen van het Hof evenmin een rol van betekenis lijkt te spelen. Het Hof wijdt aan de duurzaamheid van de bestemming geen woord, behalve voorzover het letterlijk de formulering van de Hoge Raad uit het Portacabin-arrest over neemt (r.o. 6.3). Toetsen aan het bestemmingscriterium doet het Hof echter niet met zoveel woorden.

Waaraan toetst het Hof dan wel? Ten aanzien van het gehele 'belasting-object' oordeelt het Hof dat dit 'duurzaam bestemd was om als jachthaven te dienen'. Over de steigers merkt het op dat deze een 'essentieel deel van de hoofdzaak uitmaken' en dat die zaak zonder steigers 'gelet op zijn bestem-

60 HR 8 juli 1997, *BNB* 1997, 294 (Havenkranen), met noot S.C.J.J. Kortmann in *JOR* 1997, 126 en besproken door H.D. Ploeger, 'een mobiele onroerende zaak?', *WPNR* (1998) 6321, p. 470-472.

61 Zie H.D. Ploeger, 'Een mobiele onroerende zaak?', *WPNR* (1998) 6321, p. 472.

ming, in het verkeer als incompleet zou worden beschouwd'. Daarmee toetst het Hof, mijns inziens, aan de maatschappelijke functie van het object (de jachthaven) als geheel en voor wat betreft de steigers, aan de maatstaf van art. 3:4 BW, de bestanddelenregel.

Daaromtrent kan het volgende opgemerkt worden. De toets van art. 3:4 is een andere dan die van art. 3:3 BW. Waar het ten aanzien van art. 3:3 aanvaarde bestemmingscriterium leidt tot een ruime uitleg van het begrip 'onroerend' en een snelle kwalificering van een zaak als onroerend, wordt in art. 3:4 juist uitgegaan van een strikte uitleg. Een zaak is alleen dan naar verkeersopvatting een bestanddeel van een andere zaak indien de hoofdzaak zonder dat bestanddeel als incompleet moet worden beschouwd.⁶² Aanwijzing voor bestanddeelvorming is het in constructief opzicht op elkaar afgestemd zijn van de éne zaak op de andere en de vraag of de zaak zonder het bestanddeel als onvoltooid moet worden beschouwd.⁶³ Bij de beoordeling van de 'incompleetheid' van die zaak komt het daarbij niet aan op het productieproces of de maatschappelijke of economische functie van de zaak c.q. het bestanddeel.⁶⁴ Het gaat om de beoordeling van de compleetheid van de zaak zelf, niet van de functie van die zaak in het maatschappelijk verkeer.

Het oordeel van Hof en Hoge Raad over de drijvende steigers is dan ook in civielrechtelijk opzicht wat vreemd. Het Hof beschouwt kennelijk 'de jachthaven' als hoofdzaak. Hoezeer ook een jachthaven wellicht als één 'object' in het kader van de belastingheffing kan worden gezien, dat wil nog niet zeggen dat een jachthaven ook één zaak is. Daarnaast laat het Hof de economische en maatschappelijke functie van de steigers doorslaggevend zijn voor de beantwoording van de vraag of die steigers bestanddeel zijn van 'de jachthaven'. Hiermee legt het Hof mijns inziens een verkeerde maatstaf aan. Hij had bij toetsing aan art. 3:4 moeten ingaan op de constructieve afstemming van de zaken op elkaar of op de fysieke incompleetheid van de (hoofd)zaak, waarbij de functie van die zaak er niet toe doet. Voorzover een toets aan art. 3:4 hier al aan de orde zou zijn wordt die toets dan ook foutief uitgevoerd.

Dat een steiger niet per definitie bestanddeel is van de oever waaraan ze zich bevindt blijkt uit het – overigens later gewezen – Steiger-arrest⁶⁵ van de civiele kamer van de Hoge Raad. Of zulks het geval is hangt af van de feitelijke omstandigheden van het geval, zoals de mate van fysieke verbondenheid, de constructieve afstemming en de vraag of de steiger een wezenlijk onderdeel uitmaakt van de grond of oever.⁶⁶ Overigens laat een oordeel dat een steiger een zelfstandige zaak is en geen bestanddeel van de oever, onverlet

62 Hierop wijst ook Heyman 2000, p. 101.

63 HR 15 november 1991, *NJ* 1993, 316 m.nt. WMK (Dépex/Curatoren Bergel).

64 HR 15 november 1991, *NJ* 1993, 316 m.nt. WMK (Dépex/Curatoren Bergel), r.o. 3.4.

65 HR 28 februari 2003, *NJ* 2003, 272.

66 Ook hier betrof het dus een gemengde beslissing, waarin de Hoge Raad slechts terughoudend kon toetsen.

dat deze zelfstandige zaak onroerend kan zijn. Of dit ook ten aanzien van drijvende steigers moet gelden is gelet op de aard van deze zaken, mijns inziens, echter zeer de vraag.

Aan de geciteerde overwegingen van het Hof valt een derde punt op, naast de irrelevantie van de aard van de zaak en de – kennelijke – toetsing aan het criterium van art. 3:4. In de overwegingen van het Hof speelt de inhoud van de huurovereenkomst tussen partijen een kennelijk belangrijke rol (zie r.o. 6.4). Uit die partijafspraken leidt het Hof af dat het object ‘duurzaam bestemd was om als jachthaven te dienen’. Waaraan vervolgens de hiervoor weergegeven conclusie wordt verbonden dat die jachthaven ‘hoofdzaak’ is en de steigers essentieel onderdeel daarvan. De belangrijke rol van de inhoud van de huurovereenkomst lijkt mij in strijd met de overweging van de Hoge Raad in het Portacabin-arrest dat de bestemming van een gebouw of een werk om duurzaam ter plaatse te blijven naar buiten kenbaar dient te zijn (r.o. 3.3 onder c). Een vereiste dat voortvloeit uit publiciteitsbeginsel; het belang van kenbaarheid voor derden van zakenrechtelijke verhoudingen. Het is daarom de vraag of de inhoud van een huurovereenkomst een rol mocht spelen voor het – kennelijke – oordeel dat de hoofdzaak (de jachthaven) onroerend is. Voor de hand ligt dat in ieder geval niet.⁶⁷

Ten slotte nog twee opmerkingen over het hier uitvoerig besproken arrest. Eerder merkte ik al op dat blijkens de uitspraak de constructie van de steigers dusdanig is dat zij bestemd zijn om te drijven. In civielrechtelijke zin ligt het daarom voor de hand deze zaken op grond van art. 8:1 als schepen aan te merken. In de literatuur is inmiddels de vraag opgeworpen of ook schepen in voorkomende gevallen als onroerende zaken voor de WOZ gekwalificeerd dienen te worden.⁶⁸ Men denke daarbij met name aan woonboten, woonarken en drijvende villa's en huizen.⁶⁹ Voor het aanmerken van een woonschip als ‘belastingobject’ is het onroerend verklaren daarvan op zich niet noodzakelijk, nu gemeenten gebruik kunnen maken van de mogelijkheid om over ‘roerende ruimte’ belasting te heffen.⁷⁰ Ik laat deze problematiek hier verder voor wat zij is en volsta met de opmerking dat ook op dit punt de besproken fiscaalrechtelijke uitspraak lastig inpasbaar is in het civielrechtelijk systeem.

67 Zo hierover ook Van Vliet, ‘Natrekking in enkele buitenlandse rechtsstelsels’, in: S.E. Bartels/J.M. Milo (red.), *Open normen in het goederenrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000, p. 127-129.

68 J.J.A. de Groot, ‘Kan een schip onroerend zijn?’, *WPNR* (2003) 6517, p. 83-86 en H.D. Ploeger, ‘Drijvend wonen. De flexibiliteit van een schip, zo vast als een huis’, *WPNR* (2004), 6590, p. 717-720.

69 Het Hof te Arnhem heeft die vraag met betrekking tot een drijvende woonark inmiddels ontkennend beantwoord: zie Hof Arnhem 26 augustus 2004, *LJN* AR2920.

70 Zie art. 221 Gem.Wet en HR 20 september 2000, *BNB* 2000, 380. Zo bepleit ook H.D. Ploeger, ‘Drijvend wonen. De flexibiliteit van een schip, zo vast als een huis’, *WPNR* (2004), 6590, p. 718.

Mijn laatste opmerking betreft de in dit arrest en ook in andere jurisprudentie⁷¹ steeds terugkerende constatering dat voor de kwalificatie van een zaak als onroerend de bestaande eigendomsverhoudingen irrelevant zijn. Hoe juist die constatering ook moge zijn, de kwalificatie van een zaak als onroerend heeft – andersom – wel degelijk zakenrechtelijke gevolgen. Het blijft in mijn ogen enigszins gekunsteld om in één en hetzelfde arrest te oordelen dat enerzijds drijvende steigers bestanddelen vormen van een onroerende jachthaven en anderzijds te aanvaarden dat de huurder die steigerdelen kan beschouwen als haar eigendom ‘in die zin dat de steigers bij verplaatsing van de activiteiten van belanghebbende haar zullen volgen en niet verbonden blijven aan de locatie waar zij zijn gelegen’. Deze twee overwegingen komen mij – gelet op art. 5:3 – innerlijk tegenstrijdig voor.

Het arrest demonstreert hoe lastig het kan zijn om de civiele en fiscale jurisprudentie met elkaar in de pas te laten lopen.

6 TUSSENCONCLUSIE

Uit bespreking van genoemde fiscaalrechtelijke uitspraken over het onderscheid tussen roerende en onroerende zaken blijkt dat de in de civielrechtelijke literatuur geuite kritiek deels terecht is. De onduidelijkheden rond het bestemmingscriterium speelt met name de fiscale rechter parten en levert enige ‘spanning’ op. De oorzaken voor die spanning lijken tweeledig.

Ten eerste zijn er de onduidelijkheden en problematische aspecten die kleven aan het bestemmingscriterium zelf. Door verschillende auteurs is gewaarschuwd voor fricties in het goederenrechtelijke systeem. Die fricties zien we bij de fiscale rechter inderdaad terug. De verhouding van het bestemmingscriterium tot art. 3:4 lid 2, de fysieke verbondenheid, en tot art. 3:4 lid 1, bestanddeelvorming op grond van de verkeersopvatting is en blijft onduidelijk. Fiscale rechters passen het bestemmingscriterium daarom niet toe (zoals het Hof Arnhem in de kwestie over de GSM zendinstallatie) of menen dat een zaak op grond van bestanddeelvorming onroerend is of kan zijn (zoals bijvoorbeeld in het arrest over de drijvende steigers en de proefwerken voor de HSL).

Zo mogelijk nog onduidelijker dan de verhouding van art. 3:3 tot art. 3:4 BW is de rol van de naar buiten kenbare bedoeling van de bouwer. De éne keer spelen – niet per definitie voor derden kenbare – gesloten huurovereenkomsten een rol voor de beoordeling van die bedoeling, zoals in het arrest over de drijvende steigers en de uiteindelijke uitspraak over de zeecontainers van het Hof Den Haag (zie hierna onder 7.2). De andere keer spelen een

71 Ik denk bijvoorbeeld aan: HR 7 juni 2002, *BNB* 2002, 283 m.nt. W.J.N.M. Snoijink (Mobiele recreatiebungalow); HR 6 juni 2003, *LJN* AD3578 en AD3591 (CAI-arresten); Hof Arnhem 19 april 2004, *LJN* AO8717 (houten caravan), zie hierna onder 7.2.

bestemmingsplan en bouwvergunning – stukken die beter kenbaar zijn voor derden dan de gemiddelde huurovereenkomst – uitdrukkelijk geen rol, zie bijvoorbeeld de HSL-kwestie. De rol van andere omstandigheden dan de aard of inrichting van het gebouw of werk, zoals huurovereenkomsten, verleende bouwvergunningen of verleende ontheffingen van het bestemmingsplan, blijft onduidelijk. Probleem is met name de vraag wanneer de bedoeling van een bouwer geacht kan worden *naar buiten kenbaar* te zijn. Moet die bedoeling steeds blijken uit de ‘aard en inrichting’ van gebouw of werk, zoals de fiscale kamer van de Hoge Raad lijkt voor te staan in de HSL-zaak? Een voordeel daarvan is de grotere objectivering van het ‘subjectieve’ element *bedoeling*. Onduidelijk is echter hoe de *bedoeling* dan nog een zelfstandige rol kan spelen naast de uit de aard en inrichting naar buiten kenbare duurzame bestemming.

Indien ook andere omstandigheden relevant kunnen zijn naast de feitelijk waarneembare aard en inrichting rijst de vraag wanneer die omstandigheden objectief kenbaar zijn voor derden. Kan niet beter aangeknoopt worden bij de aard van de zaak, zoals Ploeger betoogt, en de maatschappelijke opvattingen daarover, zoals Heyman voorstaat? Dat de rechter (en de justitiabele) daarmee uit de voeten zal kunnen moge blijken uit de twee uitgebreid gemotiveerde arresten van het Hof Leeuwarden over de GSM zendinstallaties. Dat de aard van de zaak, als objectiever criterium, soms wel degelijk uitkomst kan bieden blijkt ook in een recenter arrest over een – in beginsel mobiele – grondreinigingsinstallatie.⁷² In die kwestie laat de (fiscale kamer van de) Hoge Raad het oordeel van het Hof dat deze installatie onroerend is in stand, mede gelet op de door het Hof vastgestelde feiten omtrent het gewicht en de omvang van die zaak.

Een tweede oorzaak voor de spanning tussen de fiscale en civiele jurisprudentie is mijns inziens gelegen in het verschil in doelen en terminologie van het fiscale en civiele recht. Het fiscale recht beschikt deels over een ander begrippenapparaat dan het civiele recht (gebouwde en ongebouwde eigendom, samenstel, werktuig) en streeft andere doelen na (het aanwijzen van een belastbaar object). Het duidelijkst laat zich dit illustreren aan de hand van de WOZ-zaken. In die kwesties gaat het steeds om het identificeren van een ‘belastingobject’. Zo kan een ‘samenstel’ van zaken (bijvoorbeeld een jachthaven) heel goed object zijn van één heffing, terwijl dit ‘object’ civielrechtelijk gezien waarschijnlijk uit meerdere zelfstandige zaken zal bestaan.

In de fiscale jurisprudentie over de onroerendgoedbelasting stond destijds met name de vraag centraal of sprake was van gebouwde of ongebouwde eigendom,⁷³ aangezien in veel gemeenten slechts ‘gebouwde eigendommen’ voor belastingheffing in aanmerking kwamen. De vraag naar het al dan niet

72 HR 13 mei 2005, LJN AT5469.

73 Zie bijv. HR 10 december 1980, BNB 1981, 45, m.nt. H.J. Hofstra (boorlocatie Denekamp) en de Windturbine-arresten: HR 23 februari 1994, NJ 1995, 464 en 465 m.nt. WMK onder 465 en BNB 1994, 135 en 136 m.nt. P. den Boer onder nr. 136.

onroerend zijn van het belastingobject werd veelal in het midden gelaten. Fiscale rechters redeneerden als het ware om het – civiele – begrip roerend en onroerend heen. Voor de WOZ-zaken gold hetzelfde. Volgens annotatoren Kleijn en Den Boer onder de Windturbine-arresten⁷⁴ gaat echter aan de vraag of sprake is van een belastingobject, te weten ‘gebouwd eigendom’, de vaststelling vooraf van het feit of het object een onroerende zaak is. Allereerst moet nagegaan worden of een object onroerend is in civielrechtelijke zin en vervolgens of sprake is van een ‘werktuig’ (wat relevant is in verband met de werktuigenvrijstelling) en van ‘gebouwd eigendom’. Vreemd blijft het voor civilisten dat het begrip ‘gebouwd eigendom’ gelijkgeschakeld wordt met ‘onroerende zaak’ zonder dat aan de eigendomsverhoudingen daarbij enige rol van betekenis toekomt (zie bijvoorbeeld het arrest over de drijvende steigers).

Niet ontkend kan kortom worden dat er spanning zit in het systeem. Een spanning die deels wordt veroorzaakt door de onduidelijkheden en vragen die het bestemmingscriterium in de praktijk oproept. Die onduidelijkheden bestaan zowel voor de civiele als fiscale rechter en zijn inherent aan het bestemmingscriterium, zoals door de Hoge Raad in het Portacabin-arrest en daarna gehanteerd. Van een breuk in de rechtseenheid op dit punt tussen het fiscale en civiele recht is dan ook geen sprake, een en ander afgezien van de wenselijkheid (op beide gebieden) om de onduidelijkheden weg te nemen en de fiscale en civiele rechtspraak op elkaar af te (blijven) stemmen. Het zou bijvoorbeeld prettig zijn helderheid te krijgen over de verhouding van art. 3:3 tot 3:4 en de rol die moet worden toegekend aan de kenbare bedoeling van de bouwer. Voorzover die onduidelijkheden in de toekomst worden weggenomen bestaat er echter geen direct gevaar voor de eenheid van recht.

7 EEN EUROPEESRECHTELIJKE KINK IN DE KABEL VAN DE RECHTSEENHEID?

Anders zit het mijns inziens met de transnationale invloed van het Maierhofer-arrest.

Waar het de omzetbelasting betreft wordt de afstemming tussen de civiele en fiscale uitspraken nu eenmaal bemoeilijkt door het feit dat het fiscale recht, althans op onderdelen, niet langer een louter nationale aangelegenheid is. Kunnen wij op zakenrechtelijk gebied nog spreken van een grote mate van autonomie ten opzichte van ‘Europa’, op het gebied van de omzetbelasting (BTW) is dat allang niet meer zo en dient de fiscale rechter rekening te houden

74 Zie de noot van W.M. Kleijn in *NJ* 1995, 465 en de noot van P. den Boer in *BNB* 1994, 136. Zie over de verschillende begrippen ook de conclusie van A-G. Moltmaker voor deze arresten.

met een richtlijnconforme uitleg van de Zesde richtlijn inzake de omzetbelasting.⁷⁵

Het Hof van Justitie van de EG lijkt, in het kader van die zesde richtlijn, een eigen criterium voor het onderscheid tussen roerende en onroerende zaken te hebben ontwikkeld.⁷⁶ Roerend zijn volgens het EG-Hof die zaken die gemakkelijk verplaatsbaar of demonteerbaar zijn, zoals (sta)caravans, tenten en zeecontainers. Onroerend zijn alle zaken die slechts op bewerkelijke wijze te verplaatsen of te demonteren zijn, zoals prefabwoningen. Dit Europeesrechtelijke criterium, de mogelijkheid tot gemakkelijke verplaatsing of demontage, verschilt van het criterium dat wij kennen uit het Portacabin-arrest. Daarin staat immers de kenbare beoogde duurzaamheid van bestemming centraal en speelt de 'technische mogelijkheid om het bouwsel te verplaatsen' volgens de Hoge Raad uitdrukkelijk geen rol.⁷⁷

De uitspraak in het Maierhofer-arrest veroorzaakt dan ook een – transnationale – kink in de kabel van rechtseenheid.

7.1 Schets van de problematiek

Onder de naam omzetbelasting wordt een belasting geheven ter zake van leveringen van goederen en diensten, welke in Nederland door ondernemers in het kader van hun onderneming worden verricht (art. 1 aanhef en sub a Wet OB 1968). Belastingplichtig is degene die economisch activiteiten ontplooit, ongeacht het oogmerk of resultaat van die activiteit (art. 4 Zesde Richtlijn). Op grond van art. 13 B sub b van de Zesde richtlijn bestaat echter een vrijstelling van omzetbelasting voor de verhuur van 'onroerende goederen' (anders dan verhuur van hotelaccommodatie en verhuuraccommodatie in vakantiecampen of op kampeerterreinen, parkeerruimte, blijvend geïnstalleerde werktuigen en machines en safeloketten). Het onderscheid tussen roerende en onroerende zaken (in belastingtechnische zin 'onroerende goederen'⁷⁸) is dan ook van belang voor de beoordeling van de vraag of een ondernemer ter zake van de verhuur van een onroerende zaak BTW verschuldigd is.

Voor dat onderscheid werd door de Hoge Raad in het Zeecontainer-arrest⁷⁹ aangeknoopt bij het bestemmingscriterium (zie hiervoor onder 5.1). Het is echter de vraag of sinds het Maierhofer-arrest dat criterium nog dienst

75 Zesde richtlijn betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der lidstaten inzake omzetbelasting, 77/388/EEG, *PbEG* L 145 van 13 juni 1977.

76 Zie: HvJ EG 3 juli 1997, zaak C-60/96, *VN* 1997, 3632 (Commissie/Frankrijk) en HvJ EG 16 januari 2003, zaak C-315/00, *VN* 2003, 9.19 en *BNB* 2003, 123c m.nt. H.W.M. Van Kesteren (Maierhofer/Finanzamt Augsburg).

77 HR 31 oktober 1997, *NJ* 1998, 97 r.o. 3.3 onder a.

78 Zie hieromtrent de noot van H.W.M. van Kesteren onder het Maierhofer-arrest, *BNB* 2003, 123c.

79 HR 5 januari 2000, *BNB* 2000, 83 (zeecontainers), r.o. 3.3.

kan doen waar het de omzetbelasting betreft. Ik bespreek achtereenvolgens de zeecontainerkwestie, het Maierhofer-arrest en een kwestie betreffende een kunstgrasmat.

7.2 Zeecontainers

In het kader van de omzetbelasting oordeelde het Hof Amsterdam in een uitspraak van 29 oktober 1998 dat een aantal 'als afzonderlijke objecten op een terrein geplaatste zeecontainers' als roerende zaken moesten worden aangemerkt, zodat over de verhuur van die containers als opslagruimte omzetbelasting verschuldigd was. Het Hof overwoog daartoe dat dergelijke containers oorspronkelijk een functie hadden in het vervoer van roerende zaken en niet naar aard en inrichting bestemd zijn om op dezelfde plaats te blijven. De bedoeling van belanghebbende om de containers niet te verplaatsen, was, volgens het Hof, onvoldoende om tot een ander oordeel te komen. De Hoge Raad casseerde het arrest onder verwijzing naar het bestemmingscriterium en het Portacabin-arrest.⁸⁰ Volgens de Hoge Raad komt het bij beantwoording van de vraag of de containers duurzaam met de grond verenigd zijn 'mede aan op de kenbare bedoeling van belanghebbende'. Het arrest werd besproken door Heyman,⁸¹ die het met de Hoge Raad eens is dat de motivering van het Hof Amsterdam tekort schiet, maar anderzijds gemotiveerd aangeeft dat het ondenkbaar en onwenselijk is dat de containers in kwestie als onroerende zaken zouden moeten worden beschouwd.⁸²

Na terugverwijzing besliste het Hof Den Haag echter dat sprake was van verhuur van onroerende zaken.⁸³ Doorslaggevend voor die beslissing lijkt het feit dat de containers sinds hun plaatsing in 1991 zijn verhuurd aan derden en dat niet blijkt van het bestaan van een voornemen om die situatie te beëindigen. Verder weegt het Hof mee dat de containers niet langer geschikt zijn voor het oorspronkelijke doeleinde door inwerking van vocht.⁸⁴

Ook na dit arrest van het Hof Den Haag deel ik de mening van Heyman dat zeecontainers als deze geen onroerende zaken (zouden moeten) zijn. Het is mijns inziens de vraag of uit de huurovereenkomsten met derden een naar buiten kenbare bedoeling tot duurzame bestemming van de plaatser van de containers kan en mag worden afgeleid (zie ook onder 5.4 en 5.5). Het enkele onbruikbaar worden voor transport van goederen door de inwerking van vocht rechtvaardigt naar mijn mening nog niet de verandering van het zakenrechtelijke karakter van de containers van roerende naar onroerende zaken.

80 HR 5 januari 2000, *BNB* 2000, 83 (zeecontainers), r.o. 3.3.

81 H.W. Heyman, 'Zijn zeecontainers onroerend?', *NTBR* 2000/5, p. 197-200.

82 H.W. Heyman, 'Zijn zeecontainers onroerend?', *NTBR* 2000/5, p. 198.

83 Hof Den Haag 7 juni 2001, *LJN* AF6953.

84 Zie r.o. 5.2 Hof Den Haag.

Het is echter weinig zinvol nog lang stil te blijven staan bij de zeecontainers, nu deze uitspraak inmiddels achterhaald lijkt te zijn door de uitspraak van het Europese Hof van Justitie in de zaak Maierhofer.

7.3 Het Maierhofer-arrest

In de zaak Maierhofer vs. Finanzamt Augsburg⁸⁵ werd aan het Hof van Justitie van de EG de prejudiciële vraag voorgelegd of prefab-gebouwen die rustten op betonsokkels onroerend waren, ook indien het gebouw na het verstrijken van de huurovereenkomst moest worden verwijderd en elders zou worden hergebruikt. Dit in verband met de vraag of verhuurder Maierhofer al dan niet omzetbelastingplichtig was op grond van de Zesde richtlijn. Het ging in casu om uit prefab-elementen opgetrokken gebouwen met één of twee verdiepingen, die vergelijkbaar waren met prefabhuizen. De gebouwen rustten op betonsokkels die waren geplaatst op een in de grond aangebrachte betonnen fundering. De muren, bestaande uit platen, waren in de fundering verankerd door schroefbouten. De getimmerde dakconstructies waren met dakpannen bedekt. De bodem en de muren van de sanitaire ruimtes en de keukens waren betegeld. De gebouwen konden op elk ogenblik door 8 personen binnen 10 dagen worden gedemonteerd om later weer te worden opgetrokken.⁸⁶

Het Hof van Justitie van de EG oordeelde ten eerste dat het begrip ‘verhuur van onroerend goed’ een autonoom communautair rechtsbegrip is en als zodanig een communautaire definitie dient te krijgen. De aanname onder fiscalisten dat de lidstaten op het gebied van onroerend goed meer beoordelingsvrijheid zouden hebben vanwege het plaatsgebonden karakter daarvan, bleek dan ook niet bewaarheid.⁸⁷ Er mag kortom voor het onderscheid roerend/onroerend niet worden aangeknoopt bij het burgerlijk recht van een lidstaat. Vervolgens overweegt het Hof:

‘32. De in de zaak in het hoofdgeding bedoelde gebouwen, welke in punt 13 van dit arrest worden beschreven, zijn daarentegen mobiel noch gemakkelijk verplaatsbaar. Het zijn gebouwen die rusten op betonsokkels die zijn geplaatst op een in de grond aangebrachte betonnen fundering. Zij kunnen na het verstrijken van de huurovereenkomst worden gedemonteerd voor later hergebruik, maar daarvoor zijn 80 mandagen (8 personen gedurende 10 dagen) nodig.

33. Dergelijke gebouwen, samengesteld uit vast met de grond verbonden constructies, moeten als onroerend worden aangemerkt. Wat dit aangaat is het van belang

⁸⁵ HvJ EG 16 januari 2003, zaak C-315/00, VN 2003, 9.19 en BNB 2003, 123c m.nt. H.W.M. Van Kesteren. Ook besproken door C.A. Adriaansens, ‘Onroerend of niet?’, in: J. Struiksmas c.s. (red.), *Vast en goed. Van Velten-bundel*, Kluwer 2003, p. 8 e.v.

⁸⁶ Zie r.o. 13.

⁸⁷ Zie hierover A. van Dongen, ‘Maierhofer: vast en zeker of twee keer mis?’, *BtwBrief* 2003/4, p. 6-10.

dat de constructies niet gemakkelijk zijn te demonteren en verplaatsen, doch is het, anders dan de Duitse regering stelt, niet nodig dat zij onlosmakelijk met de grond zijn verbonden. De duur van de huurovereenkomst is evenmin doorslaggevend om uit te maken of de betrokken gebouwen roerend dan wel onroerend zijn.'

In een eerder arrest over dezelfde richtlijn oordeelde het Hof van Justitie EG⁸⁸ dat caravans, tenten, stacaravans en chalets roerende goederen waren, nu kenmerkend voor deze goederen was, dat het ofwel mobiele goederen waren (caravans en stacaravans), ofwel gemakkelijk te verplaatsen goederen (tenten en chalets). Het criterium dat door het Hof in de twee arresten wordt aangelegd voor de beantwoording van de vraag of een zaak roerend of onroerend is verschilt dan ook van het criterium dat in Nederland ter beantwoording van die vraag wordt gebruikt. Voor het onderscheid tussen roerende en onroerende zaken staat de eenvoudige verplaatsbaarheid van die zaken centraal.

Dit leidt tot de situatie dat stacaravans, zeecontainers en waarschijnlijk ook eenvoudig te demonteren en te verplaatsen portacabins voor de omzetbelasting moeten worden aangemerkt als roerende zaken, terwijl zij naar huidig Nederlands burgerlijk recht wegens hun duurzame bestemming als onroerende zaken worden beschouwd. Ook Van Kesteren komt in zijn noot onder het Maierhofer-arrest tot de conclusie dat bij de vaststelling of goederen onroerend zijn in communautaire zin geen acht meer mag worden geslagen op de kenbare bedoeling van partijen of de bestemming van het goed.⁸⁹ Slechts de eenvoudige verplaatsbaarheid is daarvoor relevant.

Daarmee is, zo schrijft ook Adriaansen,⁹⁰ de merkwaardige situatie ontstaan dat op Europees niveau voor de bepaling of iets onroerend is de objectieve eis wordt gesteld van duurzaam met de grond verenigd zijn (te beoordelen naar de graad van moeilijkheid en de kosten die verplaatsing of demontage oplevert), terwijl naar Nederlands recht getoetst wordt aan het (subjectievere) criterium van de beoogde duurzaamheid van bestemming en naar buiten kenbare bedoeling van de bouwer.

Met andere woorden; daar gaat de eenheid van recht op het gebied van het onderscheid tussen roerende en onroerende zaken.

88 HvJEG 3 juli 1997, Commissie/Frankrijk, C-60/96, Jurispr. Bla. I-3827.

89 H.W.M. Van Kesteren, *BNB* 2003, 123c, sub 7.

90 C.A. Adriaansens, 'Onroerend of niet?', in: J. Struiksma c.s. (red.), *Vast en goed. Van Veltenbundel*, Kluwer 2003, p. 9.

7.4 De kunstgrasmat

Het Maierhofer-arrest heeft intussen in Nederland navolging gekregen. Het Hof Den Bosch⁹¹ oordeelde inmiddels op grond van het nieuwe criterium dat een lastig te verplaatsen en te demonteren kunstgrasmat tezamen met de onderlaag van het veld als één onroerende zaak in de zin van art. 11.1.b.5 Wet OB moet worden aangemerkt. De relevante overweging van het Hof (r.o. 4.1) luidde als volgt:

‘4.1. De Inspecteur heeft gesteld en het Hof acht aannemelijk dat de kunstgrasmat weliswaar los op de onderlaag komt te liggen, en verwijderbaar is, maar dat voor de verwijdering van een mat als de onderhavige een gespecialiseerd bedrijf dient te worden ingeschakeld, dat voor de door het bedrijf verrichte inspanningen meer dan f 40.000 in rekening is gebracht, dat voor het aanbrengen op een andere plaats opnieuw een bedrag per m2 moet worden betaald, en dat zonder de kunstgrasmat geen sprake is van een verhuurbaar sportveld.

Op grond van het vorenstaande moet worden geoordeeld dat de kunstgrasmat niet gemakkelijk kan worden gedemonteerd of verplaatst, zodat de mat tezamen met de onderlaag van het veld als één onroerende zaak in de zin van artikel 11, lid 1, onderdeel b, 5, van de Wet (jo artikel 13, B, sub b, van de Zesde richtlijn) moet worden aangemerkt (HvJ EG 16 januari 2003, zaak nr. C-315/00, Maierhofer, V-N 2003/9.19).’

Is dit het begin van het einde van het bestemmingscriterium? Of is het geen bezwaar dat in Nederland twee verschillende criteria worden gehanteerd voor het maken van onderscheid tussen roerende en onroerende zaken? Enkele voorzichtige conclusies.

8 CONCLUSIE

De conclusie is dat in Nederland de eenheid van recht onder druk staat waar het gaat om het onderscheid tussen roerende en onroerende zaken.

In ieder geval blijkt uit de analyse van een aantal uitspraken gewezen sinds het Portacabin-arrest dat het daarin neergelegde bestemmingscriterium niet de zozeer gewenste en voor de praktijk zo belangrijke duidelijkheid heeft gebracht. Het arrest roept vragen op waar in de praktijk mee wordt geworsteld (zie ook de tussenconclusie onder 6). De geconstateerde fricties in het systeem zijn echter eventueel te repareren met nadere jurisprudentie van de Hoge Raad over die vraagpunten, voorzover het gemengde karakter van dit soort beslissingen daaraan niet in de weg staat. Zulks lijkt mij niet het geval waar het (rechts) vragen betreft als de verhouding tussen artikel 3:3 en 3:4.

91 Hof Den Bosch 22 april 2003, *LJN* AH9192.

Een veel fundamentele bres wordt in de eenheid van recht geschoten door de transnationale invloed van het Hof van Justitie EG. De beslissing in de zaak Maierhofer dat het begrip onroerend goed binnen de Europese rechtsorde in het kader van de Zesde Richtlijn een zelfstandige definitie dient te krijgen kan lastig genegeerd worden. Daar waar het de omzetbelasting betreft zal de verplaatsbaarheid van de zaak dan ook als doorslaggevende criterium moeten worden gehanteerd.⁹²

Die uitspraak is – met zijn gevolgen – met name van belang voor gemakkelijk verplaatsbare zaken die zich lenen voor een duurzame bestemming en voor verhuur, zoals bijvoorbeeld portacabins, drijvende steigerdelen, GSM zendinstallatie en zeecontainers (voor stacaravans en andere mobiele recreatieverblijven geldt de vrijstelling niet, zodat daar mijns inziens geen – bijkomend – probleem ontstaat). Een voordeel van het door het Europese Hof ontwikkelde criterium is naar mijn mening de objectiviteit ervan en het feit dat de – eenvoudige en goedkope – verplaatsbaarheid van een zaak relatief gemakkelijk geconstateerd kan worden. Ook sluit het criterium aan bij de beleving van het publiek; zoals Heyman mijns inziens terecht aanvoert een argument voor het criterium van de verplaatsbaarheid.⁹³

Een volgende vraag is natuurlijk of deze gemakkelijk verplaatsbare zaken slechts geleverd kunnen worden door middel van een notariële akte en inschrijving en of bij de overdracht van een dergelijke zaak overdrachtsbelasting verschuldigd is. Met andere woorden; zijn die zaken ook in civielrechtelijk opzicht roerend? Een ontkennend antwoord zou tot curieus gevolg hebben dat een zeecontainer die bestemd is om duurzaam ter plaatse te blijven naar geldend burgerlijk recht onroerend is, maar in het kader van de omzetbelasting (bijvoorbeeld bij verhuur) als roerend aangemerkt moet worden. Het Maierhofer-arrest geeft daarom aanleiding om nog eens kritisch naar het eigen systeem te kijken, mede vanuit het eenheidsoogpunt. Vooralsnog zie ik dan verschillende mogelijke oplossingen.

Ten eerste kunnen wij de eenheidsgedachte op dit punt geheel loslaten en accepteren dat in het kader van de omzetbelasting een ander criterium wordt gehanteerd dan het civiele criterium. Zulks zal mijns inziens wel leiden tot afstemmingsproblemen, bijvoorbeeld tussen de BTW en overdrachtsbelasting en tussen fiscaal- en goederenrecht.

Ten tweede is het uiteraard mogelijk dat wij ons goederenrecht aanpassen, zo dat het civiele criterium weer in de pas loopt met de Europeesrechtelijke definitie van de onroerende zaak. Onwaarschijnlijk is immers dat de Europese wetgever zich zal aanpassen aan het in Nederland gehanteerde criterium.⁹⁴ Voor een dergelijke aanpassing is een wetswijziging wellicht zelfs overbodig.⁹⁵

92 Zo ook A. van Dongen, 'Maierhofer: vast en zeker of twee keer mis?', *BtwBrief* 2003/4, p. 10.

93 Heyman 2000, p. 119.

94 Zo ook Adriaansens 2003, p. 12.

95 Zo suggereert ook Adriaansens 2003, p. 9-10.

Volstaan zou kunnen worden met een andere interpretatie van art. 3:3 lid 1, conform het Maierhofer-arrest. De aanknoping door de fiscale rechter bij het civiele recht doet vervolgens de rest.

Argumenten voor deze tweede optie zijn er voldoende. Het streven naar eenheid van recht op civielrechtelijk en fiscaalrechtelijke gebied kent de charme van de eenvoud, voordelen voor de rechtszekerheid, een grotere aanvaardbaarheid voor justitiabelen, en een betere begrijpelijkheid voor juristen. Het door het Europese Hof gehanteerde criterium van de verplaatsbaarheid is bovendien objectiever en gemakkelijker te hanteren dan het bestemmingscriterium. Invoering van dit criterium zou daarnaast tegemoet komen aan de veelvuldig geuite bezwaren in de literatuur en een einde maken aan een bonte lappendeken van – fiscale – arresten, waarin een bestendige lijn en eenheid van recht mijns inziens ver te zoeken is.

Een derde (tussen)oplossing is ook denkbaar en zou kunnen bestaan uit een nadere definitie van het begrip 'onroerende zaak' in de wet op de Omzetbelasting, zo dat wederom coherentie ontstaat tussen het civielrechtelijke, fiscaalrechtelijke en Europeesrechtelijke systeem. Dit kan wellicht door het stellen van bijkomende eisen voor het onroerend zijn van zaken op het gebied van de omzetbelasting, zoals de eis dat een zaak niet alleen bestemd is om duurzaam ter plaatse te blijven maar daarnaast evenmin gemakkelijk verplaatsbaar is. Het bestemmingscriterium zou dan gehandhaafd kunnen worden in het civiele recht. De schoonheidsprijs verdient zo'n, overigens praktische, oplossing uit het oogpunt van rechtseenheid en eenvoud naar mijn mening niet en het is bovendien de vraag of daarmee alle – fiscaalrechtelijke – afstemmingsproblemen ondervangen zouden worden.

5 | Inpassing van Europese consumenten-koopregels

Jac. Hijma[■]

1 INLEIDING

Rechtshandeling, overeenkomst, wederkerige overeenkomst, koop, consumentenkoop. Vijf begrippen, vijf niveaus. In het Burgerlijk Wetboek passeren zij successievelijk de revue: voorop gaat de rechtshandeling (Boek 3), dan volgt de overeenkomst, met in haar kielzog de wederkerige overeenkomst (Boek 6), en ten slotte komt de koop, hand in hand met de consumentenkoop (Boek 7). Naar de gelaagde structuur van de wet zijn op iedere figuur niet alleen de daarvoor geschreven regels van toepassing, maar tevens de meer algemene, voorzover daarvan op de specifiekere niveaus niet is afgeweken.

Als op 1 januari 1992 het nieuwe vermogensrecht in werking treedt, ligt een doordacht complex ter tafel, waarvan de samenstellende delen weliswaar niet *aus einem Guß* zijn gevormd, maar wel vanuit een consistente visie zijn ontwikkeld. Ruim tien jaar later zijn consistentie en coherentie niet meer over de gehele linie vanzelfsprekend. Met name het kooprecht is inmiddels doorregen met regels van Europese origine, die naast het nationale recht tot ontwikkeling zijn gekomen en daarom niet op voorhand bij systeem en inhoud van het vigerende vermogensrecht aansluiten. Zeker bij richtlijnstelsels die geen nieuwe materie regelen¹ maar in de bestaande wet een voorganger hebben, die zij overboord werken, is de kans op kieren en barsten niet denkbeeldig.

In dit licht vraagt met name richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen – kort gezegd: de richtlijn consumentenkoop – de aandacht.² Deze richtlijn behandelt kwesties die naar hun aard niet tot de consumentenkoop beperkt blijven, maar

■ Jac. Hijma is hoogleraar burgerlijk recht, Universiteit Leiden.

1 Zoals richtlijn 97/7/EG betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten, *PbEG* L 144, die tot de tussenvoeging van een nieuwe afdeling 7.1.9A (art. 7:46a-46j) heeft geleid.

2 Over richtlijn 1999/44/EG en/of haar implementatie ten onzent is geschreven door J.M. Smits, 'Naar een nieuw Europees consumentenkooprecht', *NJB* 2000, p. 1825-1830; C.A. Joustra, 'De richtlijn consumentenkoop: een vergelijking met het Weens Koopverdrag', *WPNR* 6430 (2001); J.M. Smits, 'De voorgenomen implementatie van de richtlijn consumentenkoop: een gebrekkig wetsvoorstel', *WPNR* 6470 (2001); J.M. Smits, 'De richtlijn consumentenkoop en het Nederlandse recht', in J.M. Smits (red.), *De richtlijn consumentenkoop in perspectief*, Den Haag: Boom 2003, p. 1-27; Jac. Hijma, 'De rechtsmiddelen van de consument-

zich over het hele kooprecht uitstrekken en daar(en)boven doordringen tot het algemene overeenkomstenrecht. Dit opstel strekt ertoe te onderzoeken of deze richtlijn consumentenkoop, althans de wijze waarop zij in het Burgerlijk Wetboek is nedergedaald, een bedreiging van de eenheid – met name de systematische eenheid – van het nationale vermogensrecht betekent.

2 HARMONISATIE

De consumentenkooprichtlijn – verder korthedshalve veelal: de richtlijn – dateert van 25 mei 1999. Als deel van het Europese consumentenbeschermingsprogramma³ strekt zij ertoe de nationale rechtstelsels op het punt van de koop door consumenten te harmoniseren. Niet alle aspecten van de consumentenkoop komen erin aan de orde: wel nonconformiteit, herstel, vervanging, ontbinding en prijsverlaging, maar niet opschorting, schadevergoeding, vooruitbetaling. De niet-geregelde aspecten blijven nationaal domein.

Iedere lidstaat dient zijn wetgeving aldus in te richten, dat de consument *ten minste* de in de richtlijn vervatte bescherming geniet (art. 8 lid 2 richtlijn). Het gaat derhalve om een minimumharmonisatie: een staat mag aan de consument wel een hogere graad van bescherming verlenen, maar niet een lagere. Hoewel kan worden gezegd – en volgehouden – dat het in 1992 van kracht geworden Nederlandse vermogensrecht de consument-koper ruwweg hetzelfde beschermingsniveau biedt als de richtlijn, zag de wetgever zich genoopt een flinke bundel aanpassingen te formuleren.

De vraag of het nationale recht aan de eisen van een richtlijn voldoet, wordt niet globaliter beantwoord, maar impliceert een beoordeling op detailniveau. Illustratief is de gang van zaken rond een eerdere consumentenbeschermingsrichtlijn, richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.⁴ Te dien aanzien nam Nederland het standpunt in dat de verschillen dermate gering zijn dat een ingreep in de bestaande wetgeving gevoeglijk achterwege kon blijven, temeer daar de rechter het nationale recht richtlijnconform zal interpreteren.⁵ De Europese Commissie achtte deze houding te gemakzuchtig. Zij verlangde aanvullende wetgevingsactiviteit, en vond daarin, het Nederlandse verweer ten spijt, het Europese Hof van Justitie aan

koper; richtlijn 1999/44 en de Nederlandse wet', in J.M. Smits (red.), *De richtlijn consumentenkoop in perspectief*, Den Haag: Boom 2003, p. 29-39.

3 Vgl. art. 153 (voorheen 129A) van het EG-Verdrag.

4 *PbEG* L 95.

5 Zie voor de plicht tot richtlijnconforme interpretatie o.m. HvJ EG 27 juni 2000, *Jur.* 2000, I-4941, NJ 2000, 730 (Océano/Murciano Quintero et al.); nationaal HR 19 september 1997, NJ 1998, 6 (Assoud/SNS); M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 2001.

haar zijde.⁶ Zeker gezien deze recente tik op de vingers, lag het voor de hand dat ons land de nieuwe richtlijn nauwlettend zou implementeren.

3 IMPLEMENTATIE

Op 1 mei 2003, ruim een jaar na de deadline van 1 januari 2002 (art. 11 lid 1 richtlijn), trad de Wet tot aanpassing van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek aan de richtlijn betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen in werking.⁷ Het is een gedetailleerd stuk wetgeving, waarin niet alleen wordt *aangepast*, maar zeker ook wordt *ingepast*. De wetgever had het zich gemakkelijk kunnen maken door (de relevante gedeelten van) de richtlijntekst min of meer letterlijk tot nationale wet te verklaren. In andere landen is zo'n aanpak niet ongebruikelijk.⁸ Hij heeft het voordeel van een direct zichtbare Europese correctheid. Maar er is ook een nadeel: het onontkoombare puzzelwerk – wat is precies de relatie tot het overige recht? – komt op het bord van de rechter terecht, die telkens op *ad hoc* basis (een deel van) de puzzel zal moeten leggen. Dat de Nederlandse wetgever het netelige inpassingskarwei aan zich houdt,⁹ getuigt van een loffelijke taakopvatting.

In de implementatiewet zijn, in het voetspoor van de richtlijn, de navolgende onderwerpen geregeld: reikwijdte van de beschermingsregeling (art. 7:5, 7:6), handelsgaranties (art. 7:6a), nonconformiteit (art. 7:17, 7:18, 7:19), recht op herstel of vervanging (art. 7:21), recht op ontbinding (art. 7:22), recht op prijsvermindering (art. 7:22), klachtplicht van de koper (art. 7:23), regres op een voorschakel (art. 7:25). In het kader van het onderhavige onderzoek is hiervan lang niet alles relevant. De bepalingen die min of meer typisch consumentenkooprecht bevatten en op de hogere niveaus geen duidelijke pendant of parallel kennen, kunnen buiten het blikveld worden geplaatst; in een analyse van het vermogensrechtelijke bouwwerk spelen zij geen rol. Interessant zijn met name de bepalingen met betrekking tot de rechtsmiddelen: herstel of vervanging, ontbinding, prijsvermindering. Deze onderwerpen passeren hierna de revue, voorafgegaan door enkele observaties met betrekking tot de conformiteitsvraag.

6 HvJ EG 10 mei 2001, *Jur.* 2001, I-3541 (Europese Commissie/Nederland), waarover J.M. Smits, 'Nogmaals de richtlijn oneerlijke bedingen: Nederland veroordeeld wegens gebrekkige implementatie', *WPNR* 6461 (2001); M.H. Wissink, 'Nederland veroordeeld wegens onvolledige omzetting van de richtlijn oneerlijke bedingen', *NTBR* 2002, p. 152-156.

7 *Stb.* 2003, 110 (wettekst); *Stb.* 2003, 151 (inwerkingtreding); *Kamerstukken* 2000/03, 27 809.

8 Zie in dezen bijv. de Belgische art. 1649bis-1649octies BW, toegevoegd op 1 januari 2005, waarover S. Stijns, 'De richtlijn consumentenkoop en het Belgische recht', in J.M. Smits (red.), *De richtlijn consumentenkoop in perspectief*, Den Haag: Boom 2003, p. 41-78.

9 Zie MvT, *Kamerstukken II* 2000/01, 27 809, nr. 3, p. 2 (e.v.).

4 NONCONFORMITEIT

Het terrein der (non)conformiteit geeft een aantal ingrepen te zien (art. 7:17, 7:18, 7:19), die in het kader van deze beschouwing niet bijster interessant zijn. Aan twee ervan besteed ik toch enige aandacht, omdat zij aan de kern van de conformiteitstoetsing raken en daarmee de grondslag van de hierna te bespreken rechtsmiddelen betreffen.

Oorspronkelijk bepaalde art. 7:17 lid 2 bondig, dat een zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt indien zij niet de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. In het voetspoor van de richtlijn (art. 2 lid 2 sub d) is thans tussengevoegd: ‘mede gelet op de aard van de zaak en de mededelingen die de verkoper over de zaak heeft gedaan’. De inlas is een typisch voorbeeld van (over)ijverige implementatie zonder materieel belang. Reeds onder de oude wettekst werd algemeen aangeknoopt bij een passage in de parlementaire geschiedenis, die leert dat op alle omstandigheden van het geval moet worden gelet: de aard van de zaak, de hoogte van de prijs, het soort winkel, een eventuele bijzondere context zoals uitverkoop, de mededelingen van de verkoper, etc.¹⁰ De explicitering van twee van die aanknopingspunten doet ietwat willekeurig aan. Zij had m.i. achterwege kunnen blijven,¹¹ maar kan gezien het ‘mede’ ook weinig kwaad. Terecht heeft de wetgever haar niet tot de consumentenkoop beperkt, aldus een anomalie binnen het kooprecht vermijdend.

In het nieuwe art. 7:17 lid 5 is de bepaling opgenomen dat de koper zich niet op een nonconformiteit kan beroepen wanneer deze ‘hem ten tijde van het sluiten van de overeenkomst bekend was of redelijkerwijs bekend kon zijn.’ Deze implementatie – van art. 2 lid 3 richtlijn – was evenmin noodzakelijk. Het gaat hier immers niet om (een regel van) kopersbescherming, maar juist om een insnoering van die bescherming, ten gerieve van de verkoper. In een stelsel van minimumharmonisatie mag zulks achterwege blijven. Kennelijk heeft de wetgever de positie van de verkoper, die er toch al op achteruitgaat,¹² niet door een eenzijdige implementatie verder in de verdrukking willen brengen. Dat uitgangspunt verdient bijval. Niettemin plaats ik bij de geciteerde toevoeging een vraagteken. De Europese uitzondering voor de situatie dat de afwijking de consument ‘redelijkerwijs niet onbekend kon zijn’ (‘could not reasonably be unaware’) is in onze wet terechtgekomen als ‘redelijkerwijs bekend kon zijn’, welke drempel lager ligt dan die van het origineel. Dit schept twee problemen. In de eerste plaats dat van de Europese beugel: naar onze wet is de uitzondering op de consumentenkoopbescherming ruimer dan naar

10 NvW 1, in W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6, Boek 7, Bijzondere overeenkomsten, Titels 1, 7, 9 en 14*, Deventer: Kluwer 1991, p. 121.

11 Zie tevens MvT, *Kamerstukken II* 2000/01, 27 809, nr. 3, p. 4.

12 Zie met name par. 5.

de richtlijn, waarmee de implementatie tekortschiet. In de tweede plaats ontstaat een probleem van systematiek. De vraag wat aan de koper bekend kon zijn is dermate verweven met de vraag wat hij mocht verwachten, dat zij reeds onder de eerdere leden van art. 7:17 zal worden meegenomen. Wat de toetsing in het vijfde lid daarna nog inhoudt, is onduidelijk. Voor de richtlijntekst geldt dit bezwaar nauwelijks of niet, omdat die op positieve bekendheid is georiënteerd en het 'niet onbekend kon zijn' daar slechts een objectivering aan toevoegt.¹³ De parlementaire stukken leren dat de wetgever bij de richtlijn heeft willen aansluiten en geen (nieuwe) onderzoeksplichten voor kopers beoogt,¹⁴ maar in de tekst van de wet komt die intentie ontoereikend tot uitdrukking.¹⁵ Wanneer men bij elkaar optelt dat in dezen geen implementatieplicht bestaat, dat het praktisch belang van de materie niet groot is, en dat ook uit de redelijkheid en billijkheid wel een bekendheidsuitzondering kan worden – en wordt – afgeleid,¹⁶ dan dringt de slotsom zich op dat ons kooprecht zonder de beschreven ingreep beter af was geweest.

5 RECHT OP HERSTEL OF VERVANGING

De nakomingsrechten van de koper – het recht op herstel en het recht op vervanging – varen in de Nederlandse vertaling van de richtlijn onder de gezamenlijke vlag 'genoegdoening,' een wat beladen aanduiding,¹⁷ zeker als men bedenkt dat de Engelse tekst eenvoudig van *remedies* spreekt. In de wettekst komt de genoegdoeningskoepel terecht niet voor.

De omzetting van de richtlijn heeft de nationale regeling op dit terrein zowel (wat) strenger als langer gemaakt. Om met het laatste te beginnen: de richtlijn treedt hier meer in detail dan de oude wet, en de wetgever heeft de Europese uitweidingen wijselijk overgenomen. Zo is aan art. 7:21 toegevoegd dat de verkoper aan de koper geen kosten in rekening kan brengen (lid 2) en dat herstel en vervanging binnen een redelijke termijn en zonder ernstige overlast voor de koper moeten plaatsvinden (lid 3); voorts is uitgewerkt wanneer herstel of vervanging van de verkoper niet kan worden geleverd (lid 5). Een en ander sluit m.i. aan bij hetgeen onder de voormalige wet reeds mocht worden aangenomen. Opvallenderwijs gelden de leden 2 en 3 voor iedere koop, maar is lid 5 tot de consumentenkoop beperkt. In mijn ogen zijn

13 Evenzo art. 35 lid 3 Weens Koopverdrag (CISG).

14 MvT, *Kamerstukken II* 2000/01, 27 809, nr. 3, p. 18; Nota n.a.v. verslag, *Kamerstukken II* 2001/02, 27 809, nr. 6, p. 8-9.

15 Vgl. J.M. Smits, in J.M. Smits (red.) 2003, p. 10.

16 Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Bijzondere overeenkomsten, Deel I, Koop en ruil*, zesde druk, bewerkt door Jac. Hijma, Deventer: Kluwer 2001, nr. 358.

17 De term komt vooral voor in de smartengeldsfeer; zie bijv. S.D. Lindenbergh, *Smartengeld*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 1998, p. 38-45.

de in lid 5 vermelde aanknopingspunten voldoende flexibel ('in geen verhouding') en neutraal om tot het gehele kooprecht te worden uitgestrekt, waarmee de eenheid zou zijn gediend.

Materieel is een zekere verzwaring van de positie van verkopers te onderkennen. Het nieuwe art. 7:21 lid 4 brengt de in art. 7:21 lid 1 neergelegde uitzonderingen op het herstel- of vervangingsrecht voor consumentenkoop terug tot situaties waarin herstel of vervanging onmogelijk is of van de verkoper niet gevergd kan worden (art. 3 lid 3 richtlijn). Tegelijk is het oorspronkelijke art. 7:21 lid 2 doorgehaald, dat een tot herstel of vervanging aangesproken verkoper bevoegd verklaarde te kiezen tussen vervanging en teruggave van de prijs (d.w.z. ontbinding). Dit 'achterdeurtje' was de verkoper evenwichtshalve gegund, als compensatie voor de sterke positie die de consumentkoper in het nieuwe wetboek is toebedeeld.¹⁸ Nu de richtlijn deze ontsnapingsroute niet kent, moest zij worden afgesloten, omdat anders het vereiste beschermingsniveau niet zou worden gehaald. Puur uit een oogpunt van rechtseenheid is de vergrendeling van de voormalige achterdeur eerder gunstig dan ongunstig: de algemene leer kent zulk een rem op het nakomingsrecht evenmin (art. 3:296).

6 RECHT OP ONTBINDING

Het recht van de consument-koper op ontbinding wordt sinds de richtlijnimplementatie bestreken door art. 7:22, dat als volgt luidt.

Art. 7:22 BW

1. Beantwoordt het afgeleverde niet aan de overeenkomst, dan heeft bij een consumentenkoop de koper voorts de bevoegdheid om:
 - a. de overeenkomst te ontbinden, tenzij de afwijking van het overeengekomene, gezien haar geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt;
 - b. de prijs te verminderen in evenredigheid met de mate van afwijking van het overeengekomene.
2. De in lid 1 bedoelde bevoegdheden ontstaan pas wanneer herstel en vervanging onmogelijk zijn of van de verkoper niet gevergd kunnen worden, danwel de verkoper tekort is geschoten in een verplichting als bedoeld in artikel 21 lid 3.
3. Voorzover daarvan in deze afdeling niet is afgeweken zijn op de in lid 1 onder b bedoelde bevoegdheid de bepalingen van afdeling 5 van titel 5 van Boek 6 omtrent ontbinding van een overeenkomst van overeenkomstige toepassing.
4. De rechten en bevoegdheden genoemd in lid 1 en de artikelen 20 en 21 komen de koper toe onverminderd alle andere rechten en vorderingen.

¹⁸ NvW 1, *Parl. Gesch. NBW, Boek 7*, p. 137-138.

De dubbele beperking in de aanhef van art. 7:22 lid 1 – tot consumentenkoop en tot nonconformiteit – is verrassend. Bestaat de bevoegdheid tot ontbinding niet evenzeer bij andere koop- en tekortkomingsvormen, en zo ja, waarom wordt zij hier dan in de wet genoemd? Uiteraard leent de bepaling zich niet voor redeneringen *a contrario* en bestaat er ook buiten haar poorten een ontbindingsrecht. Art. 7:22 lid 1 sub a is niet opgenomen om het recht op ontbinding vast te leggen, maar veeleer om de *inperking* ervan vast te leggen, in dier voege dat het deze terugsnijdt tot de in de richtlijn (art. 3 lid 6) toegestane maat.

De algemene ontbindingsbevoegdheid in Boek 6 kent twee uitzonderingen: ‘tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt’ (art. 6:265 lid 1). Art. 7:22 lid 1 sub a noemt alleen de geringe betekenis, en schrapt zodoende de uitzondering voor de bijzondere aard van de tekortkoming. In de praktijk zal dit verschil maar hoogst zelden merkbaar zijn. Het verwijderde criterium speelt in de rechtspraak nauwelijks een rol;¹⁹ het enige arrest van de Hoge Raad erover ziet op fraude bij een verzekeringscontract²⁰ en behelst voor de koop geen boodschap. Bovendien sluit het criterium ‘geringe betekenis’ niet uit dat naast kwantitatieve ook kwalitatieve aspecten in aanmerking worden genomen; in wezen gaat het om alle tekortkomingen die, om welke reden dan ook, niet *zwaar genoeg* zijn om de verlangde ontbinding – met haar gevolgen – te rechtvaardigen.²¹ Per saldo meen ik dat de wetgever er verstandig aan heeft gedaan de veilige weg te kiezen en de ‘bijzondere aard’ maar te schrappen. De beperking tot nonconformiteit bij consumentenkoop had daarbij zonder problemen achterwege kunnen blijven, waarmee de eenheid binnen het kooprecht zou zijn gediend. Op het gehele terrein van de koop lijkt voor de ‘bijzondere aard’ geen noemenswaardig emplooi te bestaan, terwijl in voorkomend geval de sluis der ‘geringe betekenis’ voldoende flexibel is om ook de aard van een tekortkoming tot haar recht te brengen.

7 VERVOLG; GETRAPPT STELSEL

Lastiger is de afwijking van art. 6:265 lid 2 die in de nieuwe consumentenkoopregeling is vervat. Kern van het probleem is dat de richtlijn niet van verzuim en ingebrekestelling rept, maar in plaats daarvan een *getrapt systeem* ten tonele

19 Zie het overzicht bij T. Hartlief, ‘Art. 6:265, aant. 7’, in E.H. Hondius (red.), *Verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.).

20 HR 16 januari 1959, NJ 1960, 46 m.nt. HB (Brusse & Sippel c.s./Hollandsche Assurantie Sociëteit; beter bekend als Benzol-arrest). Dat art. 6:265 lid 1 de bijzondere aard apart vermeldt, lijkt geheel op deze zaak terug te voeren: C.J. van Zeben en J.W. Du Pon, m.m.v. M.M. Olthof, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981, TM, p. 1005.

21 Asser-Hijma 5-I, 2001, nr. 496. Wat art. 7:22 betreft ligt deze vraag, gezien de richtlijnachtergrond, uiteindelijk in handen van het Europese Hof van Justitie.

voert, waarin de consument-koper in geval van nonconformiteit primair naar herstel of vervanging wordt geleid, en hij alleen wanneer die route doodloopt naar het wapen der ontbinding kan grijpen.

Art. 3 lid 5 richtlijn

De consument kan een passende prijsvermindering of de ontbinding van de koop-overeenkomst verlangen:

- indien hij geen aanspraak kan maken op herstelling of vervanging, of
- indien de verkoper niet binnen een redelijke termijn tot genoegdoening is overgegaan, of
- indien de verkoper niet zonder ernstige overlast voor de consument tot genoegdoening is overgegaan.

Legt men dit getrapte stelsel naast het nationale ontbindingsrecht, dan springen zowel overeenkomsten als verschillen in het oog. De belangrijkste overeenkomst is, dat de koper nooit zomaar tot ontbinding mag besluiten: hij moet de verkoper eerst tot herstel of vervanging uitnodigen (art. 3 richtlijn), respectievelijk in verzuim brengen (art. 6:265 lid 2). Beide stelsels kennen dus een *drempel* voor ontbinding, die beide malen aan het uitblijven van alsnog-nakoming is gerelateerd.²² Maar er zijn zeker ook verschillen. De belangrijkste divergentie is hierin gelegen, dat in het verzuimstelsel de koper in principe een ingebrekestelling moet uitbrengen, d.w.z. een schriftelijk stuk, waarin hij aan de verkoper een redelijke termijn voor nakoming stelt. Deze ingebrekestelling fungeert ten onzent als *bottleneck*, ter zake waarvan de koper tevens de bewijslast zal dragen.²³

De wetgever stond voor de lastige taak een stelsel dat materieel niet heel veel verschilt, maar systematisch aanzienlijk, in het nationale recht in te bouwen. Hij heeft daar merkbaar mee geworsteld. In het oorspronkelijke Voorstel van wet kwam het vereiste van verzuim tweemaal voor, eenmaal in negatieve zin en eenmaal in positieve zin.²⁴ Bij nader inzien acht de wetgever die vermeldingen overbodig.²⁵ Sedert het Gewijzigd voorstel van wet refereert de implementatietekst in het geheel niet meer aan de verzuimfiguur.

22 Het vergrootglas maakt nadere parallellen zichtbaar: in beide kaders figureert een redelijke termijn, en wordt een uitzondering gemaakt voor onmogelijkheidsgevallen.

23 Art. 150 Rv; daarom is een aangetekende brief aantrekkelijk, of een fax met ontvangstbericht.

24 Voorstel van wet, *Kamerstukken II* 2000/01, 27 809, nr. 2. Art. 7:21 lid 3 van dit wetsvoorstel gaf aan dat indien de verkoper is tekortgeschoten in herstel of vervanging, de koper bevoegd is de overeenkomst te ontbinden zonder dat de verkoper in verzuim is. Art. 7:22 lid 2 ervan bepaalde dat behoudens indien herstel en vervanging onmogelijk zijn of van de verkoper niet gevegd kunnen worden, de bevoegdheid tot ontbinding pas ontstaat wanneer de verkoper in verzuim is.

25 Toegelicht in Nota n.a.v. nader verslag, *Kamerstukken II* 2001/02, 27 809, nr. 8, p. 3.

Bezieet men art. 7:22,²⁶ dan kost het moeite daarin te lezen dat de consument-koper die wegens nonconformiteit ontbinding verlangt nooit een ingebrekestelling behoeft uit te brengen. Het artikel zegt wel dat de koper de bevoegdheid heeft de overeenkomst te ontbinden (lid 1 sub a), en ook dat die bevoegdheid pas ontstaat als de weg naar herstel of vervanging doodloopt (lid 2), maar zegt *niet* dat verzuim en ingebrekestelling daar geen rol meer bij spelen. Tegen de achtergrond van het gelaagde systeem van het wetboek spreekt dat laatste niet vanzelf. Kennelijk is het de gedachte van de wetgever dat art. 7:22 voor nonconformiteit bij consumentenkoop het algemene art. 6:265 *volledig* opzij zet, maar het zou nuttig zijn dat in het artikel te expliciteren.²⁷

De verdringing van het traditionele verzuimstelsel door het geschetste getrapte stelsel doet de vraag rijzen, of het consumentenkooprecht inmiddels nog wel met het bestaande wettelijke systeem valt te verenigen. Is sprake van een pijnlijk schisma? Ik ben geneigd de kwestie niet te overdrijven. Noch de afwezigheid van ingebrekestelling en verzuim, noch de aanwezigheid van getraptheid stelt ons voor onoverkomelijke problemen. Wat het eerste punt betreft: de situatie dat de consument-koper voor ontbinding geen schriftelijke aanmaning en termijnstelling meer hoeft uit te brengen, is in de totaliteit van het tekortkomingsleerstuk niet uniek. Zo zijn verzuim en ingebrekestelling buiten de orde wanneer nakoming blijvend of tijdelijk onmogelijk is (art. 6:265 lid 2), waarbij mede aan onherstelbaar gebleken ondeugdelijkheid is te denken.²⁸ Voorts bevatten art. 6:82 lid 2 en art. 6:83 uitzonderingen op het ingebrekestellingsprincipe, terwijl de rechtspraak daar nog ongeschreven gevallen aan toevoegt.²⁹ Wat het andere punt – de aanwezigheid van trappen – betreft, past eveneens een relativering. De situatie dat een schuldeiser de schuldenaar de mogelijkheid tot nakoming (herstel of vervanging) moet laten, is ons recht niet wezensvreemd. In de eerste plaats vinden zulke overwegingen hun weg binnen de onmogelijkheidstoetsing van art. 6:265 lid 2.³⁰ In de tweede plaats is de schuldeiser bij de keuze tussen zijn rechtsmiddelen gebonden aan de eisen van redelijkheid en billijkheid, waarbij, naar de Hoge Raad heeft uitgesproken,³¹ mede de gerechtvaardigde belangen van de schuldenaar een rol spelen.

26 Geciteerd in de vorige paragraaf.

27 De rechter is intussen ook zonder explicitering gehouden het artikel aldus – richtlijnconform – te interpreteren; vgl. par. 2.

28 Vgl. HR 26 maart 1982, *NJ* 1982, 626 m.nt. CJHB (Automatic Signal/De Haas); HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 258 (Kinheim/Pelders); HR 5 januari 2001, *NJ* 2001, 79 (Multi Vastgoed/Nethou).

29 HR 4 oktober 2002, *NJ* 2003, 257 m.nt. JH (Fraanje/Götte); HR 22 oktober 2004, *RvdW* 2004, 119 (Endlich/Bouwmachines). Op het – verwante terrein – van de schadevergoeding valt nog te wijzen op art. 6:119a, dat de schuldenaar buiten verzuim aansprakelijk maakt voor de wettelijke handelsrente (zie MvT, *Kamerstukken II* 2001/02, 28 239, nr. 3, p. 9-10), maar ook die regeling berust op een Europese richtlijn (2000/35/EG).

30 Vgl. de zojuist genoemde jurisprudentie.

31 HR 5 januari 2001, *NJ* 2001, 79 (Multi Vastgoed/Nethou).

Al met al is de gesignaleerde incidentele overgang van verzuimstelsel naar getrapst stelsel uit een oogpunt van eenheid zeker niet ideaal, maar gaat het te ver haar als (welhaast) ondraaglijk te bestempelen. De vervolgvraag of zij zich dan evengoed over het gehele kooprecht had kunnen uitstrekken, beantwoord ik, conform de wetgever, ontkennend. De onvermijdelijke rimpel in het systeem kan het best rond een zo klein mogelijke eenheid worden gesitueerd, m.a.w. zij kan beter lopen tussen (nonconformiteit bij) consumentenkoop en koop, dan tussen koop en het algemene contractenrecht.

8 RECHT OP PRIJSVERMINDERING

Een ander heet hangijzer is het recht op prijsvermindering, zoals dat in art. 3 van de richtlijn aan consument-kopers wordt toegekend. Tot voor kort werd die mogelijkheid in de wet niet met zoveel woorden vermeld. Zij bestond echter wel degelijk, nu art. 6:265 lid 1 de schuldeiser de bevoegdheid geeft de overeenkomst geheel *of gedeeltelijk* te ontbinden. Gedeeltelijke ontbinding betekent een evenredige vermindering van de wederzijdse prestaties, in hoeveelheid of hoedanigheid (art. 6:270). Naar de algemene overtuiging kan de koper de overeenkomst onder meer in dier voege gedeeltelijk ontbinden, dat hij de prestatie(plicht) van de verkoper terugschroeft naar het feitelijk geleverde – te lage – niveau, waartegenover zijn prijsbetalingsplicht proportioneel afneemt.³²

De implementatie van het Europese prijsverminderingsrecht kent twee problematische aspecten. In de eerste plaats is er het cluster problemen dat de ontbinding over de gehele linie aankleeft, en dat hierboven reeds in het kader van het ontbindingsrecht werd besproken.³³ Deze kwesties liggen bij de prijsverlaging niet anders dan bij de volledige ontbinding; art. 7:22 stelt de beide rechtsmiddelen terecht op één lijn. In de marge teken ik aan dat de gedachte dat de wet het verzuim beter uitdrukkelijk had kunnen ecarteren,³⁴ bij de prijsvermindering nog pregnanter is dan bij de gewone ontbinding. Art. 7:22 lid 3 immers bepaalt dat de ontbindingsartikelen van (overeenkomstige) toepassing zijn '(v)oorzover daarvan in deze afdeling niet is afgeweken,' en plaatst daarmee een schijnwerper op de vraag welke afwijkingen er precies zijn aangebracht. Dat de wet niet aangeeft dat geen verzuim nodig is, valt aldus extra op. De wetgever gaat er kennelijk als vanzelfsprekend van uit dat art. 7:22 leden 1 en 2 in dezen van art. 6:265 lid 2 afwijken. Die afwijkende,

32 TM, *Parl. Gesch.* NBW, Boek 6, p.1018; Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Verbintenissenrecht, Deel II, Algemene leer der overeenkomsten*, twaalfde druk, bewerkt door A.S. Hartkamp, Deventer: Kluwer 2005, nr. 525; Asser-Hijma 5-I, 2001, nr. 529. e.v.

33 Par. 6 en 7.

34 Par. 7.

en daarmee derogerende, natuur valt echter alleen met de nodige welwillendheid in het artikel te ontdekken.

Het tweede lastige aspect, typisch voor de prijsvermindering, is dat van de explicitering. Verlangt de richtlijn dat de consument zijn prijsverlagingsrecht met zoveel woorden in de wet aantreft? In eerste instantie meende de minister van niet.³⁵ Na kritiek uit de literatuur³⁶ en het parlement³⁷ heeft hij alsnog tot uitdrukkelijke vermelding besloten. Naar mijn smaak was de oude weg van gedeeltelijke ontbinding voldoende zichtbaar en inzichtelijk om in Europees verband de toets der kritiek te doorstaan. Dat de minister de Kamervragen niet met een duik in de loopgraven heeft beantwoord, is echter begrijpelijk. Veel kwaad lijkt vermelding niet te kunnen, en voor de consument – althans diens advocaat – kan het handig zijn dat de wet hem op de mogelijkheid van een prijsreductie attendeert.

Toch moet men hier niet al te licht over denken. De explicitering heeft zeker nadelen. Allereerst is er een systematisch bezwaar: de gelaagde structuur van het wetboek verzet zich ertegen dat op deelterreinen nog eens wordt uitgeschreven wat reeds uit de meer algemene regels volgt. Vervolgens doemt het gevaar op van redeneringen *a contrario*: als de wetgever het nodig vindt te bepalen dat bij nonconformiteit bij consumentenkoop een recht op prijsvermindering bestaat, suggereert hij dat zulks anders ligt – althans kan liggen – bij niet-consumentenkoop, bij andersoortige tekortkomingen, bij andersoortige overeenkomsten dan koop. Hoe reëel dit gevaar is, hangt mede af van de wettelijke formulering, en art. 7:22 boezemt op dit punt weinig vertrouwen in. Een derde voetangel komt in lid 3 aan de oppervlakte: de explicitering schept het risico dat de prijsvermindering tot een nestvlinder wordt, en afstand neemt van de regeling waaraan zij is ontsproten.³⁸ De wetgever maakt hier m.i. zelf een *faux pas* door te melden dat bij prijsvermindering de bepalingen van afdeling 6.5.5 van overeenkomstige toepassing zijn. Waarom *overeenkomstige*? Waarom analogie? Bezieet men de structuur van de tekortkomingsleer, dan gaat het – lees: behoort het te gaan – om een rechtstreekse toepassing van de ontbindingsartikelen. De stelling dat prijsreductie bij nonconformiteit bij consumentenkoop geen echte ontbinding oplevert, maar bij andere tekortkomingsstypen en andere overeenkomststypen wel, veroordeelt zichzelf.

9 DWINGEND RECHT

35 MvT, *Kamerstukken II* 2000/01, 27 809, nr. 3, p. 8-9; Nota n.a.v. verslag, *Kamerstukken II* 2001/02, 27 809, nr. 6, p. 1.

36 J.M. Smits, *WPNR* 6470 (2001).

37 Verslag, *Kamerstukken II* 2001/02, 27 809, nr. 5, p. 1-2; Nader verslag, *Kamerstukken II* 2001/02, 27 809, nr. 7, p. 3.

38 J.M. Smits, in J.M. Smits (red.) 2003, p. 18, waardeert een dergelijke ontwikkeling positief en acht de tijd rijp voor de erkenning van een zelfstandig recht op prijsvermindering.

De richtlijn is van dwingend recht: contraire 'bedingen of afspraken (...) binden, onder de in het nationale recht geldende voorwaarden, de consument niet' (art. 7 lid 1 richtlijn). Het nationale consumentenkoopregime was en is – uiteraard – eveneens dwingend (art. 7:6). Naar het vermogensrechtelijke systeem worden afspraken tot afwijking van consumentenbeschermende wetgeving getroffen door vernietigbaarheid. Zulks volgt uit (art. 7:6 lid 1 *jo.*) het algemene art. 3:40 lid 2: als de overtreden dwingende wetbepaling uitsluitend strekt ter bescherming van één van beide partijen, is (niet nietigheid maar) vernietigbaarheid de aangewezen sanctie, voorzover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit.

Sinds enige tijd is deze vernietigbaarheid niet langer een rustig bezit. Medio 2000 wees het Europese Hof van Justitie het veelbesproken arrest HvJ EG 27 juni 2000, *Jur.* 2000, I-4941, *NJ* 2000, 730 (Océano/Murciano Quintero et al.), waarin het inzake richtlijn 93/13/EEG – betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten – uitspreekt dat de bescherming die deze richtlijn de consumenten biedt, 'vereist, dat de nationale rechter bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van een bij de nationale gerechten ingediende vordering ambtshalve kan toetsen, of een beding in de hem voorgelegde overeenkomst oneerlijk is.' Deze uitspraak heeft betrekking op algemene voorwaarden en (be)treft ten onzent dus primair art. 6:233 sub a. Zij zet de in dat artikel genoemde sanctie van vernietigbaarheid – die een partijberoep verlangt – onder druk.³⁹ De vraag rijst, of en in hoeverre deze druk doorwerkt naar het terrein van de consumentenkoop.⁴⁰ Wij kunnen niet aan het probleem ontsnappen door te beklemtonen dat het Océano-arrest slechts over de algemene-voorwaardenrichtlijn gaat en niet over de consumentenkooprichtlijn. Dat argument moge formeel deugen, materieel is het tandenloos. De ratio van de uitspraak van het Europese Hof, hierin gelegen dat de rechter de consument te hulp moet kunnen schieten wanneer deze – bijvoorbeeld in een verstekzaak – nalaat de sanctie in te roepen en zo zijn bescherming dreigt mis te lopen, is bij de consumentenkoop niet minder actueel dan bij standaardbedingen.

De tekst van art. 7:6 laat alle mogelijkheden open. Het artikel rept niet van vernietigbaarheid, maar geeft – omfloerst – aan dat 'niet kan worden afgeweken' en dat 'niet kunnen worden uitgesloten', welke formules zeker ook een nietigheidslezing toelaten. Naar het systeem van het vermogensrecht, zoals dat rond art. 3:40 lid 2 is opgebouwd, ligt evenwel slechts vernietigbaarheid in de rede. Materieel liggen de kaarten dus nauwelijks anders dan bij art. 6:233, waarin met zoveel woorden voor vernietigbaarheid is gekozen.

39 Zie E.H. Hondius, 'Ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden: het Europese Hof van Justitie spreekt zich uit', *WPNR* 6417 (2000); tevoren L.J.H. Mölenberg, *Het collectief actierecht voor consumentenorganisaties op het terrein van de algemene voorwaarden*, diss. Limburg, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 456-457.

40 Zie hierover ook MvT, *Kamerstukken II* 2000/01, 27 809, nr. 3, p. 12-13; Verslag, *Kamerstukken II* 2001/02, 27 809, nr. 5, p. 2; Nota n.a.v. verslag, *Kamerstukken II* 2001/02, 27 809, nr. 6, p. 2.

Is, waar het gaat om consumentenbescherming van Europese origine, het nationale sanctiesysteem achterhaald? Naar mijn oordeel behoeft die conclusie niet te worden getrokken. Bedacht zij dat de door het Hof van Justitie verlangde ambtshalve toetsingsmogelijkheid niet per se via art. 6:233 en/of art. 7:6 *zelf* haar beslag behoeft te krijgen. In een stelsel dat, zoals het onze, ervan uitgaat dat de ene wetbepaling de andere niet verdringt,⁴¹ is dit een perspectiefrijke observatie. Elders in de wet treffen wij art. 3:40 lid 1 aan: strijd met de goede zeden of de openbare orde leidt van rechtswege tot nietigheid. Deze bepaling zal slechts in evidente gevallen van nut zijn. Belangrijker daarom is de aanwezigheid van art. 6:248 lid 2, waarin de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid is neergelegd. Die werking is van rechtswege gegeven en kan dus door de rechter – aangenomen dat hij voldoende met de relevante feiten op de hoogte is – ambtshalve worden geconstateerd.⁴² Aan deze algemene bepaling doet de aanwezigheid van art. 7:6 m.i. niet af. Steun voor deze visie biedt HR 14 juni 2002, NJ 2003, 112 m.nt. JH (Bramer/Colpro), waarin de Hoge Raad, in een procedure betreffende de relatie tussen art. 6:233 en art. 6:248 lid 2, als volgt overweegt:

‘Niet valt evenwel in te zien op welke grond hier afgeweken zou moeten worden van het algemeen geldende uitgangspunt dat, indien verschillende bepalingen voor toepassing op één feitencomplex in aanmerking komen en cumulatie niet mogelijk is, aan de gerechtigde de keuze is welke rechtsgevolgen hij wenst in te roepen of op welke rechtsgrond hij zich wenst te baseren.’

Als art. 6:233 de werking van art. 6:248 lid 2 niet blokkeert, zal datzelfde van art. 7:6 mogen worden gezegd. De van rechtswege ingrijpende redelijkheid en billijkheid bieden de rechter zonodig alle kans de door de richtlijn verlangde bescherming van de consument-koper te effectueren. Aldus gezien zijn de mogelijkheden tot ambtshalve toetsing voldoende gewaarborgd buiten art. 7:6 om,⁴³ en bestaat er geen noodzaak tot een (partiële) omwenteling op het sanctiefront, die de samenhang binnen het algemene nulliteitenleerstuk zou aanknagen.

10 AFRONDENDE EVALUATIE

Ter afronding van deze beschouwingen breng ik de hoofdlijnen van het betoog samen in een aantal stellingen.

41 Zie m.n. HR 14 juni 2002, NJ 2003, 112 m.nt. JH (Bramer/Colpro).

42 Zie bijv. Asser-Hartkamp 4-II, 2005, nr. 315.

43 De minister neemt ditzelfde standpunt in, maar roept daartoe niet art. 6:248 lid 2, maar de slottournure van art. 3:40 lid 2 te hulp (‘een en ander voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit’): MvT, *Kamerstukken II* 2000/01, 27 809, nr. 3, p. 12-13. De route via art. 6:248 houdt het nulliteitenleerstuk compacter en m.i. inzichtelijker.

- 1 Terecht benadert onze wetgever de Europese consumentenbeschermingsregels niet als *Fremdkörper*, maar beijvert hij zich deze in de nationale wetgeving in te passen.
- 2 De richtlijn consumentenkoop kent enkele haken en ogen, maar laat zich per saldo bevredigend in het bestaande stelsel onderbrengen. Belangrijkste – maar draaglijke – haak is de ecartering van de verzuimeis voor gehele ontbinding en prijsvermindering, ten faveure van een getrappt stelsel, waarin de weg primair naar herstel of vervanging leidt.
- 3 De relatie tot de algemene ontbindingsregeling is in het huidige art. 7:22 niet optimaal geregeld. Noch de relatie tot art. 6:265 lid 1, noch die tot art. 6:265 lid 2 komt helder uit de verf. Ongelukkig is art. 7:22 lid 3, dat de prijsvermindering van de ontbindingleer losweekt door de ontbindingsbepalingen slechts van overeenkomstige toepassing te verklaren.
- 4 Diverse tot (nonconformiteit bij) consumentenkoop beperkt gehouden bepalingen hadden gevoeglijk naar het algemene kooprecht kunnen worden doorgetrokken, waarmee de eenheid binnen dit rechtsgebied zou zijn gediend. Te noemen zijn art. 7:17 lid 5, art. 7:21 lid 5, art. 7:22 lid 1 sub a⁴⁴ en art. 7:22 lid 4.⁴⁵
- 5 De sanctie van vernietigbaarheid, systematisch verbonden aan art. 7:6 lid 1 *jo.* 3:40 lid 2, kan worden gehandhaafd, ook in het licht van de richtlijn consumentenkoop en het arrest HvJ EG 27 juni 2000, *Jur.* 2000, I-4941, *NJ* 2000, 730 (Océano/Murciano Quintero et al.).

11 BESLUIT

Men kan zich afvragen of een aantal van de geconstateerde fricties wellicht is terug te voeren op het feit dat de gelaagde wettelijke structuur in titel 7.1 (Koop en ruil) anders – ja minder – is doorgevoerd dan elders in het wetboek gebruikelijk. Meestal wordt een bijzondere figuur *na* de meer algemene behandeld; zie ter illustratie afdeling 6.5.5 (wederkerige overeenkomst) en, toegespitst op consumentenbescherming in Boek 7, de afdelingen 7.12.2 (aanneming bouw consumentenwoning) en 7.14.2 (particuliere borgtocht). In de kooptitel zijn de regels betreffende de consumentenkoop niet apart gehouden, maar juist door het algemene kooprecht heen gespekt. Naarmate het aantal consumentenkoopbepalingen groeit, leidt deze aanpak tot een onoverzichtelijker beeld.

Met het nieuwe art. 7:22 zijn de grenzen naar mijn gevoel wel zo ongeveer bereikt. Exemplarisch is het vierde lid van dit artikel, dat in het vorenstaande nog onbesproken bleef: ‘De rechten en bevoegdheden genoemd in lid 1 en de artikelen 20 en 21 komen de koper toe onverminderd alle andere rechten en vorderingen.’ Gezien de plaatsing in art. 7:22, waarvan de eerste drie leden

⁴⁴ Zie resp. par. 4, par. 5, par. 6.

⁴⁵ Zie over deze laatste bepaling hieronder, par. 11.

uitdrukkelijk tot de consumentenkoop zijn beperkt, lijkt ook deze regel alleen voor de consumentenkoop geschreven. Die afgrenzing ontbreekt evenwel, terwijl de bepaling een universele boodschap bevat,⁴⁶ die zich vóór de richtlijnimplementatie wettelijk over het hele kooprecht uitstrekte (art. 7:21 *oud*). Moet het werkterrein van art. 7:22 lid 4 nu ruim (koop) of eng (consumentenkoop, nonconformiteit bij consumentenkoop) worden genomen? Geen van beide opties bevredigt. De eerste niet, omdat zij de bepaling tot een *lex fugitiva* maakt, de tweede niet, omdat zij de regel ongerijmd beknelt. Analoog toepassen dan maar?

Het komt mij voor dat dit soort ongemakken vermindert wanneer wij zouden overgaan tot het ontwikkelen van een nieuwe afdeling binnen titel 7.1, gewijd aan de consumentenkoop, waarin alle regels die typisch de consumentenkoop betreffen zijn bijeengebracht. De wettelijke regeling zou daar schoner, overzichtelijker en eenduidiger van worden, en *en passant* zou de wetgever de gelegenheid krijgen tekst en werkingsterrein van de verschillende regels nog eens na te lopen. Deze revisie zou ook een mooie aanleiding vormen om een nabijgelegen wetssystematisch vlekje weg te poetsen: de materie van afdeling 7.1.9A (Overeenkomsten op afstand), die de grenzen van het kooprecht overschrijdt, zou van Boek 7 naar Boek 6 dienen te worden overgeheveld.⁴⁷ Hoewel de inkt van het nieuwe Burgerlijk Wetboek nog relatief nat is, zie ik per slot van rekening voldoende grond om een dergelijke operatie in overweging te nemen.

⁴⁶ Zie genoemd arrest HR 14 juni 2002, *NJ* 2003, 112 m.nt. JH (Bramer/Colpro).

⁴⁷ Zie art. 7:46a sub a en b, waarover o.m. Asser-Hijma 5-I, 2001, nr. 94b.

6 | De eenheid van het recht, gezien vanuit notarieel perspectief

W.G. Huijgen[■]

1 INLEIDING

Sedert 1 januari 1992 kent ons land een nieuwe regeling van het vermogensrecht die is neergelegd in de boeken 3 t/m 7 van het Burgerlijk Wetboek.¹ De totstandkoming van dit nieuwe vermogensrecht heeft een lange ontstaansgeschiedenis waarin door vele deskundigen is bijgedragen aan de totstandkoming van dit werk.²

Het nieuwe Burgerlijk Wetboek, waarvan het nieuwe vermogensrecht onderdeel uitmaakt, kent een systematische opbouw. Deze systematiek en de mede daaraan ten grondslag liggende rechtsbeginselen zijn van groot belang voor de eenheid van het burgerlijk recht.

Zonder hier in finesses te treden kan worden geconstateerd dat het Burgerlijk Wetboek uiteen valt in het personenrecht dat is geregeld in de boeken 1 en 2. Meer specifiek regelt boek 1 het personen- en familierecht en boek 2 de rechtspersonen. De boeken 3 t/m 7 regelen het vermogensrecht. Daarbinnen geldt een systeem van een algemeen deel van het vermogensrecht dat is neergelegd in boek 3 BW. Op dit algemene deel bouwen voort de boeken 4 (erfrecht), 5 (zakelijke rechten), 6 (algemeen deel van het verbintenissenrecht) en 7 (bijzondere overeenkomsten).

Moderne wetgevingstechnieken, die bij de totstandkoming van het Burgerlijk Wetboek zijn gebruikt, zijn onder andere de opbouw via een zogenaamde gelaagde structuur alsmede het gebruik van schakelbepalingen. Een gelaagde structuur wil zeggen dat meer algemene bepalingen vooraf gaan aan de meer bijzondere bepalingen. Men ziet dit bijvoorbeeld in de verhouding tussen boek 3 inzake het algemene deel van het vermogensrecht enerzijds en de boeken 4 t/m 7 die steeds bijzondere gedeelten van het vermogensrecht bevatten. Opnieuw ziet men de gelaagde structuur terug in de verhouding tussen boek 6, het algemene deel van het verbintenissenrecht, en boek 7 inzake de bijzondere overeenkomsten.

■ W.G. Huijgen is hoogleraar notarieel recht, Universiteit Leiden en notaris te Den Haag.

1 Boek 8 BW inzake verkeersmiddelen en vervoer dat ook wel tot het vermogensrecht wordt gerekend laat ik hier buiten beschouwing vanwege zijn bijzondere karakter.

2 Men zie hierover: E.O.H.P. Florijn, *Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek* (diss. Maastricht), Maastricht: Universitaire Pers Maastricht, 1995.

Voorts kennen we in het Burgerlijk Wetboek het fenomeen van de schakelbepalingen. Via dergelijke schakelbepalingen worden bepaalde regels van overeenkomstige toepassing verklaard op gevallen die ze op grond van hun plaatsing niet zouden bestrijken. Voorbeelden van schakelbepalingen treft men aan in de artikelen 3:59, 3:78 en 6:216 BW.

De eenheid van het burgerlijk recht, zoals die voor een belangrijk gedeelte gestalte krijgt in het Burgerlijk Wetboek, zou men ook kunnen vertalen met consistentie van het burgerlijk recht. Consistentie betekent immers ‘duurzaam’, ‘vast’ of: ‘vrij van innerlijke tegenspraak’.³ Deze consistentie is van groot belang omdat deze bij het beslissen van tal van casusposities de uitkomst van het recht voorspelbaar maakt. Voor de notariële practicus in het burgerlijk recht is de consistentie van het recht van groot belang omdat voor het adviseren inzake tal van rechtsvragen niet steeds ‘slechts’ hoeft te worden onderzocht of een vergelijkbaar geval eerder is beslist door de rechter. Ook als geen eerdere jurisprudentie over vergelijkbare gevallen als het te beoordelen geval beschikbaar is, kan een duidelijk advies worden opgesteld op basis van de logische en consistente opbouw van het burgerlijk recht als zodanig. Dergelijke adviezen liggen vaak ten grondslag aan bepaalde keuzen van partijen en daarop gebaseerde rechtshandelingen. Partijen hebben dan een bepaalde voorstelling van zaken over de vraag hoe de rechter met bepaalde situaties zal omgaan. Dit alles voorkomt procedures en daarmee beperkt het de belasting van de rechterlijke macht. In deze bijdrage staat de vraag centraal of de eenheid en consistentie van het burgerlijk recht, gezien vanuit notarieel perspectief, de laatste jaren niet (te) zeer onder druk is komen te staan en waardoor deze ontwikkelingen worden veroorzaakt.

2 EENHEID OP VERSCHILLENDE WIJZEN ONDER DRUK

De eenheid of consistentie van het burgerlijk recht kan op geheel verschillende manieren onder druk komen te staan. Deze innerlijke consistentie kan bijvoorbeeld lijden onder een gebrek aan eenheid wat betreft de opbouw van het burgerlijk wetboek, de rationes die aan bepaalde regels ten grondslag liggen, dan wel de plaatsing en uitwerking van bepaalde begrippen in het wetboek. In dit verband zou ik op de volgende inconsistenties willen wijzen die mij de laatste jaren vanuit het notariaat zijn opgevallen.

Allereerst is er – als het goed is – de eenheid tussen beginsel en rechtsregel. Uiteindelijk zijn onze civielrechtelijke rechtsregels gebaseerd op beginselen. Naar mijn mening is de eenheid van het civielrechtelijke systeem zo groot mogelijk wanneer de concrete rechtsregel zo nauw mogelijk aansluit op het rechtsbeginsel. Bovendien is het wenselijk dat op de rechtsregel die aldus op het rechtsbeginsel is gebaseerd zo min mogelijk uitzonderingen bestaan. Twee

3 Van Dale, Groot Woordenboek der Nederlandse Taal, 13^e druk, 1999.

concrete voorbeelden van een steeds grotere divergentie tussen rechtsbeginsel en rechtsregel – gelet op het aantal uitzonderingen dat inmiddels is geformuleerd – treft men aan in het contractenrecht.

Ik zou in dit verband willen wijzen op het rechtsbeginsel van het consensualisme of vormvrijheid. De overeenkomst komt derhalve in beginsel tot stand door de enkele wilsovereenstemming tussen partijen. Op dit beginsel zijn de laatste jaren, juist voor een rechtsgebied dat voor het notariaat relevant is, een aantal belangrijke uitzonderingen gemaakt. Ik wijs in dit verband in de eerste plaats op artikel 7:2 BW dat bepaalt dat de koop van tot woning bestemde onroerende zaken schriftelijk moet worden aangegaan. Voorts bepaalt artikel 7:48b BW dat de koop van een zogenaamde time-share schriftelijk dient te worden aangegaan.

Een tweede beginsel van contractenrecht is de zogenaamde verbindende kracht der overeenkomst. Bij dit beginsel betrek ik tevens dat de overeenkomst tot stand komt door de enkele aanbod en aanvaarding. Ook op dit beginsel zijn de laatste jaren belangrijke uitzonderingen aangebracht. Er is in het burgerlijk recht een reeks van bedenktijden ingevoerd. Wat betreft de koop van onroerende zaken verdient in dit verband vooral vermelding artikel 7:2 lid 2 BW dat bepaalt dat de koper van een tot woning bestemde onroerende zaak het recht heeft de koop binnen drie dagen na terhandstelling van de koopovereenkomst aan hem te ontbinden. Een vergelijkbare bepaling bevat artikel 7:48c inzake de koop van een time-share. Deze koopovereenkomst kan binnen tien dagen na terhandstelling van de koopakte aan de koper door hem eenzijdig worden ontbonden. Hoewel de overeenkomst derhalve is totstandgekomen door het opmaken van een schriftelijke koopovereenkomst tussen partijen is de verbindende kracht van de overeenkomst gedurende enkele dagen sterk uitgehold omdat de koper in deze gevallen voortaan het recht heeft gekregen de koopovereenkomst eenzijdig te ontbinden.

Dat al de hier gesignaleerde inconsistenties tot tal van vragen leiden kan eenvoudig worden geïllustreerd. Zo signaleert Van Velten dat sedert de invoering van de hierboven genoemde regelgeving in boek 7 BW wel zes verschillende soorten kopers kunnen worden onderscheiden. Ook hij merkt op dat dit een 'uit systematisch oogpunt weinig fraai stelsel is'.⁴ Er rijzen ook in de praktijk vele vragen. Ik noem slechts: is de bedenktijd van art. 7:2 lid 2 ook van toepassing op een executoriale verkoop van woningen?⁵ Is een verkoper eerst gebonden na ondertekening van een schriftelijke koopovereenkomst door beide partijen of reeds bij enkele mondelinge wilsovereenkomsten?⁶

4 Zie A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, Amsterdam: Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap 2003, p. 128.

5 De minister meent van wel wat betreft de onderhandse executoriale verkoop, maar van niet wat betreft de openbare executoriale verkoop (vgl. art. 7:2 lid 4 en MvA, *Kamerstukken II* 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 14).

6 Kort gezegd besliste Vznggr Rb. Haarlem 9 juli 2004, *NJF* 2004, 303 in eerstgenoemde zin en Vznggr Rb. Leeuwarden 8 oktober 2004, *JBN* 2004, 65 in laatstbedoelde zin.

Een tweede aspect van eenheid en consistentie van het burgerlijk recht wordt gevormd door het uitgangspunt dat het burgerlijk wetboek een gelaagde structuur heeft. Dit betekent – zoals gezegd – dat meer algemene regels voorafgaan aan de meer toegespitste regels. Een duidelijk voorbeeld van deze gelaagde structuur treffen we aan in de verhouding tussen boek 3 BW inzake het vermogensrecht in het algemeen en de boeken 4 t/m 7 BW die in beginsel op boek 3 BW voortbouwen. Vooral titel 1 afdeling 1 van boek 3 BW is in dit verband van groot belang. Deze afdeling behandelt de algemene bepalingen van het vermogensrecht en geeft met name een groot aantal definities en omschrijvingen. Zo treft men daar omschrijvingen aan van begrippen zoals: goederen, zaken, bestanddelen en beperkte rechten. Voor het voorbeeld dat ik hierna wil noemen als een inbreuk op de consistentie van het burgerlijk recht is voorts van belang dat er een verband bestaat tussen sommige van deze definiërende bepalingen uit titel 1 afdeling 1 van boek 3 BW en boek 5 BW waar eigendom en de beperkte rechten zijn geregeld. Dit verband komt bijvoorbeeld naar voren in de verhouding van het eenheidsbeginsel, zoals neergelegd in artikel 3:4 BW, dat gaat over bestanddelen van zaken en in de definiëring van het begrip beperkte recht in artikel 3:8 BW.

Zoals gezegd wordt in boek 5 BW, meer in het bijzonder in de titels 1 t/m 3, het eigendomsrecht nader geregeld. Hetgeen nu verbaast is dat in een uithoek van het burgerlijk wetboek, te weten artikel 7:808 uit de ontwerptitel 'Vennootschap', plotseling het begrip economische deelgerechtigdheid of – zo men wil – economische eigendom wordt gehanteerd. Bij de invoering van het nieuwe burgerlijk wetboek is er uitdrukkelijk voor gekozen dit begrip niet in het burgerlijk wetboek op te nemen en de economisch eigenaar niet als bezitter van een goed te kwalificeren.⁷ Er is destijds gekozen voor een benadering van de economisch eigenaar als een obligatoir gerechtigde die in goederenrechtelijke zin als houder kan worden gekwalificeerd en die evenals tal van andere obligatoir gerechtigden niet een speciale wettelijke regeling behoeft. Het is dan op z'n minst genomen merkwaardig dat het begrip economische gerechtigdheid thans in voormeld artikel 7:808 opdoemt, zonder dat dit begrip ook maar ergens in het Burgerlijk Wetboek wordt omschreven of gedefinieerd. Zou het niet veeleer voor de hand hebben gelegen om, wanneer men het begrip alsnog in het burgerlijk wetboek wenst te gebruiken, een definitie van dit begrip economische eigendom op te nemen, in één van de begripsbepalingen van titel 3.1 BW dan wel eventueel bij de regeling van het eigendomsrecht in Boek 5 BW?⁸

Een volgend aspect van de eenheid van het recht dat de laatste jaren onder druk is geraakt zou ik willen betitelen als een gebrek in consistentie wat betreft

7 Zie eindverslag I Parl. Gesch. 3, p. 17-18.

8 Men realiseer zich overigens dat economische eigendom beslist geen 'echte' eigendom is; zie daarover W.G. Huijgen, *Economische eigendom*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 12 e.v.

de rechtsontwikkeling. Op verschillende deelgebieden van het burgerlijk recht neem ik in de regelgeving nogal eens tegengestelde bewegingen waar. Dit is naar mijn mening beslist ongewenst omdat met elkaar samenhangende deelgebieden van het burgerlijk recht met elkaar kunnen gaan conflicteren en botsen.

Waar gaat het meer concreet gesproken over? Ik wijs dan in de eerste plaats op soms uiteenlopende rechtsontwikkelingen op het gebied van enerzijds het nieuwe erfrecht en anderzijds het – soms nog te vernieuwen – huwelijksvermogensrecht.

Kort samengevat komt het er op neer dat in het nieuwe erfrecht de positie van de langstlevende echtgenoot vrijwel onaantastbaar is geworden. Wat betreft het versterkerrecht moet dan gewezen worden op de regeling van de wettelijke verdeling in titel 4.3.1 BW. Heeft een gehuwde erflater immers bij testament niets anders bepaald dan worden alle goederen van zijn nalatenschap van rechtswege toegedeeld aan de langstlevende echtgenoot onder gehoudenheid voor deze om alle schulden der nalatenschap te voldoen. Mocht de erflater echter de langstlevende om welke reden dan ook hebben onterfd of hebben beperkt in diens erfrechtelijke positie, dan kan de langstlevende een wettelijk recht van vruchtgebruik afdwingen op huis en inboedel en – zo nodig – op alle overige goederen der nalatenschap.⁹ Dit laatste recht kan niet bij uiterste wilsbeschikking worden beperkt. Men zou het vorenstaande ook in een enkele zin aldus kunnen samenvatten dat de vermogensrechtelijke lotsverbondenheid tussen echtgenoten ook na de dood maximaal is en nauwelijks tegen de zin van de langstlevende bij uiterste wilsbeschikking kan worden beperkt.

In dit verband is het merkwaardig een – in zekere zin – tegenovergestelde ontwikkeling waar te nemen in het wetsvoorstel waarin wordt voorgesteld de wettelijke gemeenschap van goederen af te schaffen en te vervangen door een beperkte gemeenschap van goederen. Met andere woorden de vermogensrechtelijke lotsverbondenheid tussen echtgenoten *tijdens* het huwelijk wordt aanzienlijk ingeperkt.¹⁰

Naar mijn mening zijn hier tegenstrijdige bewegingen in het burgerlijk recht tussen erfrecht en huwelijksvermogensrecht waar te nemen. Ik denk dat dit verschil in rechtsontwikkeling valt te verklaren uit het feit dat het erfrecht voor het overgrote deel vele decennia geleden is ontworpen, maar door de jarenlange discussies daarover, eerst per 1 januari 2003 kracht van wet heeft gekregen. Daarentegen is het nieuwe huwelijksvermogensrecht zeer recent ontworpen en sluit dat – volgens sommigen – meer aan bij de veelkleurige relatievormen, die zowel binnen het huwelijk als in het geregistreerd partner-

⁹ Zie afdeling 4.3.2 BW, met name de artikelen 4:28-4:30 BW.

¹⁰ Zie over dit onderwerp ook mijn bijdrage in de bundel: *Langst leve het nieuwe erfrecht*, p. 63 e.v., welke bundel verscheen ter gelegenheid van de invoering van het nieuwe erfrecht op 1 januari 2003, Den Haag: SDU 2002.

schap, waarop de huwelijksvermogensrechtelijke regelingen thans ook betrekking hebben, vorm krijgen.

Een tweede voorbeeld van tegenstrijdige rechtsontwikkelingen binnen één deelgebied van het burgerlijk recht neemt men waar binnen het vernieuwde huwelijksvermogensrecht. In de vernieuwde titel 1.8 inzake huwelijksvoorwaarden treft men aan artikel 1:141 lid 3 waarin – nota bene – voor het geval dat huwelijksvoorwaarden zijn opgemaakt en partijen derhalve hebben afgesproken de vermogensrechtelijke lotsverbondenheid te beperken, al snel wordt uitgegaan van een gemeenschap van goederen in economische zin. Immers, artikel 1:141 lid 3 bepaalt – kort gezegd – dat indien aan een periodiek verrekenbeding niet is voldaan al het aanwezige vermogen bij het einde van het huwelijk vermoed wordt te zijn gevormd uit hetgeen verrekend had moeten worden en zich op die grond in beginsel leent voor verrekening bij helfte. Kortom, ook al is men buiten iedere gemeenschap van goederen gehuwd en hebben partners daar in het verleden uitdrukkelijk voor gekozen, dan zal men – indien men niet met succes kan bewijzen dat bepaalde goederen niet verrekenplichtig zijn – zich al snel in een gemeenschap van goederen in economische zin bevinden.

Geheel tegengesteld is de beweging in het wetsvoorstel inzake de vernieuwing van de wettelijke gemeenschap van goederen.¹¹ Immers, daar wordt de wettelijke gemeenschap van goederen juist afgeschaft. Dit laatste is temeer opmerkelijk aangezien deze partners er juist niet voor hebben gekozen om de vermogensrechtelijke lotsverbondenheid tussen hen beiden te beperken door het opmaken van huwelijksvoorwaarden.

Tenslotte sluit ik dit overzicht van aspecten waarin zich een gebrek aan eenheid in het burgerlijk recht manifesteert af met een voorbeeld van twee verschillende visies in het rechtspersonenrecht die in de loop der decennia ertoe leidden dat in de regelingen van Boek 2 BW een zekere slingerbeweging valt te ontwaren. Immers nadat boek 2 BW eerst is aangepast aan een bepaalde visie dreigt nu weer een aanpassing in de richting van een vroegere visie. Waar doel ik op?

Kort gezegd komt het erop neer dat het vennootschapsrecht, met name het recht ten aanzien van de kapitaalvennootschappen, zich heeft ontwikkeld van een contractuele visie naar een institutionele visie. Zoals bekend is in het contractenrecht het beginsel van de contractsvrijheid van groot belang. Dit zou bij een contractuele visie op het vennootschapsrecht erin resulteren dat de oprichters van een rechtspersoon de statutaire regelingen van die rechtspersoon zoveel mogelijk kunnen kneden naar hun eigen wensen en verlangens. Inderdaad is dat in het verleden, toen de naamloze vennootschap in het Wetboek van Koophandel was geregeld, ook het geval geweest. Sedert decennia is echter de institutionele visie op de kapitaalvennootschap de heersende geworden. Dit heeft zich op velerlei wijzen vertaald.

11 Wetsvoorstel 28 867.

Bij deze volsta ik ermee op de cruciale bepaling van artikel 2:25 BW te wijzen waarin is bepaald dat, tenzij in de wet anders is aangegeven, van de bepalingen van boek 2 BW niet kan worden afgeweken. In beginsel zijn de regelingen van het vennootschapsrecht derhalve van dwingend recht. Recent is een ontwikkeling ingezet waarbij weer een beroep wordt gedaan op een meer contractuele visie ten aanzien van de kapitaalvennootschappen.¹² Er wordt stevig gepleit voor flexibilisering en versoering van de regels die de kapitaalvennootschappen regeren. Naar het schijnt is binnenskamers ook al eens uitgeroepen dat artikel 2:25 BW maar moet worden afgeschaft. Oprichters van een kapitaalvennootschap zouden in beginsel zoveel mogelijk de vrijheid moeten krijgen om de statuten van die vennootschappen naar eigen wensen en verlangens vorm te geven. Wanneer men deze laatste ontwikkelingslijn overziet dan moet worden geconstateerd dat wanneer deze zou doorzetten binnen een tijdsbestek van ongeveer 40 jaren een beweging in het burgerlijk recht in de richting van de institutionele visie wordt teruggebogen naar de contractuele visie. Men zou in dat geval de institutionele visie naar mijn mening kunnen kwalificeren als een – nogal – tijdgebonden visie op dit onderdeel van het burgerlijk recht. Dit leidt vervolgens tot een gebrek aan consistentie of eenheid in het burgerlijk recht in de tijd bezien.

3 CONCLUSIE

Wanneer men het vorenstaande probeert te overzien, dan kan het volgende worden vastgesteld. De eenheid binnen het burgerlijk recht staat door geheel verschillende ontwikkelingen regelmatig en steeds meer onder druk. Allereerst kan worden gewezen op de eenheid tussen beginsel en rechtsregel waar steeds meer aan geknaagd wordt door tal van – grote – uitzonderingen. In de tweede plaats kan gewezen worden op het feit dat de gelaagde structuur van het burgerlijk wetboek geweld wordt aangedaan door naar hun aard zeer algemene begrippen, zoals economische eigendom, plotseling in te voeren in een uithoek van het burgerlijk wetboek, in casu artikel 7:808 NBW. In de derde plaats kan men soms tegengestelde bewegingen vaststellen op nauw verwante deelgebieden van het burgerlijk recht. Ik wees in dit verband op de sterke vermogensrechtelijke lotsverbondenheid tussen echtgenoten in het nieuwe erfrecht, terwijl die vermogensrechtelijke lotsverbondenheid in het huwelijksvermogensrecht op de schop gaat. Tenslotte wees ik op een mogelijk gebrek aan consistentie in het burgerlijk recht door tijdsverloop. Daarbij merkte ik op dat het tijdsverloop in het door mij gesignaleerde geval niet erg lang is. Ik wees in dit verband

12 Men leze over deze ontwikkelingen: L. Timmerman, *Gedragrecht, belangenpluralisme en vereenvoudiging van het vennootschapsrecht* (oratie Leiden), 2004; tevens gepubliceerd in *Ondernemingsrecht* 2005, p. 2 e.v. Men zie in dit verband ook: L. Timmerman, 'Het moeilijke van vereenvoudigen,' *Ondernemingsrecht* 2005, p. 345.

op een rechtsontwikkeling in het vennootschapsrecht waar eerst sprake was van de wijziging van een contractuele naar een institutionele visie op de regeling van de kapitaalvennootschappen die thans wellicht weer wordt teruggebogen van een institutionele visie in de richting van een meer contractuele visie.

Naar mijn mening is het grootste gevaar van een gebrek aan eenheid in het burgerlijk recht dat door veel te veel ad hoc-regelgeving en door een gebrek aan visie van de wetgever op de samenhang tussen de verschillende rechtsgebieden het steeds minder mogelijk wordt om de uitkomst van civielrechtelijke regels in een concreet rechtsgeschil te voorspellen.¹³ Met die verminderde voorspelbaarheid van de uitkomst van concrete rechtsgeschillen neemt de rechtsonzekerheid toe en in het verlengde daarvan het beroep op de burgerlijke rechter. Immers, iedere partij zal steeds vaker denken: niet geschoten, is altijd mis.

13 Na het voltooien van deze bijdrage nam ik kennis van een vergelijkbaar geluid bij J.E. Fesevur in zijn redactioneel: 'De waarde van een systeem en de noodzaak van handboeken', *NTBR* 2005/7, p. 287.

7 Eenheid in de rechtsbijstandverzekering?

Y.L.L.A.M. Delfos-Roy & S.J.A. Mulder [■]

1 INLEIDING

1.1 Korte blik op de geschiedenis

De moderne rechtsbijstandverzekering zoals wij die thans kennen is in Nederland, vergeleken met de ons omringende landen, laat tot ontwikkeling gekomen. Pas na de tweede wereldoorlog zien we hier te lande, omstreeks medio jaren vijftig, de Arnhemsche Verzekering Maatschappij en de Bataafsche Verzekering Maatschappij met een rechtsbijstandverzekering komen. De reikwijdte van die eerste rechtsbijstandverzekeringen was echter beperkt: het ging om polissen die betrekking hadden op rechtsbijstand in de verkeerssector en wel in het bijzonder het autoverkeer.¹

Latere maatschappelijke ontwikkelingen, zoals de aanzienlijke industrialisering, verstedelijking en bevolkingsgroei en (ook) daarmee samenhangend sterk toenemend verkeer maakten de kans op schade en conflicten veel groter. Daarnaast groeide het rechtsbewustzijn van de burgers en nam de aandacht voor rechtsverkrijging toe.² Onder meer deze factoren hebben geleid tot een forse groei van de rechtsbijstandverzekering, een groei die zich tot op de dag van vandaag nog voortzet. Verzekering voor rechtsbijstand door personen die geen gebruik kunnen maken van door de overheid gefinancierde rechts-

■ Y.L.L.A.M. Delfos-Roy is universitair docent afdeling ondernemingsrecht, Universiteit Leiden. S.J.A. Mulder is universitair hoofddocent afdelingen ondernemingsrecht en burgerlijk recht, Universiteit Leiden.

1 F. Baron van der Feltz en J.H. Wansink, 'De rechtsbijstandverzekering in Nederland', *VA* 1975, p. 148 e.v., J.J. van der Wansem, 'Rechtsbijstandverzekering', *VA* 1965, p. 103, J. Werner, *Die Rechtsschutzversicherung in Europa*, Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft 1985, p. 195 e.v. Over auto's gesproken: volgens sommigen is de bakermat van de moderne rechtsbijstandverzekering een ongeluk dat zich in 1917 in Frankrijk voordeed tijdens een autowedstrijd, de ronde van Le Mans. Dat ongeluk leidde tot de oprichting van DAS d.w.z. Défense Automobile et Sportive, die aanvankelijk i.h.b. een verzekering bood tegen proceskosten waarmee automobilisten en (andere) sportbeoefenaars geconfronteerd konden worden. Het zal wel geen betoog behoeven dat DAS ook thans nog een bekende naam in rechtsbijstandland is. Zie hierover E. Truyens, 'De rechtsbijstandverzekering in het sociaal recht', *RW* 1998-1999, nr. 5, p. 137.

2 Truyens 1998-1999, p. 137 (zie noot 1), Baron van der Feltz en Wansink 1975, p. 150 (zie noot 1).

bijstand³ is thans op allerlei gebieden mogelijk en bepaald niet alleen in de verkeerssector. Bovendien gaat het dan niet uitsluitend om bescherming van de verzekerde tegen het financiële risico van een procedure maar ook om de mogelijkheid van het verkrijgen van juridische adviezen van de rechtsbijstand-verzekeraar indien de verzekerde daar – onder omstandigheden – behoefte aan mocht hebben.

1.2 Wettelijke regeling rechtsbijstandverzekering en polis

Een rechtsbijstandverzekering is – het zal de lezer niet verbazen – een schadeverzekering en dat betekent (we beperken ons hier tot het, naar verwachting, per 1 januari 2006 in te voeren nieuwe verzekeringsrecht (Boek 7, titel 17 NBW) maar voor het huidige recht geldt materieel hetzelfde) dus dat Boek 7, titel 17, afdelingen 1 en 2 op zo'n verzekering van toepassing zijn. Voorzover adviezen worden gegeven of bijstand in een procedure verleend wordt door de verzekeraar zelf (zie verder hierna) is sprake van een uitkering (vergoeding) in natura. Dat is volgens de wet zonder meer mogelijk: art. 7.17.1.1 lid 1 spreekt immers over 'Verzekering is een overeenkomst waarbij de ene partij, de verzekeraar, zich tegen het genot van premie jegens haar wederpartij, de verzekeringnemer, verbindt tot het doen van een of meer uitkeringen, ... etc.' Art. 7.17.1.1a voegt daar dan in het eerste lid aan toe dat onder uitkering (als bedoeld dus in lid 1 van het vorige artikel) een prestatie anders dan in geld begrepen is.

Overigens bevat Boek 7, titel 17 geen bepalingen die uitsluitend betrekking hebben op de rechtsbijstandverzekering. Anders bijvoorbeeld is dat in België: hoofdstuk IV (art. 90 e.v.) van de Wet op de Landverzekeringsovereenkomst (WLO) gaat over rechtsbijstandverzekeringen.⁴

Een en ander betekent niet dat in Nederland geen specifieke wettelijke bepalingen met betrekking tot rechtsbijstandverzekering bestaan. In de Wet Toezicht Verzekeringsbedrijf 1993 (WTV 1993) vinden we in hoofdstuk III, getiteld 'De uitoefening van het verzekeringsbedrijf', paragraaf vier die als titel heeft 'De branche Rechtsbijstand' (art. 58 t/m 63). Deze paragraaf is geïnspireerd door Richtlijn 87/344/EEG van de Raad van 22 juni 1987 tot

3 Zie met betrekking tot de door de overheid gefinancierde rechtsbijstand de 'Wet op de rechtsbijstand'. Het kunnen beschikken over rechtsbijstand wanneer men die nodig heeft is een fundamenteel recht, zie art. 18 Grondwet, art. 6 EVRM, art. 14 Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en art. II-47 Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa.

4 In ons andere buurland, Duitsland, wordt de rechtsbijstandverzekering zeer uitvoerig geregeld – niet in het Versicherungsvertragsgesetz maar – in de Allgemeine Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung, waarvan de laatste versie uit 2000 dateert (ARB 2000). Over de ARB is in Duitsland veel geschreven.

coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de rechtsbijstandverzekering.⁵

Om een voorbeeld te geven: krachtens art. 6 Richtlijn dienen de Lid-Staten alle nodige maatregelen te nemen om te verzekeren dat er – kort gezegd – wordt voorzien in een procedure om te bepalen welke gedragslijn er bij verschil van mening tussen de rechtsbijstandverzekeraar en zijn verzekerde zal worden gevolgd voor de regeling van het geschil. De neerslag hiervan vinden we in art. 61 WTV 1993: een verzekeraar moet er zorg voor dragen dat in de verzekeringsovereenkomst wordt voorzien in een procedure om te bepalen welke gedragslijn er bij verschil van mening moet worden gevolgd voor de regeling van het geschil. In de polis pleegt men genoemde procedure aan te treffen onder het kopje ‘Geschillenregeling’. Zie hierover paragraaf 2.

Onder een geschil omtrent de te volgen gedragslijn valt niet een geschil over de omvang van de dekking. Hierover vermeldt de richtlijn niets expliciet. Aan de problemen die over de omvang van de dekking zijn gerezen, zullen wij in paragraaf 3 aandacht besteden.

Met het voorgaande zijn we bij de polis aangeland en het lijkt hier de plaats om in dat verband enkele algemene opmerkingen te maken. Als een rechtsbijstandverzekering wordt gesloten pleegt men verzekerd te zijn in een bepaalde hoedanigheid (‘de verzekerde hoedanigheid’) en van die hoedanigheid pleegt de polis dan ook een omschrijving te bevatten. Het gaat hier om een kwestie die de voor rechtsbijstand verzekerde goed in de gaten moet houden en die in de praktijk nogal eens tot misverstanden en teleurstelling aanleiding geeft. Wij geven hier enkele voorbeelden, ontleend aan de uitspraken van de Raad van Toezicht Verzekeringen (vroeger: Raad van Toezicht op het schadeverzekeringsbedrijf) afgekort RvT. Op deze Raad komen we hierna nog terug (onderdeel c van deze inleiding), doch hier alvast enige illustratieve casus. Eerst twee gevallen waarin de polis van de rechtsbijstandverzekering vermeldde dat de verzekerde als particulier verzekerd was. Gewoonlijk pleegt de polis hiervan nog weer een nadere omschrijving te geven en dat was in deze gevallen ook gebeurd. In RvT VI-88/8 blijkt bijvoorbeeld dat de polis onder particulier verstaat degene die buiten de uitoefening van een zelfstandig beroep of bedrijf zijn particulier belang behartigt en verder dat het verwerven van inkomsten buiten loondienst niet als particulier belang wordt aangemerkt. Een soortgelijke, iets andere geformuleerde, omschrijving treffen we ook aan in RvT VI-89/29. In het eerste geval nu was de verzekerde zelfstandig werkzaam in de automatiseringsbranche en waren er problemen met een klaarblijkelijk in verband met die werkzaamheden geleverde computer (waarvoor de verzekerde rechtsbijstand wilde). Verzekeraar wilde die bijstand niet verlenen omdat verzekerde slechts als particulier verzekerd was en daar in dit geval geen sprake van was. In het tweede geval (RvT VI-89/29) werd van de verzekerde huur gevorderd voor kantoorruimte, die hij had gehuurd voor zichzelf

5 PbEG nr. L 185, p. 77, 1987/07/04.

maar ook als directeur van een opgerichte dan wel nog op te richten BV. Hiervoor wilde verzekerde rechtsbijstand. Ook hier weigerde de verzekeraar omdat dit niet onder een rechtsbijstandverzekering voor particulieren zou vallen. De door de verzekerden (bij de RvT) ingediende klachten werden door de Raad in beide gevallen ongegrond verklaard. Dan twee gevallen van beroeps-/bedrijfsmatige verzekering. In RvT VI-90/2 was de verzekerde hoedanigheid dierenarts (voor kleine huisdieren). Verzekerde was met een compagnon in de veterinaire wereld een adviesbureau voor bedrijfsbegeleiding begonnen. Met die compagnon was een conflict ontstaan, waarvoor de verzekerde rechtsbijstand wilde. Verzekeraar weigerde echter rechtsbijstand te verlenen omdat dit zou liggen buiten de verzekerde hoedanigheid. In een ander geval (RvT VI-92/13) was de verzekerde hoedanigheid omschreven als: 'eigenaar/exploitant van een handel in substraatmat. en andere artikelen t.b.v. de tuinbouw'. Verzekerde had zich echter op het terrein van de productontwikkeling begeven. In dat kader was een conflict ontstaan en de verzekeraar weigerde rechtsbijstand te verlenen omdat het hier niet ging om een conflict waarin de verzekerde als handelaar (als bedoeld in de hiervoor gegeven omschrijving) was betrokken. Ook in deze beide gevallen werden de door de verzekerden ingediende klachten door de RvT ongegrond verklaard.⁶

Nu is op zichzelf dunkt ons op deze uitspraken van de RvT weinig af te dingen. Daar gaat het ons hier echter niet om. Het gaat ons hier erom duidelijk te maken dat verzekerden in de rechtsbijstandverzekering in een bepaalde hoedanigheid verzekerd plegen te zijn en dat naarmate die hoedanigheid enger omschreven is, de kans op weigering door de verzekeraar om rechtsbijstand te verlenen rechtevenredig toeneemt.

Dit brengt ons op een volgend punt en wel de kwestie waarop de (in een bepaalde hoedanigheid) verzekerde nu eigenlijk recht heeft. In het algemeen pleegt dat volgens de polis in de eerste plaats te zijn het verlenen van rechtsbijstand en het geven van juridische adviezen. Als uitgangspunt geldt dat het verlenen van rechtsbijstand en het geven van juridische adviezen door de verzekeraar zélf geschiedt of althans door een juridisch zelfstandig schaderegelingskantoor dat door de verzekeraar met de uitvoering van de rechtsbijstandverzekering is belast. Zie in verband met dit laatste art. 58 Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993. Mocht het in voorkomende gevallen nodig zijn dat de verzekeraar een opdracht verstrekt aan een advocatenkantoor of aan andere rechtens bevoegde deskundigen dan worden de honoraria van de betrokken advocaten en andere deskundigen in principe ook vergoed. Overigens is het ook mogelijk dat een advocaat in loondienst is van de verzekeraar of het schaderegelingskantoor.⁷

6 Zie voor enige andere gevallen: RvT VI-90/24 (hierin was de vraag of er als particulier was gehandeld; volgens de verzekerde wel, volgens verzekeraar niet; de klacht werd gegrond bevonden), RvT VI-91/29, RvT VI-92/10, RvT VI-96/17, RvT 2003/06 Rbs.

7 Zie hierover AM 10 mei 2002, p. 6.

1.3 De RvT en de rechtsbijstandverzekering

Zoals hiervoor al is opgemerkt zijn er (overigens vrij veel) uitspraken van de RvT die over rechtsbijstandverzekering gaan en in dat kader lijkt het hier nuttig om kort op deze RvT in te gaan en de implicaties van zijn uitspraken.

De RvT ressorteert (naast diverse ombudsmannen) onder de Stichting Klachteninstituut Verzekeringen. Het is een tuchtcollege waarvan de functie in art. 5 sub a van het Reglement Raad van Toezicht Verzekeringen als volgt is omschreven:

‘De Raad heeft tot taak erop toe te zien dat de aangeslotene bij het bemiddelen, het tot stand brengen en uitvoeren van overeenkomsten van verzekering met consumenten en in het bijzonder ten aanzien van het zorgvuldig en voortvarend optreden in het verkeer met consumenten, de goede naam e.d. het aanzien van en het vertrouwen in het bedrijf in stand houden. Bij de uitoefening van haar taak toetst de Raad het handelen en/of nalaten van de aangeslotenen ook aan binnen de in de bijlage genoemde organisatie totstandgekomen gedragscodes en/of eeregelen.’⁸

Overigens is het geenszins de bedoeling dat de Raad treedt in de plaats van de bevoegde rechter en het staat de klager dan ook te allen tijde vrij om zich tot de rechter te wenden, vgl. art. 5 sub b en c Reglement RvT.

De RvT kan niet alleen in actie komen op verzoek van een consument/klager, maar ook op verzoek van de Ombudsman Verzekeringen, terwijl ook ambtshalve optreden mogelijk is (art. 6 sub b Reglement RvT). Wordt een klacht geheel of gedeeltelijk gegrond verklaard dan vermeldt de RvT in zijn uitspraak hetgeen waartoe de betrokkene ten opzichte van de klager is gehouden. Verzekeraars die lid zijn van het Verbond van Verzekeraars zijn uit dien hoofde gehouden gevolg te geven aan de beslissingen van de RvT, rechtens afdwingbaar voor de klager is de nakoming van de beslissing van de RvT echter niet.⁹

Zoals gezegd, de RvT is een tuchtcollege en zijn uitspraken moeten dan ook vanuit die invalshoek worden begrepen.¹⁰ Dat wil echter niet zeggen dat het standpunt van de RvT niet van (grote) invloed is op de rechter. Die invloed kwam aan de orde in de uitspraak van de Hoge Raad van 12 januari

8 Onder ‘aangeslotene’ verstaat het Reglement RvT een bedrijf dat lid is van de in de bijlage genoemde beroeps- of bedrijfsorganisatie, dan wel het bedrijf dat geen lid van genoemde organisatie(s) is, doch zich vrijwillig heeft aangesloten bij de Stichting. Genoemde bijlage noemt onder meer het Verbond van Verzekeraars en diverse tussenpersonenorganisaties. Onder ‘bedrijf’ in art. 5 sub a dient het verzekeringsbedrijf te worden verstaan.

9 P. Clausing en J.H. Wansink, *Mr. C. Asser’s Handleiding tot de beoefening van het Nederlands recht*, 5. *Bijzondere overeenkomsten, Deel VI, De verzekeringsovereenkomst*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, nr. 69.

10 Zie over de toetsing in het algemeen door de RvT Asser-Clausing-Wansink, 5 VI, 1998, nr. 69 (zie noot 9) en daar aangehaalde literatuur.

1996, NJ 1996, 683, m.nt. MMM (Kroymans/Sun Alliance Verzekering).¹¹ Het ging in deze uitspraak onder meer om de vraag of het beroep van de verzekeraar op een vervaltermijn (voor het instellen van een vordering tegen de verzekeraar) naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. Nu moet bij de vaststelling van wat de redelijkheid en billijkheid meebrengen onder meer rekening worden gehouden met de in Nederland levende rechtsovertuigingen (thans art. 3:12 BW). Wat nu de in Nederland levende rechtsovertuiging betreft deed Kroymans een beroep op uitspraken van de RvT, welke getuigden van een bepaalde visie van die Raad met betrekking tot het beroep op een in de verzekeringsvoorwaarden voorkomende vervaltermijn.¹² Genoemde visie van de RvT was volgens de Hoge Raad dan aldus van betekenis:

‘Weliswaar gaat het bij de door de Raad van Toezicht aangelegde maatstaf erom of de verzekeraar door zijn gedraging de goede naam van het schadeverzekeringsbedrijf heeft geschaad. Maar indien een gedraging van een verzekeraar jegens diens verzekerde onder de omstandigheden van het geval niet kan worden aanvaard uit een oogpunt van handhaving van de goede naam van het schadeverzekeringsbedrijf, ligt het in de rede te oordelen dat die gedraging onder dezelfde omstandigheden evenmin aanvaardbaar is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Zulks in aanmerking genomen bestaat er grond om voor de inhoud van de op het onderhavige punt in Nederland levende rechtsovertuiging betekenis toe te kennen aan het hiervoor weergegeven standpunt van de Raad van Toezicht.’

Betekent deze uitspraak nu dat de Hoge Raad zonder meer de uitspraken van de RvT volgt? Als het ware een geval dus, zoals men dat in het mededingingsrecht zegt, van slaafse nabootsing of navolging? Ons inziens heeft Mendel in zijn noot in de Nederlandse Jurisprudentie overtuigend betoogd dat dat niet het geval is. Trouwens, het zou dunkt ons ook bezwaarlijk anders kunnen zijn omdat de RvT als rechtscollège zoals we hebben gezien nu eenmaal opereert vanuit een bepaalde invalshoek. De Hoge Raad spreekt dan ook over ‘betekenis toe te kennen’ of anders gezegd, zoals Asser-Clausing-Wansink¹³

11 Zie ook HR 14 mei 2004, *RvdW* 2004, 74 en HR 3 december 2004, *NJ* 2005, 160, m.nt. MMM.

12 De Hoge Raad geeft die visie als volgt weer: ‘Blijkens hetgeen onder 8.2 in de conclusie van het Openbaar Ministerie wordt weergegeven, stelt die Raad zich op het standpunt dat, ongeacht of de begunstigde door een advocaat werd bijgestaan, een beroep op een in de verzekeringsvoorwaarden voorkomend beding waarin de termijn waarbinnen de begunstigde zijn recht geldend moet maken, wordt verkort tot zes maanden, uit een oogpunt van handhaving van de goede naam van het schadeverzekeringsbedrijf niet kan worden aanvaard, indien de verzekeraar bij de weigering van betaling niet op niet mis te verstane wijze heeft meegedeeld dat hij een beroep op het vervallen van de aanspraak van de begunstigde zal doen indien de vordering niet binnen de genoemde termijn voor de bevoegde rechter aanhangig is gemaakt.’

13 Zie noot 10.

het uitdrukken: 'Uitspraken van de Raad van Toezicht kunnen voor de rechter mede richting gevend zijn'.

2 GESCHILLENREGELING

Zoals in de inleiding gezegd dient verzekeraar er, ingevolge artikel 61 Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993, voor te zorgen dat in de verzekeringsovereenkomst uitdrukkelijk wordt voorzien in een (scheidsrechterlijke) procedure, teneinde te bepalen welke gedragslijn er bij verschil van mening tussen de verzekeraar en de verzekerde zal worden gevolgd voor de regeling van het geschil waarvoor een beroep op rechtsbijstandverzekering wordt gedaan.

Geschil omtrent de te volgen gedragslijn kan zich bijvoorbeeld voordoen ten aanzien van de vraag of er genoeg bewijs is om tot een succesvolle gerechtelijke procedure over te gaan, of de kans om door hoger beroep het beoogde resultaat te bereiken reëel is,¹⁴ of over de vraag of een deskundige moet worden aangesteld.¹⁵

In een verzekeringsovereenkomst wordt in bovenbedoelde procedure wel voorzien door de bepaling (de bewoordingen zijn niet steeds per overeenkomst identiek) dat verzekerde – wanneer deze na overleg met verzekeraar met deze van mening over de te volgen gedragslijn blijft verschillen – verzekeraar kan verzoeken, het betreffende verschil van mening omtrent de te volgen gedragslijn, aan een advocaat naar keuze van verzekerde voor te leggen. Terwijl het oordeel van deze advocaat voor verzekeraar bindend is en de kosten voor rekening van verzekeraar komen.¹⁶

14 RvT VI-99/13: Verdedigbaar is het standpunt van verzekeraar dat met het verlenen van rechtsbijstand voor het voeren van een procedure bij de rechtbank, verzekeraar niet zondermeer de verplichting heeft aanvaard ook rechtsbijstand te verlenen voor het voeren van een procedure in hoger beroep. Verzekeraar heeft zich, aldus de RvT, in redelijkheid kunnen beroepen op de polisbepaling dat geen rechtsbijstand wordt verleend indien 'de kans om daardoor het beoogde resultaat te bereiken te gering is'.

15 Zie F. Ponet, P. Rubens en W. Verhees, *De Landverzekeringsovereenkomst*, België: Kluwer Rechtswetenschappen 1993, pag. 410 t/m 411. H. Cousy & G. Schoorens, *De nieuwe wet op de landverzekeringsovereenkomst*, België 1994, Kluwer Rechtswetenschappen, p. 294 waar de Memorie van Toelichting wordt weergegeven. Verschil van mening omtrent de te volgen gedragslijn kan zich aldus deze toelichting voordoen 'wanneer de aanspraken van de verzekerde buitensporig lijken te zijn of de in te stellen vordering geen redelijke kans van slaagen lijkt te hebben'. Zie voorts M.N. J. Heeneman, *de Beursbengel*, maart 2004, p. 10 t/m 11.

16 Zie ook Heeneman 2004, p.10 t/m 11 (zie noot 15). Onder de hier bedoelde kosten die voor rekening van verzekeraar komen vallen niet, 'kosten die klager aan zijn belangenbehartiger moet betalen in verband met de door deze in de klachtprocedure voor de Raad verleende bijstand', aldus RvT VI-96/20. Klager had de onderhavige klacht tegen verzekeraar ingediend, daar deze zich niet wilde neerleggen bij klagers advocaatkeuze in het kader van de geschillenregeling. Verdedigbaar is, aldus de RvT, 'dat een tuchtrechtelijke procedure als de onderhavige niet strekt tot vaststelling van schade of tot verkrijging van voldoening buiten rechte, zoals bedoeld in artikel 6: 96 lid 2 onder b en c BW. Derhalve is ook verdedig-

Ingevolge de verzekeringsovereenkomst kan het zo zijn dat de verzekerde, wil hij van deze geschillenregeling gebruik maken, niet zelf tot het aanstellen van een advocaat mag overgaan maar dat hij verzekeraar daarom moet verzoeken. Ons inziens geldt ook in het geval waarin verzekerde beroep doet op de geschillenregeling, het oordeel van de RvT – gegeven in een procedure waarin het, het door een verzekerde inschakelen van een advocaat ter verlening van rechtsbijstand betrof – dat een slechte ervaring van verzekerde met verzekeraar in een ander geschil waarin om rechtsbijstand is verzocht er niet aan af doet dat verzekerde niet, zonder overleg met en toestemming van verzekeraar, zelf een advocaat mag inschakelen.¹⁷ Wanneer verzekerde zonder overleg met en toestemming van verzekeraar toch overgaat tot het zelf inschakelen van een advocaat, zal het van de omstandigheden van het geval afhangen of verzekeraar kan weigeren de kosten van de hier bedoelde raadsman te vergoeden.¹⁸

Dat het oordeel van de in verband met de geschillenregeling ingeschakelde advocaat bindend is voor verzekeraar, volgt dunkt ons uit artikel 61 Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993.

Echter wanneer een door bedoelde advocaat uitgebracht bindend advies 'in verband met inhoud of wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn' is dit wel vernietigbaar krachtens artikel 7: 904 lid 1 BW, aldus de RvT.¹⁹

Op grond van HR 12 september 1997²⁰ kan worden gesteld dat alleen *ernstige* gebreken in (de totstandkoming van) bedoeld advies gebondenheid aan bedoeld advies naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar maken. Denk bijvoorbeeld aan het niet toepassen van het beginsel van

baar dat de kosten die aan het voeren van een dergelijke procedure zijn verbonden niet kunnen worden beschouwd als kosten ter vaststelling van schade of tot verkrijging van voldoening buiten rechte'.

17 Zie RvT VI-96/12.

18 Zie RvT 2000/29. In deze procedure wilde verzekeraar de kosten van de door verzekerde zelf ingeschakelde advocaat, die succesvol rechtsbijstand had verleend, niet vergoeden. De RvT overwoog echter: 'De enkele omstandigheid dat klager zich al buiten verzekeraar om tot een advocaat had gewend in verband met de lange duur van de schadebehandeling, kan er in de gegeven omstandigheden niet toe leiden dat de geschillenregeling buiten werking zou blijven'. Met als gevolg dat verzekeraar, de kosten van rechtsbijstand door de advocaat van klager gemaakt, moest vergoeden. Klager had verzekeraar bij herhaling verzocht meer voortvarendheid te betrachten bij verhaal van de schade, na verloop van een jaar na het ontstaan van de schade heeft klager die de Nederlandse taal onvoldoende beheerst zich tot een advocaat gewend, de advocaat heeft beroep gedaan op de geschillenregeling omdat tussen advocaat en verzekeraar verschil van mening over de verdere wijze van behandeling van het onderhavige geschil ontstond, verzekeraar heeft geweigerd de betreffende advocaat opdracht te geven tot het overnemen van de behandeling van de zaak van klager.

19 RvT VI-96/20.

20 HR 12 september 1997, NJ 1998, 382, m.nt. MMM. Zie voorts HR 20 mei 2005, RvdW 2005, 76.

hoor en wederhoor of partijdigheid van de in het kader van de geschillenregeling ingeschakelde advocaat.²¹

Ook kan het zo zijn dat een, in het kader van de geschillenregeling, door de betreffende advocaat uitgebracht rapport

‘naar inhoud of wijze van totstandkoming van dien aard is dat verzekeraar met de goede naam van het verzekeringsbedrijf in strijd zou handelen door de inhoud ervan tot richtsnoer te nemen’.²²

Ook van dit laatste kan pas sprake zijn indien ernstige gebreken aan bedoeld advies kleven.

Ingevolge artikel 62 Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993 dient verzekeraar er onder andere zorg voor te dragen dat, telkens wanneer er tussen hem en verzekerde een verschil van mening bestaat over de te volgen gedragslijn ter regeling van het geschil, verzekerde op de hoogte wordt gebracht van de mogelijkheid gebruik te maken van de bovenbedoelde geschillenregeling.

Een vraag die zich kan voordoen is: op welk moment is er sprake van verschil van mening tussen verzekeraar en de verzekerde op grond waarvan de geschillenregeling in werking treedt?²³ Dit zal, nu Nederland niet, zoals België, wettelijk heeft geregeld op welk moment er sprake is van bedoeld verschil van mening, van de verzekeringsvoorwaarden afhangen.

Vooropgesteld moet worden dat verschil van mening impliceert dat verzekeraar zich een oordeel heeft kunnen vormen over de zaak en dat verzekeraar zijn oordeel aan verzekerde ter kennis heeft gebracht. In een situatie waarin verzekerde niet wil dat verzekeraar zijn zaak gaat behandelen – bijvoorbeeld omdat verzekerde de voorkeur geeft aan een advocaat en verzekerde geen stukken die betrekking hebben op de zaak aan verzekeraar doet toekomen – en verzekeraar zich geen oordeel heeft kunnen vormen, is de geschillenregeling niet van toepassing.²⁴

Artikel 93 eerste alinea van de Wet op de landverzekeringsovereenkomst (België) bepaalt:

‘De verzekerde, bij verschil van mening met zijn verzekeraar over de gedragslijn die zal worden gevolgd voor de regeling van het schadegeval en na kennisgeving door de verzekeraar van diens standpunt of van diens weigering om de stelling van de verzekerde te volgen, heeft het recht een advocaat van zijn keuze te raadplegen onverminderd de mogelijkheid om een rechtsvordering in te stellen.’²⁵

21 Vergelijk M.M. Mendel in zijn noot onder HR 12 september 1997, NJ 1998, 382.

22 Vergelijk RvT 2002/70.

23 RvT VI-99/8.

24 Zie ook RvT 2001/10 Rbs.

25 Zie voor de tekst van dit artikel H. Cousy en G. Schoorens, *De nieuwe wet op de landverzekeringsovereenkomst*, Kluwer Rechtswetenschappen België 1994, p. 293 en H. Cousy en C. van Schoubroeck, *Wetgeving Verzekeringen 2003*, Kluwer 2002, p. 68 t/m 69.

Wij hebben de indruk dat verzekeringsvoorwaarden voor verzekerden ongunstiger kunnen uitpakken dan bedoelde wettelijke regeling. Dit moge het volgende voorbeeld verduidelijken. In de onderhavige casus²⁶ betreft het een geschillenregeling in de algemene verzekeringsvoorwaarden volgens welke verzekerde eerst een beroep op de geschillenregeling kan doen, wanneer verzekerde in een brief aan verzekeraar, op basis van voor verzekeraar bekende feiten en omstandigheden, heeft gemotiveerd waarom hij het niet met verzekeraar eens is. Een dergelijke regeling lijkt ons met name voor de minder geschoolde verzekerde belastend, mogelijk zal een verzekerde er zelfs van afzien beroep op de geschillenregeling te doen.²⁷

Wij zouden dan ook willen pleiten voor een wettelijke regeling als de eerste alinea van artikel 93 Wet op de landverzekeringsovereenkomst, omdat het ons voorkomt dat, nog los van uniformering, het voorgaande geval zich met deze regeling wellicht minder snel zal voordoen. Immers bij verschil van mening tussen verzekerde en zijn verzekeraar over de gedragslijn die zal worden gevolgd voor de regeling van het schadegeval, is het de verzekeraar die zijn standpunt aan verzekerde te kennen moet geven.²⁸

Onder een geschil omtrent de te volgen gedragslijn voor de regeling van het geschil waarvoor een beroep op de rechtsbijstandverzekering wordt gedaan valt niet een geschil omtrent de omvang van de verzekeringsdekking.²⁹ Heeneman zegt hierover dat geschillen tussen verzekeraar en verzekerde ‘over de vraag of al dan niet sprake is van dekking onder de polis’ ‘in eerste instantie via de interne klachtenprocedure van de betreffende verzekeraar moeten worden opgelost’.³⁰

3 ONZEKER VOORVAL

3.1 Inleiding; onzekerheid

In paragraaf 1 hebben we gezien dat het recht op rechtsbijstand is verankerd in een aantal verdragen, onze grondwet en EG-Richtlijn 87/344. Deze laatste bevat enige regels om een goede rechtsbijstand te waarborgen, maar vermeldt niets over het onderwerp van deze paragraaf: het onzeker voorval, in de rechtsbijstandverzekering ook wel ‘gebeurtenis’ genoemd. Zoals we nog zullen zien heeft dit begrip in de rechtsbijstandverzekering tot problemen geleid en

²⁶ RvT 2004/16.

²⁷ De RvT 2004/16 was echter van mening dat nu verzekerde niet aan deze algemene voorwaarde had voldaan, verzekeraar gezien de omstandigheden van het geval niet de goede naam van het verzekeringsbedrijf had geschaad door zich op het standpunt te stellen dat hij niet aan de geschillenregeling was toegekomen.

²⁸ Vergelijk Ponet, Rubens, Verhees 1993, p. 411 t/m 412 (zie noot 15).

²⁹ Zie RvT VI-96/21. Zie voorts Heeneman 2004, p. 10 t/m 11 (zie noot 15).

³⁰ Heeneman 2004, p. 10 t/m 11 (zie noot 15).

het zou in de geest van de richtlijn zijn (en, naar we mogen aannemen, toch ook in de geest van onze grondwet en de genoemde verdragen) indien daarvoor een goede en, indachtig het thema van deze bundel, uniforme oplossing zou zijn te vinden.

Voordat we nu verder op deze problematiek ingaan, lijkt het verstandig hier eerst enige aandacht te besteden aan het begrip onzeker voorval c.q. onzekerheid in de rechtsbijstandverzekering. Onder huidig recht bepaalt art. 246 WvK dat verzekering een overeenkomst is die dekking biedt tegen schade geleden tengevolge van een onzeker voorval. Onder onzeker voorval wordt veelal verstaan een gebeurtenis die naar de normale loop van de omstandigheden niet te verwachten was.³¹ Dit geldt, als zijnde een schadeverzekering, uiteraard ook voor de rechtsbijstandverzekering, die dekking geeft als er ten gevolge van een onzeker voorval rechtshulp nodig is. Interessanter voor ons (in verband met de verwachte invoering in 2006) is echter het nieuwe verzekeringsrecht en wel art. 7.17.1.1 dat niet spreekt over onzeker voorval maar over: '(...) bij het sluiten der overeenkomst voor partijen geen zekerheid bestaat (...)'. Dit lijkt een ander criterium waaraan sneller zal zijn voldaan: enige onzekerheid is al voldoende. Anders gezegd: geen verzekering is mogelijk tegen hetgeen dat bij het sluiten van de overeenkomst als zeker te verwachten is.³² Mendel merkt in Wery/Mendel³³ terecht op dat dit verschil niet al te zwart-wit moet worden benaderd en dat voor de vraag of er sprake is van een onzeker voorval moet worden gekeken naar wat voor verzekering het is (in casu dus een rechtsbijstandverzekering) en wat partijen hebben afgesproken.

3.2 Modelbepaling

Zoals we in 3 sub a) al hebben opgemerkt heeft in de rechtsbijstandverzekering het begrip onzeker voorval/gebeurtenis tot problemen aanleiding gegeven. Een schets van die problemen geeft Westbroek.³⁴ Een en ander komt er op neer dat verzekerde en verzekeraar nogal eens van mening verschillen over het antwoord op de vraag of er een onzeker voorval/gebeurtenis is, en zo ja, wanneer die heeft plaatsgevonden, zodat soms de verzekerde met betrekking tot de door zijn rechtsbijstandverzekering geboden dekking bedrogen uitkomt. Ofschoon in verzekeringskringen werd gesuggereerd – eufemistisch

31 P.L. Wery/M.M. Mendel 2004, *Hoofdzaken verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 69.

32 Zie Wery/ Mendel 2004, p. 69 (zie noot 31); H.J. Scheltema/F.H.J. Mijnsen, *M. Polak's handboek voor het Nederlandse handels- en faillissementsrecht, deel 4, Algemeen deel van het schadeverzekeringsrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1998, p. 176.

33 Wery/Mendel 2004, p. 69 (zie noot 32).

34 T. Westbroek, 'De onzekere gebeurtenis in de rechtsbijstandsverzekering', *VA* 1998, p. 138-144.

gezegd – dat het allemaal nogal meeviel³⁵ heeft desalniettemin de RvT zich, in verband met het relatief grote aantal klachten over de rechtsbijstandverzekering, gewend tot het Verbond van Verzekeraars en dat heeft uiteindelijk weer geleid tot Circulaire Rb-L 2003/03 van het Verbond aan de aangesloten verzekeraars.

De RvT is, aldus Circulaire Rb-L 2003/03 van het Verbond van Verzekeraars, van mening

‘dat de omschrijving van het begrip ‘gebeurtenis’ (soms ‘voorval’) in rechtsbijstand-polissen vaak zo onduidelijk en vaag is dat het voor de verzekeringnemer – vooral voor de minder goed opgeleide – niet duidelijk is of er sprake is van een gebeurtenis’.

Uit dezelfde circulaire blijkt dat de Raad van Toezicht rechtsbijstandverzekeraars heeft verzocht de definitie van het begrip gebeurtenis aan te passen. Dit vanwege de onduidelijkheid/vaagheid van de omschrijving van het begrip gebeurtenis/voorval in overeenkomsten van rechtsbijstandverzekering. Dit verzoek heeft geleid tot een modelbepaling voor polisvoorwaarden van de afdelingscommissie Rechtsbijstand van het Verbond van Verzekeraars. Verzekeringsmaatschappijen moeten zelf bepalen in hoeverre zij van de hierna geciteerde modelbepaling gebruik maken.

De desbetreffende bepaling luidt als volgt:

- ‘1. Wanneer u zelf partij wordt in een juridisch geschil, als gevolg van een ten tijde van het afsluiten van de verzekering onvoorziene feitelijke ontwikkeling, dan is de daardoor ontstane behoefte aan rechtshulp, conform de overige polisvoorwaarden, verzekerd.
2. Als één juridisch geschil in de zin van deze polisvoorwaarden wordt aangemerkt een samenhangend geheel van juridische geschillen als bedoeld in lid 1, die ontstaan zijn uit dezelfde oorzaak.
3. U kunt géén beroep doen op deze verzekering in een geval waarin bij het afsluiten van de verzekering voorzienbaar was dat u in dit geval partij in een geschil zou worden of behoefte aan rechtshulp zou krijgen.
4. Als u rechtshulp vraagt in een geval waarin u schade lijdt, dan kunt u geen beroep doen op deze verzekering als die schade is ontstaan vóór het afsluiten van de verzekering.
5. Wanneer het juridisch geschil gedurende x maanden na ingangsdatum dekking is ontstaan, wordt geen rechtshulp verleend.’

Het komt er, dunkt ons, vooral op neer dat de hiervoor weergegeven tekst er toe strekt om, via een omschrijving van het onzeker voorval althans het element onzekerheid voor deze specifieke vorm van verzekering, het inloop-

35 J. Aikens, ‘Ongefundeerde aanval op rechtsbijstandverzekeraars’, *Het Verzekeringsblad* 8-4-1999, p. 320.

risico te reguleren. Vaak is namelijk moeilijk te bepalen wanneer een geschil precies begonnen is, terwijl het ook in principe de verzekerde is die bepaalt of er een geschil is.³⁶ Wat valt er echter verder over deze aan rechtsbijstand-verzekeraars geadviseerde bepaling te zeggen?

Lid 1) en 3) lijken in zekere zin twee (verschillende) kanten van dezelfde medaille weer te geven: 1) beschrijft het geval wanneer je wél verzekerd bent en 3) de andere kant, wanneer je dat níet bent. Beide leden maken bij hun omschrijving gebruik van hetgeen dat was te voorzien. Bij lid 1) gaat het om de onvoorziene feitelijke ontwikkeling en bij 3) om hetgeen (partij in een geschil/behoefte aan rechtshulp) bij het afsluiten voorzienbaar was. Zo op het eerste gezicht lijkt de term onvoorzien (lid 1) subjectiever dan het voorzienbaar van lid 3, maar enig verschil is blijkens het begeleidend schrijven waarschijnlijk niet bedoeld: het gaat om de subjectieve wetenschap van de verzekerde, maar wel met een zekere objectivering 'hij had beter behoren te weten'. Vergelijk in dit verband de algemene omschrijving van onzeker voorval in Scheltema/Mijnssen³⁷ waarbij het er om gaat of voor de *doorsnee-verzekerde* onzekerheid bestond omtrent het intreden van de schade, anders gezegd, in objectieve zin moet voor verzekeringnemer of verzekerde onzeker zijn of het voorval zal plaatsvinden, waarbij de verzekeraar weer wél mag bewijzen dat bij de verzekeringnemer/verzekerde i.c. zodanige kennis aanwezig was dat voor hem was te verwachten dat de schade zou ontstaan. Dan gaat het dus wat de 'extra' kennis betreft om de subjectieve wetenschap. Verschil lijkt er in zoverre te zijn dat in het laatste geval van een *objectivering* (de doorsnee-verzekerde) wordt uitgegaan, aangevuld met een zekere subjectivering, doch in het eerste geval van een subjectivering aangevuld met een zekere objectivering.

Het komt ons voor dat het eerste systeem soms toch wel wat gunstiger uit kan pakken dan het laatste, immers een niet al te ontwikkelde verzekerde/verzekeringnemer wist vooraf wellicht niets en behoorde dat ook niet te voorzien, anders dan wellicht de doorsnee-verzekerde. In veel andere gevallen zal de uitkomst echter dezelfde zijn. Kortom je zou kunnen zeggen dat bij de rechtsbijstandverzekering sprake is van een klaarblijkelijk met het oog op het bijzondere karakter van deze verzekering enigszins andere accentuering. In combinatie komen lid 1 en lid 3 er overigens op neer dat bij het sluiten van de verzekering noch de feitelijke ontwikkeling, noch het partij worden in het geschil noch het behoefte krijgen aan rechtshulp mochten zijn te voorzien.

Lid 2 koppelt terug naar lid 1 en beoogt een algemene regel te geven van de zogenoemde reeksproblematiek. Een dergelijke regel komt ook thans in veel polissen voor. Als één juridisch geschil in de zin van de polisvoorwaarden wordt, aldus lid 2, aangemerkt een samenhangend geheel van juridische

36 Aikens 1999, p. 320 (zie noot 35).

37 Scheltema/Mijnssen 1998, p. 176, 179 (zie noot 32).

geschillen als bedoeld in lid 1, die ontstaan zijn uit dezelfde oorzaak. Zie voor voorbeelden van de reeksproblematiek Westbroek.³⁸

Ook lid 2 is van belang voor het inlooprisico: als het eerste geschil uit het samenhangend geheel valt onder lid 3 betekent dat dat geen van de geschillen uit het samenhangende geheel van juridische geschillen onder de dekking valt. Let wel dat er in lid 3 staat: '(...) voorzienbaar was dat u in dit geval partij in een geschil zou worden *of* (cursivering YD-R/SM) behoefte aan rechtshulp zou krijgen.' Geen *en* maar *of*: voldoende is dus dat voorzienbaar is dat je partij in een geschil zou worden, zonder dat nodig is dat behoefte aan rechtshulp wordt voorzien. Omgekeerd is ook voldoende het voorzien van de behoefte aan rechtsbijstand, zonder dat voorzienbaar is dat je partij in een geschil zou worden. Dit laatste zal zich, dunkt ons, kunnen voordoen bij de adviesbijstand, dus het geval dat de verzekeraar, los van een geschil, de verzekerde adviseert over zijn rechtspositie.

Overigens lijkt lid 2 ook van belang voor het uitlooprisico: als het eerste geschil binnen de verzekeringsperiode is gedekt is de rest van het samenhangend geheel van juridische geschillen dat in principe ook.

Ook lid 4 heeft, mogen we aannemen, met het inlooprisico te maken. Als er schade is ontstaan, bijvoorbeeld door de onrechtmatige daad van een ander, en die schade is ontstaan vóór het afsluiten van de verzekering dan bestaat er geen recht op rechtshulp, ook al is er op het moment van het afsluiten van de verzekering helemaal nog geen sprake van een conflict en/of behoefte aan rechtshulp.

Als er al schade is ligt een juridisch geschil op de loer, is wellicht ook wel te verwachten. Hoe dit echter zij, verzekeraars voelen er niet voor in dit geval dekking te verlenen.

Tenslotte lid 5. Hierin is een zogenaamde wachttermijn neergelegd. Als een juridisch geschil bijvoorbeeld binnen 3 of 6 maanden na de ingang van de dekking ontstaat, bestaat er geen recht op rechtshulp. Ook hier wordt geprobeerd het inlooprisico in de hand te houden. Het gaat hier om gevallen dat er al wel wat rommelt en men snel een verzekering sluit omdat het wel eens mis zou kunnen lopen (zonder dat direct te bewijzen is dat een en ander onder lid 3 valt). Als het geschil dan echt ontstaat binnen de wachttermijn is er geen recht op dekking.

Al met al is dus van belang in het oog te houden dat het voorval waarom het gaat is dat men partij wordt in een geschil (waardoor behoefte aan rechtsbijstand ontstaat) en dat dat voorval (in de ogen van verzekeraars) wel voldoende onzeker moet zijn.

Interessant in dit verband is ook om eens te kijken naar onze zuiderburen waar, in tegenstelling tot de situatie in Duitsland, een stelsel van rechtsbijstand-

38 T. Westbroek, 'De onzekere gebeurtenis in de rechtsbijstandsverzekering', VA 1998, p. 141 e.v.

verzekering bestaat dat, meer dan het Duitse, lijkt op het onze, en alwaar over de rechtsbijstandverzekering veel meer geschreven is dan hier te lande.

Volgens de in België heersende opvatting is het onzekere voorval³⁹ het (mogelijke) geschil waarin de verzekerde betrokken wordt. De vraag rijst dan wanneer dit risico zich precies realiseert.⁴⁰ Volgens de klassieke opvatting is dat het tijdstip waarop een van de partijen zijn eisen openbaar (kenbaar) maakt. Een recente opvatting meent echter dat het risico zich verwezenlijkt zodra de verzekerde zich in een juridische crisissituatie bevindt, en wel zodanig dat de verzekerde objectief gezien behoefte heeft aan juridische bijstand om een aanslag op zijn vermogen te voorkomen.⁴¹ Deze laatste visie is gebaseerd op de gedachte dat het risico in de rechtsbijstand dikwijls een evolutief karakter vertoont en in die visie bestaat het risico voor de verzekeraar dan uit

'l'apparition d'une situation concrète génératrice de litige conduisant normalement l'assuré agissant en bon père de famille à faire valoir ses droits'.⁴²

Laatstgenoemd tijdstip zal, naar we mogen aannemen, normaliter vroeger liggen dan het tijdstip bepaald volgens het oude klassieke criterium. Dit nieuwe, meer recente criterium zal, dunkt ons, ook als uitgangspunt kunnen gelden naar Nederlands recht, wat niet wegneemt dat de polis verdere regelingen zal kunnen treffen. Het lijkt ons, wat de Nederlandse situatie betreft, in ieder geval ook bruikbaar als de verzekeringsovereenkomst bepaalt dat een geschil zo spoedig mogelijk na zijn ontstaan gemeld moet worden. De hiervoor besproken modelbepaling bevat geen regeling over de melding aan de verzekeraar van onder de verzekering gedekte gebeurtenissen die zich realiseren tijdens de looptijd van de verzekering.

Overigens geldt (ook) in België dat een geschil dat al bestond op het moment van het afsluiten van de verzekering, niet gedekt is en dat de verzekerde verplicht is een juiste opgave van het risico te doen (vgl. art. 251K; 7.17.1.4 NBW). Zie wat dit laatste betreft onderdeel c dat enige opmerkingen bevat over de verhouding tussen een polisregeling (zoals bijvoorbeeld de (advies)bepaling) en de regeling van de verzwijging (art. 251K, 7.17.1.4-6 NBW).

39 De Wet op de Landverzekeringsovereenkomst gebruikt bij zijn omschrijving van verzekering het begrip onzekere gebeurtenis (art. 1 sub A).

40 Ph. Colle, 'De rechtsbijstandsverzekering en het K.B. van 12 oktober 1990', in: Ph. Colle (red.), *De nieuwe reglementering inzake rechtsbijstandsverzekering*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu uitgevers 1991, p. 42 e.v.

41 A. Froidmont, 'Rapport introductif: la pratique de l'assurance protection juridique' in: Ph. Colle en J.L. Fagnart (red.), *Bijzondere vraagstukken rechtsbijstandsverzekering*: Antwerpen-Apeldoorn-Bruxelles, Maklu-Bruylant: 1998, p. 15.

42 Froidmont 1998, p. 16 (zie noot 41).

3.3 Polisregeling en verzwijging (art. 251K, 7.17.1.4 NBW)

Een verzekeraar kan een verzekering sluiten op basis van een vragenlijst. Beantwoordt de verzekeringnemer de gestelde vragen juist en volledig – waarbij uitgangspunt is dat

‘een verzekeringnemer een hem door de verzekeraar voorgelegde vraag (...) mag opvatten naar de zin die de verzekeringnemer daaraan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mag toekennen’⁴³

en wordt de betreffende overeenkomst op basis van deze antwoorden gesloten, dan kan de verzekeraar ‘zich niet erop beroepen dat feiten waarnaar niet was gevraagd, niet zijn medegedeeld, tenzij is gehandeld met het opzet de verzekeraar te misleiden’.⁴⁴ Beantwoordt verzekeringnemer de gestelde vragen echter onjuist en/of onvolledig dan kan verzekeraar de overeenkomst van verzekering overeenkomstig artikel 251 WvK (doen) vernietigen. Naar komend recht kan verzekeraar zich er in dat geval onder omstandigheden, in beginsel,⁴⁵ overeenkomstig artikel 7.17.1.5 jo. 7.17.1.6 NBW op beroepen dat (voor de betreffende gebeurtenis) geen recht op rechtsbijstand bestaat, dan wel overeenkomstig artikel 7.17.1.5 (ontwerp) NBW gebruik maken van de opzegmogelijkheid.

Maakt de verzekeraar geen gebruik van een vragenlijst, dan geldt, kort gezegd, onder huidig recht op grond van het relevantie- en kenbaarheidsvereiste, dat de verzekeringnemer die feiten/omstandigheden moet melden waarvan, naar hij weet of behoort te weten, de beslissing van verzekeraar (als redelijk handelend verzekeraar), of, en zo ja, op welke voorwaarden hij de verzekering wil afsluiten, afhangt.⁴⁶ Naar komend recht worden daaraan toegevoegd feiten/omstandigheden waarvan verzekeringnemer weet of behoort te weten dat deze voor verzekeraar relevant *kunnen* zijn.⁴⁷

Ingeval van onjuiste/onvolledige mededelingen geldt ook in dit geval dat verzekeraar zich, onder omstandigheden, overeenkomstig artikel 7.17.1.5 jo. 7.17.1.6 NBW erop kan beroepen dat (voor de betreffende gebeurtenis) geen recht op rechtsbijstand bestaat, dan wel overeenkomstig artikel 7.17.1.5 NBW gebruik kan maken van de opzegmogelijkheid.

In principe staat de regeling van de verzwijging los van een regeling zoals in de modelbepaling. Aangenomen moet worden dat een verzekeraar zich altijd op het ontbreken van een onzeker voorval respectievelijk onzekerheid

43 HR 1 december 1995, *NJ* 1996, 707 m.nt. MMM, zie voorts HR 15 mei 1998, *NJ* 1998, 623 en HR 20 december 1996, *NJ* 1997, 638 m.nt. MMM onder HR 21 maart 1997, *NJ* 1997, 639.

44 HR 20 december 1996, *NJ* 1997, 638 m.nt. MMM onder HR 21 maart 1997, *NJ* 1997, 639.

45 Mits voldaan is aan artikel 7.17.1.4 lid 4 NBW.

46 HR 8 juni 1962, *NJ* 1962, 366 m. nt. HB en HR 19 mei 1978, *NJ* 1978, 607 m. nt. B.W.

47 In artikel 7.17.1.4 NBW wordt niet van redelijk handelend verzekeraar gesproken. Deze norm zal echter ook daar via de artikelen 6:2 en 6:248 BW een rol blijven spelen. Zie P.L. Wery/M.M.Mendel, *Hoofdzaken verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 54.

kan beroepen. Pas als de rechter oordeelt dat er wél sprake is van een onzeker voorval/onzekerheid komen we aan een beroep op verzwijging toe.

Nu zou het zo kunnen zijn dat een verzekeraar de dekking op grond van de onderhavige modelpolisbepaling te ruim vindt. Verzekeraar kan dan, indien hij toch gebruik wil maken van deze modelpolisbepaling, zijn risico beperken door aan verzekeringnemer een vragenlijst voor te leggen. Verzekeraar kan deze vragenlijst zo inrichten dat hij vraagt naar de voor zijn beslissing aangaande de omvang van de dekking relevante gegevens. Voor verzekeringnemer wordt dan duidelijk wat voor verzekeraar relevant is en verzekeraar kan bij onjuiste/onvolledige beantwoording door verzekeringnemer overeenkomstig artikel 251 WvK de overeenkomst van verzekering (doen) vernietigen. Wanneer artikel 7.17.1.4 t/m 7.17.1.6 NBW wet zijn geworden zal verzekeraar zich overeenkomstig deze artikelen er, onder omstandigheden, op kunnen beroepen dat (voor de betreffende gebeurtenis) geen recht op rechtsbijstand bestaat, dan wel gebruik kunnen maken van de opzegmogelijkheid.

Maakt verzekeraar geen gebruik van de hier bedoelde vragenlijst dan zullen de feiten en omstandigheden die op grond van het dan geldende criterium, zie hier boven, moeten worden vermeld, ons inziens overeenkomen met feiten en omstandigheden die (subjectief) voorzienbaar waren als bedoeld in lid 1 en lid 3 van de onderhavige modelpolisbepaling.

4 SLOTOPMERKINGEN

Een recht op (goede) rechtsbijstand is erg belangrijk en dat recht is dan ook terecht verankerd in, zoals we hiervoor hebben gezien, verdragen, richtlijn, grondwet en wet.

Een van de aspecten die we hebben besproken is de geschillenregeling, die, naar het ons voorkomt, in de praktijk niet al te veel problemen oplevert. Wel lijkt het ons wenselijk om een bepaling als de eerste alinea van artikel 93 Wet op de landverzekeringsovereenkomst in de Nederlandse wet op te nemen.

Met de hiervoor behandelde modelpolisbepaling wordt, dunkt ons, een redelijke oplossing geboden voor (eventuele) problemen in verband met de vraag wanneer een gebeurtenis van rechtsbijstand is uitgesloten.

Redelijk aan de ene kant onder meer omdat met het ontwikkelingsniveau van verzekerde rekening wordt gehouden, immers dekking bestaat in beginsel indien ten tijde van het aangaan van de overeenkomst voor de betreffende verzekerde niet voorzienbaar was dat hij partij in een geschil zou worden of behoefte aan rechtshulp zou krijgen en hij ook niet beter had behoren te weten. Mits ook de feitelijke ontwikkeling voor verzekerde onvoorzien was en hij niet beter had behoren te weten.

Aan de andere kant redelijk omdat de regeling de verzekeraar de mogelijkheid biedt om risico's die hij niet wil lopen uit te sluiten.

De regeling biedt dus mogelijkheden, maar in zijn begeleidend schrijven bij de modelpolisbepaling constateert het Verbond zelf al dat een redelijke opstelling van verzekeraars geboden zal blijven:

‘Wij wijzen erop dat het opnemen van deze polisbepaling op zich niet voldoende is om de gesignaleerde problematiek te voorkomen. Het beleid van de maatschappij bij de beoordeling van de noodzaak tot het in behandeling nemen van een claim van de verzekerde is daarvoor van veel groter belang’.

Deel II

INPASSING TRANSNATIONAAL IN
NATIONAAL RECHT

8 | Van houten huis tot stacaravan: het wezen van de zaak

C.H. Bezemer[■]

1 INLEIDING

Interpretatiegeschillen over het juridische karakter van niet uit steen opgetrokken bouwsels zijn allesbehalve nieuw. Zelfs de oude Romeinse juristen, die geen groot belang hechtten aan het onderscheid tussen roerende en onroerende zaken, ontkwamen soms niet aan problemen die verwant zijn aan de onze. Zo kreeg de jurist Quintus Cervidius Scaevola († na 175) de vraag voorgelegd wie eigenaar is van een uit houten planken bestaand verplaatsbaar graanschuurtje dat door ene Titius op de grond van ene Seius was geplaatst.¹ Een kwestie van natrekking, inderdaad. En omdat daarbij de precieze feitelijke omstandigheden van groot belang zijn, antwoordde Scaevola omzichtig dat op grond van de hem voorgelegde feiten het schuurtje niet tot het vermogen van Seius was gaan behoren. We moeten zelf invullen hoe hij tot deze beslissing gekomen is: de verbinding tussen het schuurtje en de grond moet in de ogen van Scaevola zo gering zijn geweest dat natrekking haar (stille) werk niet kon doen.

Het is deze Digesten-tekst geweest die in de latere geschiedenis van het Romeinse recht soms aanleiding was tot het 'doorlaten' van andere opvattingen over het onderscheid roerend-onroerend dan de Romeinse. Dit is vooral goed zichtbaar in de Franse rechtsgeschiedenis. Al in de dertiende eeuw laten academische juristen doorschemeren dat niet in het Romeinse recht geschoolden ('leken en rustieken') een houten huis beschouwden als een roerende zaak. Ik geef Jacques de Revigny († 1296), professor te Orleans, het woord:

'Ik heb enige plattelanders meegemaakt die zeiden dat een houten huis roerend is, want, zo menen zij, een dergelijk huis kan (van de grond) gescheiden worden en naar een andere plaats overgebracht worden'.

Revigny vermeldt weliswaar deze door velen gehuldigde opvatting, maar stelt tegelijk heel duidelijk dat het Romeinse recht anders wil:

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

1 D. 41,1,60 Scaevola *libro primo responsorum*. Titius horreum frumentarium novum ex tabulis ligneis factum mobile in Seii praedio posuit: quaeritur, uter horrei dominus sit. Respondit secundum quae proponerentur non esse factum Seii.

‘Ik meen dat het huis onroerend is en onscheidbaar, want onscheidbaar is datgene wat niet kan worden verplaatst in de staat waarin het zich bevindt. Natuurlijk kan een houten huis verplaatst worden, maar alleen als het afgebroken wordt, want in normale toestand kan het beslist niet worden verplaatst. Vandaar dat wij een houten huis als een onroerende zaak dienen te beschouwen, zoals ook blijkt uit D. 43,16,1,8’.²

Deze laatste tekst bepaalt dat iemand die uit een houten huis gezet is een beroep kan doen op het interdict *Unde vi*, dat van toepassing is als iemand met geweld van een stuk grond gejaagd is: ‘immers, van wat voor aard ook datgene is dat aan de grond vastzit, iemand die daar met geweld uit verdreven is heeft het interdict’.³ Het moge duidelijk zijn dat voor de Romeinse juristen, en hun navolgers, niet beslissend was het gemak waarmee een houten huis gedemonteerd kan worden maar de vastheid van de verbinding met de grond.

2 LA DOUCE FRANCE

Wat Revigny tijdens zijn college in Orleans aanroerde over de opvattingen van rustieken was niet iets van voorbijgaande aard. De academische juristen stootten hier op zeer hardnekkige opinies die nauw verbonden waren met het grote belang dat gehecht werd aan het familievermogen, waaronder in eerste instantie viel de grond, en wat daarop groeide. Een houten huis hoorde er meestal niet bij. Dit vinden wij terug in allerlei contemporaine bronnen. Vooral in de noordelijke provincies van het huidige Frankrijk was dit duidelijk. Omstreeks 1300 gold in Artesië een houten huis als een roerende zaak.⁴ Ook in Lotharingen, de streek waar Revigny vandaan kwam, was dit de regel.⁵ Deze opvatting bleef bestaan tot de Franse Revolutie, ook toen men, in de steden althans, allang niet meer in houten huizen woonde. Hoe kwam het dat deze opvatting zo hardnekkig was, en soms zelfs werd toepast op niet-houten huizen?⁶ Meestal voert men het terug op het onderscheid dat bij erfopvolging

2 Commentaar op D. 41,1,60 *Si titius horreum* (Hs. Parijs BN lat. 14350 fo. 75 Rb): ‘Ego vidi rusticos quosdam qui dicebant quod domus lignea esset mobilis, nam, dicunt ipsi, domus potest separari et ferri alio loco. Ego dico est immobilis et inseparabilis, nam illud inseparabile est quod (MS qui) non potest removeri in statu in quo est. Unde domus lignea potest removeri: hoc est verum si dissolvatur. Sed certe in statu in quo est non potest removeri. Unde videamus <domus> lignea est res immobilis, et est casus legis, infra de vi et vi ar. l. Si plane si quis [D. 43,16,1,8].’

3 D. 43,16,1,8 Ulpianus *libro sexagensimo nono ad edictum*. Plane si quis de ligneis aedibus deiectus fuit, nemo ambigit interdicto locum fore, quia qualequale sit quod solo cohaereat, inde qui vi deiectus est habet interdictum.

4 Zie P. Viollet, *Histoire du droit civil français*, Parijs 1905, herdruk Aalen 1966, p. 664.

5 A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, Parijs 1989, p. 91 (§ 76).

6 Het laatste gold bijv. in 1533 in de stad Rijssel. Zie Ph. Godding, ‘Le droit coutumier a-t-il recouru à la fiction?’, in: G. van Dievoet, Ph. Godding & D. van den Auweele (red.), *Langage et droit à travers l’histoire*, Leuven/Parijs 1989, p. 93-105 (101).

en huwelijksgemeenschap gemaakt werd tussen familie-erfgoed (*héritage*) en andere zaken (*catel*). Over eerstgenoemde zaken kon niet vrij beschikt worden. Het waren alle vermogensbestanddelen die essentieel waren voor de instandhouding van het familie(boeren)bedrijf. Er vielen ook bepaalde rechten onder, zoals periodieke rentes voortvloeiend uit zo'n familievermogen. De andere zaken, in het algemeen de roerende, of daarmee gelijkgestelde zaken, zoals houten bouwsels, werden minder waardevol geacht, en vielen buiten de beperkende regels van het intestaat erfrecht. Volgens sommigen was het de toenemende invloed van het Romeinse recht die roet in het eten dreigde te gooien. Bij de houten huizen betrof dat de natrekkingsregel van de vaste verbinding met de grond. Deze regel raakte het traditionele onderscheid tussen zaken en kon de (kwantitatieve) verhouding tussen erfgoed en niet-erfgoed beïnvloeden. En niet alleen dat: het is hier noodzakelijk erop te wijzen dat destijds alleen roerende zaken als verhaalsobject voor schulden dienden of voorwerp van confiscatie konden zijn.

Het resultaat van de vermenging van de traditionele en de romeinsrechtelijke opvatting was dat op sommige plaatsen in Frankrijk (bovenal het Noorden) drie soorten goederen kunnen worden onderscheiden: onroerende zaken (*héritages*), roerende zaken en *cateux* (enkelvoud *catel*). Zaken die tot de laatste categorie gerekend werden vielen met betrekking tot de erfopvolging en de gemeenschap van goederen onder de categorie 'roerend', en in andere situaties onder de categorie 'onroerend'.⁷ Hierbij moet gedacht worden aan bijvoorbeeld een houten huis. Zo werden de gewoonterechtelijke grondslagen van het intestaat erfrecht en het huwelijksgoederenrecht behouden en het Romeinse recht toegelaten waar dat geen bedreiging vormde. Het leidde er wel toe dat sommige zaken onder een 'gemengd' regime vielen. Dit kon vormen aannemen die in strijd zijn met het gezonde verstand, bijvoorbeeld dat stenen huizen in een stad gerekend werden tot de *cateux*, dus als roerend werden beschouwd in erfrechtelijke aangelegenheden, en zelfs overgedragen werden als waren zij roerende zaken. Het heeft de vraag opgeroepen of hier gesproken kan worden van een juridische fictie.⁸ Mij lijkt de vraag niet erg relevant: hoofdzakelijk was dat men de lokale verhouding tussen de verschillende zaken wilde handhaven zonder het Romeinse recht zichtbaar geweld aan te doen. Als het een fictie was dan een dubbele: onder de *héritages* liet men soms roerende zaken vallen, onder de *cateux* ook onroerende zaken. Veel interessanter is, dunkt me, is de vraag: valt hier mee te leven? Kun je eenzelfde zaak een dubbelleven laten leiden? Dan kunnen we misschien leren hoe te leven met een Europees gerechtshof dat onze zorgvuldig opgebouwde jurisprudentie komt verstoren. Eén ding is zeker: de Fransen hebben het hele *Ancien régime* geleefd met twee hybride categorieën voor het onderscheid van zaken, en de sporen ervan zijn nog steeds zichtbaar in de Code civil.

7 Patault, loc. cit.

8 Vgl. Godding (zie noot 6).

We keren eerst terug naar de voor de Franse rechtswetenschap zo cruciale dertiende eeuw. Langs de academische route komen we bij een leerling van Revigny – men vermoedt dat dit Raoul d’Harcourt († 1307) was –, die meldt dat ‘leken zo hun gewoontes hebben ten aanzien van roerende en onroerende zaken, en met betrekking tot roerende zaken soms de vraag stellen of een houten huis nu roerend is of onroerend’.⁹ Men ziet de arme leken worstelen met het voor hen minder belangrijke onderscheid. Immers, het enige dat telde was of een zaak een *héritage* was of niet, een onderscheid dat niet parallel liep met het romeinsrechtelijke onderscheid onroerend-roerend. Net als Revigny benadrukt Harcourt vervolgens dat naar Romeins recht (*secundum iura*) een houten huis beslist onroerend is, omdat je anders nooit het al eerder genoemde interdict zou kunnen krijgen. Veelbetekenend is de wending die de prille Franse rechtswetenschap neemt met de tweede grote Orleanese jurist, Pierre de Belleperche († 1308), een leerling van Harcourt. Anders dan Revigny had deze orthodoxe legist weinig belangstelling voor inheemse rechtsopvattingen. Hij gaat in zijn commentaar op D. 43,16,1,8 dus niet expliciet in op de verschillen in zienswijze. Een huis dat met de grond verbonden is, ook een houten huis, is onroerend; en een huis waar dat niet het geval is – Belleperche spreekt van een hut die op wielen is geplaatst (een woonwagen?) –, is roerend. Waar hij wel op ingaat is het karakter van het *possessorium*, de aan het kanonieke recht ontleende procedure ter bescherming van het bezit. Omdat houten huizen onroerend zijn, zou je verwachten dat de bijbehorende rechtsoverdracht (het ‘recht op bescherming van het bezit’) ook als onroerend wordt gekwalificeerd.¹⁰ Deze consequentie, die ook naar gewoonterecht begrepen zou worden, trekt Belleperche niet. Als ‘zuiver’ romanist constateert hij dat het *possessorium* geen noodzakelijke eenheid vormt met de grond waarop het betrekking heeft: ‘het *possessorium* is, ondanks de connectie met grond, geen onroerende zaak, omdat grond niet behoort tot het wezen van het *possessorium*, zodat het *possessorium* roerend blijft’.¹¹ De redenering is in essentie een *a contrario* redenering.

9 Commentaar op Inst. 4,15,6 *Recuperande* (Hs. Parijs BN lat. 14350 fo. 184 Va): ‘Laici habent suas consuetudines de mobilibus et immobilibus, et in mobilibus querunt aliquando laici de domo lignea an sit mobilis vel immobilis. Certe res immobilis secundum iura, quia interdictum Unde vi non habetur nisi in re <im>mobili et si aliquis fuerit deiectus de domo lignea habetur interdictum Unde vi, ut ff. de vi et vi ar. l. i. § Si quis de nave [D. 43,16,1,8].’ Over de toeschrijving aan Harcourt, zie L. Waelkens, *La Lectura Institutionum de Raoul d’Harcourt*, *Rivista Internazionale di Diritto Comune* 3 (1992), p. 79-91.

10 Onder ons oude BW waren zakelijke rechten op onroerende goederen, en zelfs de rechtsoverdrachten tot opeising of levering van onroerende goederen, ook onroerend. Zie Hijma/Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, 6^e druk, Deventer: Kluwer 1996, nr. 12. Voor de historische achtergrond zie W.J. Zwalve, ‘Das System des Vermögensrecht’, in: R. Feenstra/ R. Zimmermann, *Das römisch-holländische Recht. Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert*, Berlin 1992, p. 105-122.

11 Commentaar op D. 43,16,1,8 *Si quis* (ed. Frankfurt 1571; herdruk Bologna 1968 p. 27) ‘In § Si quis nota quod si <de> domibus ligneis fuerit quis deiectus, habet locum istud interdictum (*Unde vi*), quia sunt res immobiles. Sic § istum intelligo, tamen intelligatis sane

De door Belleperche als bewijsplaats aangevoerde tekst (D. 19,1,27) noemt vele zaken die zich op en rond huis en grond kunnen bevinden. Het *possessorium* staat er niet bij. Een scholastiek beroep op het wezen (*esse*) van het *possessorium* doet het vervolgens belanden onder de roerende zaken. Toch is het zichtbaar: Belleperche heeft het ook niet makkelijk met het romeinsrechtelijke onderscheid, dat in beginsel alleen van toepassing is op zaken, maar in zijn tijd ook werd toegepast op rechten. Hij moet in het reine komen met kanoniekrechtelijke ideeën, en belandt, ongewild, in gewoonterechtelijk water: ook leken zouden de rechtsvordering om het bezit van een houten huis te beschermen niet als *héritage* beschouwen. Door het onderscheid roerend-onroerend in dit geval aan te wenden, raakt hij in de knoop met twee concurrerende denkwerelden.

Wat zegt de bekendste costumiere jurist van die tijd, Philippe de Beaumanoir († 1296), erover? Hij kent uiteraard het criterium van de verplaatsbaarheid om uit te maken of iets geen *héritage* is, en constateert dat het door hem beschreven gewoonterecht van de Beauvaisis sommige niet-verplaatsbare zaken niet rekent tot de *héritages*. Als voorbeelden noemt hij onder andere ingezaaid koren nog vóór het gerijpt is of geoogst. Dit wijkt af van wat in andere Franse streken gebruikelijk was. Het laat zien dat in de Beauvaisis de bestemming van het graan, dat wil zeggen geoogst te worden, het beslissende criterium was. Ook een idee van behoorlijk scholastieke signatuur. Hetzelfde gold voor druiventrossen, en Beaumanoir onderstreept de bijzonderheid van het lokale recht met verwijzing naar (recente) rechtspraak.¹² En een houten huis, hoe zit het daarmee? Het wordt niet expliciet genoemd, maar in de lijst met *héritages* staan wel *meson qui sont droites, tant comme eles tiennent a chevilles*, dat wil zeggen ‘huizen die vast zijn in die zin dat ze vastzitten met wiggen’.¹³ Er zijn dus huizen die niet tot deze categorie behoren. Of dat houten huizen zijn is moeilijk te zeggen. Het is wel zo dat houten huizen destijds veelal met leem bij elkaar werden gehouden, en niet met duurzamere verbindingen.

verum: hoc interdictum habet locum ubi domus solo sunt affixae, sed si super rotas fuerit facta, sicut tugurium, reputarem domus tales mobiles; ideo, etc. ut supra de acquir. rerum dominio l. Titius § i. [D. 41,1,60]. Isti repugnant sententiae quam alias tenui. Dixi possessorium est res mobilis, et est casus legis (casus est), supra de action. empt. l. Fundi nichil aliud est, in principio [D. 19,1,17 pr.]. § iste, videtur, contra me dicit quod domus lignae, quia solo affixae sunt, immobiles sunt; ideo, etc. Non facio vim domino (de eo?), non est simile de domibus, quia aedes sunt res immobiles, quia ipsum solum, cui aedes inhaerent, faciunt unum totum, ut supra de usuc. l. Eum qui [D. 41,3,23]; et ideo, quia ad essentiam aedium solum est necessarium; ideo etc. Sed possessorium, licet affixum sit solo, non est res immobilis, quia solum *non est de esse* possessorii, quia possessorium mobile remanet. Sic intelligo l. alle. Fundi [D. 19,1,17], et dixi loco suo.’

12 Ph. de Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis* (ed. Salmon), Parijs 1899/1970, § 673-675.

13 Coutumes de Beauvaisis § 672.

3 RENTEBRIEVEN EN OBLIGATIËN

Met deze kleine inventaris zijn de in deze materie mogelijke opvattingen nagenoeg gegeven. Alleen de motieven om toewijzing aan hetzij de ene, hetzij de andere categorie te verkiezen zijn niet dezelfde gebleven. Was het aanvankelijk het (rurale) familiebelang dat de grenzen ertussen in hoge mate bepaalde, in later tijd gaan commerciële belangen en de belangen van de staat (fiscus) de afbakening beïnvloeden. Het zijn grenzen die nooit voor eeuwig vast zullen liggen. Nieuwe maatschappelijke ontwikkelingen zijn steeds weer aanleiding tot het opnieuw vaststellen van de grenzen. In de rechtsgeschiedenis van de Republiek der Verenigde Nederlanden – deze overstap is niet zo gek als hij op het eerste gezicht wellicht lijkt – is dit goed te zien. Zo beschrijft Pieter Ockers (1628-1678), lid van de Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland sinds 1669, een erfrechtelijke zaak waarbij aan de orde kwam wat het statuut van rentebrieven en ‘obligatiën op lant en vaste corpora’ was: roerend of onroerend? Er waren goederen gelegen in de provincie Utrecht en in de provincie Holland. Eén van de partijen wilde het juridische verschil in dezen uitbuiten, want naar Utrechts recht waren de rentebrieven en *obligatiën* onroerend, terwijl ze in Holland ‘van outs’ als roerende zaken werden beschouwd.¹⁴ Uiteindelijk mocht het haar niet baten om redenen die hier niet ter zake doen, maar wat hier duidelijk uit blijkt is dat de Utrechtse regeling nog in de oude traditie stond, die ook rechten ten aanzien van land rekende tot de onroerende goederen, terwijl Holland hier de modernere – handelsvriendelijker – visie huldigde. Dit kwam ook tot uitdrukking ten aanzien van huizen: in Utrecht werd nog het traditionele onderscheid tussen houten en stenen huizen gemaakt.¹⁵

Obligatiën ten laste van de Staten van Holland figureren in een door Willem Pauw (1717-1787), destijds raadsheer in de Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland, in zijn ‘*Observationes tumultuariae novae*’ vermeld proces dat tussen 1749 en 1752 voor deze raad werd gevoerd. De hoofdrolspeelster was Sara Luyken, weduwe van Jan Abel Douglas. Bij haar eerste verschijnen in de ‘*Observationes*’ is ze net ontsnapt uit de Gevangenpoort door de vrouw van de cipier te overreden haar naar haar zoon Abraham te brengen, die verbleef ‘in een quartier van ‘t Hof van Pruissen’, thans Paleis Noordeinde, vanwaar zij haar vlucht voortzette. Na onderzoek naar de omstandigheden laat de Hoge Raad Sara’s goederen sequestreren om te voorkomen dat de

14 H.C. Gall, *Regtsgeleerde decisien. Aan de raadsheer Pieter Ockers toegeschreven aantekeningen betreffende uitspraken van het Hof (1656-1669) en de Hoge Raad (1669-1678) van Holland, Zeeland en West-Friesland*, Amsterdam 2002, p. 189-190 (nrs. 345-347). De uitspraak is van 30 september 1676.

15 Zie Fockema Andreae’s aantekening bij Hugo de Groot, *Inleidinge tot de Hollandsche rechtsgeleerdheid*, II,1,12 (ed. Arnhem 1939), deel II, p. 73.

staatskas nadeel zou ondervinden.¹⁶ De daaropvolgende vermeldingen bij Pauw onthullen steeds meer over haar handel en wandel. Het verhaal is te mooi om niet te vertellen. Wat was er gebeurd? In november 1748 had Sara in twee tranches haar staatsobligaties ter waarde van 48 duizend gulden overgedragen aan haar zoon Abraham, die op zijn beurt een aantal ervan aan een als Titius aangeduide persoon had overgedragen. De Procureur-Generaal van de Hoge Raad kreeg lucht van het gebeurde en liet beslag leggen op het hele vermogen van Sara en op de zich onder Titius bevindende obligaties. Deze Titius verzoekt de Raad om opheffing van het beslag op zijn obligaties. Op 23 juli 1749 laat de Hoge Raad zich inlichten door de Procureur-Generaal, die verklaart dat de overdrachten aan zoon Abraham hem zeer verdacht voorkwamen en vermoedelijk verricht waren 'in fraudem fisci'. De raad neemt geen beslissing maar verleent de daaropvolgende dag aan de Procureur-Generaal permissie naar bevind van zaken te handelen.¹⁷ Hoe de Procureur-Generaal van de gebeurtenissen wist blijkt uit een andere notitie. In januari 1749 al, kort na haar ontsnapping uit de Gevangenpoort, had de Advocaat-Fiscaal de Staten van Holland verzocht om bij aanbidding van bepaalde van Sara Luyken afkomstige obligaties ten behoeve van renteuitkering, deze in beslag te laten nemen. Aldus geschiedde op 10 november 1749, en de obligatiehouders, Abraham, Titius en een zekere Maevius verzoeken op de 25^{ste} van diezelfde maand opheffing van het beslag bij de Hoge Raad. De Advocaat-Fiscaal beroept zich op de nietigheid van de door Sara verrichte overdrachten en ziet de obligaties als verhaalsobject met het oog op een spoedig te verwachten veroordeling. Als het proces tegen Sara al in gang is gezet gaat de koning van Pruisen, Frederik II (later de Grote) zich in de zaak mengen. Hij schrijft een forse brief aan de Staten-Generaal waarin hij het onrecht aan de kaak stelt hem door de Hoge Raad aangedaan. Hij stelt dat de in beslag genomen obligaties van hem zijn, en nog vóór Sara uit de gevangenis ontsnapt was door Abraham aan hem waren overgedragen. Met een beroep op het volkenrecht (*ius gentium*) verlangt hij van de Staten-Generaal als volkenrechtelijke wederpartij restitutie van de obligaties aan zijn gezant ('Sempronius'), aan wie hij ze in bewaring had gegeven. Bovendien ontkent hij de Hoge Raad ieder recht tot kennisneming in deze zaak. De Staten-Generaal spelen de kwestie terug naar de Staten van Holland, die op hun beurt de Hoge Raad (!) om advies vragen. Die verwerpt het beroep op volkenrechtelijke immuniteit aangezien het hier ging om een puur privaatrechtelijk geschil. Bovendien was niets gebleken van betrokkenheid van de Pruisische gezant toen de onderhavige obligaties met het oog op renteuitkering werden aangeboden 'door een schipper van Amsterdam'. Ter ondersteuning van het betoog werd het boek over gezantenrecht aangehaald van Bynkershoek (1673-1743), de legendarische

16 W. Pauw, *Observationes Tumultuariae Novae* (red. H.F.W.D. Fischer *et alii*), Deel 1, Haarlem 1964, p. 197 (nr. 279).

17 Pauw (op. cit.), p. 204-205 (nr. 293).

president van de Hoge Raad en schoonvader van Pauw.¹⁸ Nu diende de Hoge Raad zich over de geldigheid van het beslag te buigen. Eén van de raadsheren meende dat de obligaties die door derden te goeder trouw van Sara of Abraham gekocht waren, als roerende zaken buiten het beslag dienden te vallen. Dit werd door de overige raadsheren verworpen, onder andere omdat allerm minst vaststond dat dergelijke obligaties als roerende zaken moeten worden beschouwd. Nu wordt ook pas duidelijk wat het belang van de koning van Pruisen was: aan hem waren tot kwijting van een overeenkomst door Abraham obligaties ter waarde van 21 duizend gulden overgedragen.¹⁹ Nu komen we ook bij ons onderwerp. Op 19 mei 1752 komt dat eindelijk ten principale aan de orde. Twee à drie raadsheren, zo meldt Pauw, waren om verschillende redenen van mening dat de obligaties roerend zijn, ook al verschilden ze van mening over de positie van de derdenverkrijgers en over het (wettelijk) zekerheidsrecht van de fiscus. Pauw kan ze als onlichamelijke zaken moeilijk als roerend of onroerend classificeren. In sommige opzichten zijn ze roerend, zoals bij eigendomsoverdracht, in andere opzichten zijn ze onroerend (hij noemt de twintigste penning, het ‘collaterael’, die sommige erfgenamen aan executeurs moesten betalen, en de vervreemding van goederen van een pupil aan zijn voogd). Dat het Amsterdamse recht deze obligaties als roerende zaken beschouwt, waar het gaat om een erop te vestigen zakelijk zekerheidsrecht, wil nog niet zeggen dat dit voor de hele provincie Holland geldt. De raadsheren kwamen er niet uit, en ze besluiten in het bijzonder zoon Abraham zover te krijgen een schikking te aanvaarden. Op 13 december 1752 gebeurt dat ook: hij betaalt contant 17300 gulden aan de Advocaat-Fiscaal.²⁰ Daarmee was de zaak (en een diplomatiek geschil) de wereld uit, niet het probleem. Tenminste, als je zaken als deze obligaties wil onderbrengen in de wereld van roerend en onroerend.²¹

4 WETBOEKEN

Met de invoering van het Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland in 1809 is het probleem van de obligaties opgelost: die zijn roerend door ‘wetduiding’, ook als er nog een band is met onroerend goed.²² Daarmee is de band met de op grondeigendom geënte en daarom als onroerend beschouwde rentebrieven doorgesneden. En met de invoering van de Franse Code civil in de noordelijke Nederlanden in 1810/11 wordt het Franse voor-

18 Pauw (op. cit.), p. 232-233 (nr. 331).

19 Pauw (op. cit.), p. 244-245 (nr. 342).

20 Pauw (op. cit.), p. 315-317 (nr. 427).

21 Vgl. Zwalve (noot 10).

22 Art. 427 sub 4^o: ‘Wijders zijn door wetduiding voor roerende goederen te houden alle obligatiën en andere effecten, zoo op het rijk en andere mogendheden, als ten laste van bijzondere personen, al zijn zij ook van een verband op onroerend goed voorzien’.

beeld van het zojuist genoemde artikel hier tot wet.²³ Met de Code civil kwamen echter, in nog sterkere mate dan met het Wetboek Napoleon, ook de door het *Ancien régime* getekende onderscheidingen tussen onroerende goederen 'par leur nature', 'par leur destination' en 'par l'objet auquel ils s'appliquent', en roerende goederen 'par leur nature' en 'par la détermination de la loi'.²⁴ Daarachter gaat de hele wereld van de *héritages* en de *cateux* schuil, inclusief de oplossingen voor de classificatie van rechten en rechtsvorderingen. Een groot deel van deze erfenis belandde in het Burgerlijk Wetboek van 1838.²⁵ Dan kan zich een jurisprudentie ontwikkelen meer toegesneden op Nederlandse opvattingen, alsook een eigen terminologie. Met dat laatste doel ik op het 'bestanddeel', de 'bijzaak' en de 'hulpzaak'.²⁶ Het heeft niet tot spectaculaire uitspraken geleid. We zitten immers in een 'beproefd' gedeelte van het recht. Maar waar het technische noviteiten betreft moet steeds weer overdacht worden of het bestaande instrumentarium toereikend is. En een bepaalde beslissing kan grote maatschappelijke gevolgen hebben.

Wat opvalt bij de categorie 'onroerend door bestemming' (OBW art. 563) is dat niet alleen de wetgever bepaalde in de Code civil genoemde zaken niet heeft overgenomen, maar dat ook de Nederlandse rechter zich gedistantieerd heeft van de Franse boerderij.²⁷ De inventarissen van cafés, hotels en restaurants worden bij herhaling als *niet* onroerend door bestemming gekwalificeerd.²⁸ Omdat bij dit soort zaken vaak de vatbaarheid voor hypotheek aan de orde was, is het begrijpelijk dat de Hoge Raad in 1929 ('Bierbrouwerij') wel moest toegeven aan de druk vanuit de praktijk om fiduciaire eigendoms-overdracht tot zekerheid mogelijk te maken. Zonder die mogelijkheid was het financieren van bepaalde ondernemingen erg lastig. Ten aanzien van machines in fabrieken was, ook al door de wet,²⁹ een ruimere uitleg gangbaar. Bij ontbreken van een aard- en nagelvaste verbinding werd niettemin scherp gelet op de criteria die een hulpzaak tot onroerend door bestemming konden maken. Te mooi om niet te citeren is in dit verband een passage uit een arrest van de Hoge Raad uit 1951:

23 Art. 529 *in fine*: 'Sont aussi meubles par la détermination de la loi, les rentes perpétuelles ou viagères, soit sur l'Etat, soit sur les particuliers.'

24 Artt. 517-526 en 527-532.

25 Artt. 562-564 en 565-574.

26 Voor deze begrippen en de verschillen met het huidige recht, zie Hijma/Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, 6^e druk, Deventer: Kluwer 1996, nr. 13.

27 Vgl. de noot van Meijers bij HR 24 januari 1934, NJ 1934, 1618 (Odeon).

28 Een handig overzicht is te vinden bij Léon's rechtspraak op art. 563 OBW in J. Wijnveldt, *Burgerlijk wetboek. Rechtspraak, literatuur en korte aantekeningen*, 2^e gedeelte: tweede boek (eerste stuk – artt. 555-876), Den Haag/Leiden 1933, p. 15-18.

29 Art. 563 lid 1 sub 1^o ('Door bestemming worden onder onroerende zaken begrepen 1^o Bij fabrieken, trafijken, molens, smederijen en dergelijke onroerende zaken, de persen, distilleerketels, ovens, kuipen, vaten, en verdere gereedschappen, bepaaldelijk tot derzelver *wezen* behorende, al waren die voorwerpen niet aard- of nagelvast') is slechts in geringe mate ontleend aan Code civil art. 524.

‘dat de rechtbank voorts, door, bij de beantwoording van de vraag, of bepaalde machines als onroerend door bestemming moesten worden beschouwd, omdat zij geacht moesten worden tot het *wezen* van de fabriek te behoren, (...), aan art. 563, eerste lid, onder 1° een juiste toepassing heeft gegeven’.³⁰

De Hoge Raad gebruikt de terminologie van de wet, maar doet niet anders dan Belleperche in de dertiende eeuw deed toen hij het roerende karakter van de bezitsactie wilde bewijzen.³¹ Het is een klassieke (teleologische) redenering waar juristen al eeuwen naar grijpen, of ze het nu over de aard, de essentie, of zoals in dit geval, het *wezen* van de zaak hebben. Het lijkt een feitelijke constatering, maar erachter schuilen steeds wisselende maatschappelijke opvattingen.

Om niet alleen langs lijnen van geleidelijkheid te lopen, is het goed ook te kijken naar de nieuwigheden waarmee men ten tijde van het oude BW geconfronteerd werd. Zo verschijnt daar de centrale verwarming en het radio-toestel, die allebei zonder problemen ingepast konden worden in de bestaande categorieën. Wat lastiger zijn zaken als het octrooirecht (roerend door wetsbepaling), de in huurkoop verstrekte niet aard- en nagelvast opgestelde machine (niet onroerend door bestemming), het auteursrecht (roerend).³² Ook de goodwill klopt aan de deur, maar wordt niet toegelaten tot het rijk der goederen (toen nog ‘zaken’), zodat een nadere kwalificatie niet nodig is.³³ In de huidige tijd, rond de millenniumwende, en bevrijd van het probleem of vermogensrechten nu roerend of onroerend zijn, is het soms spannend wat de rechter zal zeggen over een veronderstelde bestemming of over de vastheid van een verbinding met de grond. Echt verrassend waren ze niet, de uitspraken over de portacabin (HR 31 oktober 1997) en het kabelnet (HR 6 juni 2003). Het zijn vooral de ermee gemoeide financiële belangen die eenieder de adem even doen inhouden. Dat geldt ook voor de stacaravan (HR 28 september 2001 en 7 juni 2002), alleen gaat dat om iets dat velen raakt, en niet alleen in de portemonnee. Het komt letterlijk dicht bij huis. Dus daar zijn ze weer, van nooit weggeweest: de rustieken van Revigny, ook al komen ze nu uit de stad. En, ook de argumenten van die rustieken (eenvoudige demonteerbaarheid). Wat moet Nederland daarmee als het Europese Hof van Justitie ze ook hanteert?³⁴ Nu kan het gebeuren dat een stacaravan naar Nederlands recht als onroerend wordt beschouwd (en aangeslagen wordt voor de OZB), maar naar Europees recht

30 HR 18 mei 1951, *NJ* 1951, 548.

31 Zie hierboven noot 11 met de erbijbehorende tekst.

32 Zie voor de hier genoemde voorbeelden het in noot 28 geciteerde overzicht.

33 HR 9 maart 1951, *NJ* 1952, 46 (Damesmodebedrijf).

34 Ik verwijs naar de zaak Rudolf Maierhofer/Finanzamt Augsburg-Land van 16 januari 2003 (C-315/00), waarin het hof besliste dat prefab-woningen die niet gemakkelijk kunnen worden gedemonteerd noch verplaatst onroerend zijn in de zin van de Zesde richtlijn met betrekking tot de harmonisatie van de wetgeving inzake omzetbelasting.

beschouwd wordt als roerend als het gaat om de BTW. Wat te doen met het onlogische gevolg van een pluralistische rechtsorde?

5 ISOLEREN, TOETSEN OF NEGEREN

Er zijn drie mogelijkheden: isoleren, toetsen of negeren. Met het eerste bedoel ik het beperken van de reikwijdte van de uitleg van het Europese hof tot uitsluitend het terrein van de omzetbelasting. Er ontstaat dan weliswaar een *Fremdkörper* in het Nederlandse recht, maar de Europese opvatting moet dan halt houden bij de rechtsgebieden waarvoor de Europese rechtsorde niet bedoeld is. Het bezwaar van deze methode is dat zij op de langere termijn tekort kan schieten. Als het Europese Hof van Justitie zijn door vele verafschuwde salami-tactieken blijft voortzetten, dat wil zeggen het nemen van kleine, niet meteen doorzichtige happen uit de nationale rechtordes alvorens een grote hap te nemen, moet gevreesd worden voor de eenheid van het Nederlandse recht. Een meer fundamentele aanpak is dan geboden. Met toetsen denk ik aan een rechterlijke noodrem vergelijkbaar met de openbare-orde-toets in het IPR: bij bedreiging van de fundamenteën van het nationale rechtstelsel wordt een Europese interpretatie niet toegepast. Bij wijze van voorbeeld: '(...) kan als in strijd met het wezen onzer nationale rechtsorde worden beschouwd (...)'. Ik hoor de bezwaren al: het gaat hier niet om de in het IPR geldende gelijkheid tussen de nationale rechtstelsels, en: is dit niet te zwaar geschut? Wat het eerste betreft: wat let de Nederlandse rechter op de nationale noodrem te trappen en een ruimere uitleg te geven aan art. 3:12 BW? Het zou overeenkomen met de houding die de meeste Franse rechtsgeleerden aannamen ten aanzien van het Romeinse recht: als we het kunnen gebruiken doen we dat, mits het redelijk is. En dat laatste was lang niet altijd het geval (men denke niet dat het Romeinse recht automatisch als redelijk werd beschouwd). Te zwaar geschut? Geen land in Europa zal er van opkijken als Nederland zichzelf beschermt. Zoals een ieder weet houdt Duitsland altijd de eigen grondwet achter de hand om Europese beslissingen eventueel buiten de deur te houden. Dat middel bestaat niet in Nederland, maar de Europese Unie rekent het tot haar grondbeginselen de nationale identiteit van haar lidstaten te eerbiedigen (Unie-verdrag art. 6 lid 3) en het Europese Hof verzekert de eerbiediging van het recht bij de uitlegging en toepassing van het EG-verdrag (art. 220). Volgende ammunities voor een Nederlandse rechter, me dunkt.

En negeren? Velen zal dit aanspreken, nu het gaat om niet verkozen rechters die stilletjes de Nederlandse rechtsorde ondermijnen. Het is alleen politiek niet verstandig en zal de meeste Nederlandse burgers ook ontgaan. Juristen kunnen beter met juridische middelen bestreden worden. Ik opteer daarom voor de isolatiemethode, in combinatie met de aangegeven toetsing. Dan maar enige inconsistentie. De geschiedenis laat de mogelijkheid ervan zien.

9 | De constructie van een Europees begrip 'privaatrecht': drie decennia 'burgerlijke en handelszaken' in het Europese internationaal privaatrecht

M.V. Polak & J.A. Bomhoff

1 INLEIDING

'In hoeverre tasten Europese ontwikkelingen de eenheid van ons vermogensrecht aan?' – zo luidt de vraagstelling van de redactie van deze bundel. Met 'ons vermogensrecht' doelt de redactie ongetwijfeld op het Nederlandse materiële privaatrecht, zoals neergelegd in het Burgerlijk Wetboek en de bijbehorende rechtspraak. Dit Nederlandse privaatrecht vormt dan, in de terminologie van Bloembergens klassieke artikel over 'De eenheid van privaatrecht en administratief recht', het 'systeem' dat de eigenschap 'eenheid' vertoont of zou moeten vertonen.¹ De Engelse rechtsfilosoof Raz spreekt in dit verband van de '*base*', de set materiaal bestaande uit, bijvoorbeeld, regelgeving en rechtspraak, waarop de aan eenheid verwante toets van coherentie moet worden toegepast.²

Nu realiseren Bloembergens en Raz zich terdege dat de omvang van het systeem respectievelijk de *base* wijziging kan ondergaan.³ De afbakening van de reikwijdte van het systeem gaat zelfs vooraf aan de zoektocht naar eenheid, welke eenheid immers binnen het systeem bestaat of zou moeten bestaan. Het belang van deze voorvraag van afbakening willen wij inroepen ter rechtvaardiging van een alternatieve visie op het thema van deze bundel. Is het immers niet denkbaar dat de actuele ontwikkelingen, die de redactie bij de keuze van haar thema hebben geïnspireerd, vooral moeten worden gezien als een verschuiving van een 'eenheidsstreven' binnen nationale rechtssystemen naar een 'eenheidsstreven' binnen een groter systeem, dat wil zeggen op het niveau van de Europese rechtsorde?

■ M.V. Polak is hoogleraar internationaal privaatrecht en privaatrechtelijke rechtsvergelijking, Universiteit Leiden en advocaat te 's-Gravenhage. J.A. Bomhoff is PhD-fellow departement Civiel Recht, Universiteit Leiden.

1 A.R. Bloembergens, 'De eenheid van privaatrecht en administratief recht', in: *Bloembergens Werk*, Deventer: Kluwer 1992, p. 308-311.

2 J. Raz, 'The Relevance of Coherence', *Boston University Law Review* 72 (1992), p. 286.

3 Zie Bloembergens, *supra* noot 1, p. 310-311; Raz, *supra* noot 2, p. 285.

Deze alternatieve visie op het thema eenheid is om diverse redenen aantrekkelijk. Niet alleen vrijwaart zij ons van verwijten van eurofobie of provincialisme, maar zij onderstreept ook het in essentie meerdimensionale karakter van het eenheidsstreven. Het onverminderd belangrijke wegnemen van botsingen en tegenstrijdigheden binnen het Nederlandse recht en tussen het Nederlandse en het Europese recht kan immers niet worden gescheiden van het zoeken naar nieuwe, diepere en overkoepelende vormen van eenheid op Europees niveau. En waar deze activiteiten tot conflicten leiden, rijst direct de interessante vervolgvraag 'hoeveel eenheid op nationaal niveau zijn wij bereid prijs te geven voor eenheid binnen Europa?'.⁴

Uiteraard veronderstelt deze alternatieve visie wel – naast de hierna niet verder te behandelen vraag naar de intrinsieke waarde van eenheid als eigenschap van rechtssystemen – dat het streven naar eenheid binnen de Europese rechtsorde een haalbare kaart is. In deze detailstudie onderzoeken wij de haalbaarheid en de implicaties van het Europese eenheidsstreven aan de hand van de geschiedenis van de constructie van een specifieke vorm van privaatrechtelijke eenheid op Europees niveau. Concreet: wij richten onze blik op het EEX en het daarin vervatte begrip 'burgerlijke en handelszaken', en gaan na op welke wijze eenheid een rol speelt – als streven, als techniek of als resultaat – bij de interpretatie van dit begrip door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen.

Een blik op het EEX, het begrip burgerlijke en handelszaken en de rechtspraak van het Hof van Justitie is om diverse redenen interessant, juist vanuit het gezichtspunt van eenheid. In de eerste plaats is het EEX een van de oudste Europese instrumenten op het terrein van het (internationaal) privaatrecht en heeft het Hof van Justitie de afgelopen 30 jaar meer dan 140 uitspraken over het EEX gewezen. Een en ander betekent niet alleen dat er voldoende onderzoeksmateriaal voorhanden is, maar ook dat het Hof van Justitie aan de hand van zijn concrete uitspraken kan worden beoordeeld op de tot nu toe bereikte resultaten – in ons geval vanuit het perspectief van eenheid. Vervolgens memoreren wij dat het Hof van Justitie in zijn rechtspraak over het EEX van meet af aan consequent en expliciet heeft gehamerd op het belang van een uniforme – dat wil zeggen: voor alle betrokken Europese landen gelijke – wijze van interpretatie van de in het EEX vervatte begrippen en regels.⁴ Met andere woorden: het Hof van Justitie zelf streeft naar eenheid binnen het Europese privaatrecht. Ten slotte is het begrip burgerlijke en handelszaken nog weer in het bijzonder interessant vanwege de nauwe band met de notie van 'privaatrecht' zelf. Het begrip burgerlijke en handelszaken fungeert ter afbakening van de materiële reikwijdte van het EEX – en van talloze andere Europese en mondiale instrumenten van internationaal privaatrecht (hierna aangeduid als 'IPR') – hetgeen betekent dat het EEX slechts kan worden toegepast op proce-

4 Zie bijv. HvJ EG 14 oktober 1976 (29/76, LTU/Eurocontrol), *Jur.* 1976, p. 1541, NJ 1982, 95 (JCS).

dures waarin burgerlijke en handelszaken centraal staan – dat wil zeggen: op privaatrechtelijke zaken. Daarmee fungeert het begrip burgerlijke en handelszaken in wezen als criterium om privaatrecht van publiekrecht te onderscheiden. Tegen deze achtergrond bezien is het interessant om na te gaan hoe het Hof van Justitie tracht tot een uniform-Europese afbakening van het begrip privaatrecht zelf te geraken, al dan niet vanuit een achterliggende eenvormige theorie met betrekking tot ‘het privaatrecht’.

In een poging de omvang van deze bijdrage enigszins binnen de perken te houden, richten wij ons uitsluitend op de rechtspraak van het Hof van Justitie. De toepassing van deze rechtspraak door de nationale rechters en de mogelijke bedreigingen voor de rechtseenheid die met deze toepassing gepaard kunnen gaan, laten wij noodgedwongen buiten beschouwing.

Nog een enkele opmerking over het begrip eenheid. Het artikel van Bloembergen reikt ons de tweedeling aan tussen de tamelijk concrete idee van eenheid als ‘identiek zijn’ of ‘uniformiteit’ enerzijds en de abstractere idee van eenheid als ‘consistentie’ of ‘harmonie’ anderzijds.⁵ Voorts levert Bloembergen ons als ‘bouwstenen’ van eenheid de trits ‘eenheid van begrippen’, ‘eenheid van normen’ en ‘eenheid van beginselen’.⁶ In onze analyse van de rechtspraak van het Hof van Justitie over het begrip burgerlijke en handelszaken in het EEX gaan wij op zoek naar beide ideeën van eenheid en naar de drie bouwstenen. Daarbij zal blijken dat het Hof van Justitie zich sterk maakt voor eenheid in de zin van uniformiteit, althans voorzover het eenheid van begrippen en eenheid van normen betreft. De abstractere idee van consistentie of harmonie en de eenheid van beginselen, daarentegen, lijken aan het Hof van Justitie niet te zijn besteed. Zo oefenen rechtstheoretische pogingen om het privaatrecht te stelen op één of meer consistente beginselen, zoals Weinrib's idee dat het privaatrecht louter mag worden verstaan als systeem van correctieve rechtvaardigheid,⁷ geen waarneembare invloed uit op de rechtspraak van het Hof van Justitie.

Na een korte inventarisatie van de afbakeningsrol van het begrip burgerlijke en handelszaken in het EEX en de andere relevante IPR-instrumenten (zie paragraaf 2) en een schets van de bevoegdheid van het Hof van Justitie tot interpretatie daarvan (zie paragraaf 3), gaan wij in op de herkomst en de wordingsgeschiedenis van het begrip burgerlijke en handelszaken (zie paragraaf 4). De kern van onze bijdrage bestaat uit een analyse van de rechtspraak van het Hof van Justitie over het begrip burgerlijke en handelszaken in het EEX (zie paragraaf 5). Daarbij staan twee fundamentele kwesties centraal: enerzijds de afbakening van burgerlijke en handelszaken jegens publiek- en bestuursrechtelijke zaken, en anderzijds de autonomie van het Europese begrip

5 Bloembergen, *supra* noot 1, p. 316-319.

6 *Idem*, p. 313-315.

7 E.J. Weinrib, *The Idea of Private Law*, Cambridge, MA: Harvard University Press 1995, p. 19 e.v.

burgerlijke en handelszaken ten opzichte van het nationale recht. In onze conclusie komen wij terug op de hiervoor geformuleerde vraag naar de wijze waarop het Hof van Justitie bij de ontwikkeling van het begrip burgerlijke en handelszaken handen en voeten geeft aan de idee van eenheid (zie paragraaf 6).

2 INVENTARISATIE VAN DE AFBAKENINGSROL VAN HET BEGRIIP BURGERLIJKE EN HANDELSZAKEN

Het begrip burgerlijke en handelszaken dateert niet van vandaag of gisteren.

Het Europese debuut van het begrip burgerlijke en handelszaken vond plaats bij de totstandkoming van het EEX-verdrag van 1968.⁸ Dit verdrag kent een Titel I, bestaande uit een enkele bepaling – artikel 1 – waarin de omvang van het materiële toepassingsgebied van de overige verdragsbepalingen inzake bevoegdheid – Titel II (artikelen 2-24) – en erkenning en tenuitvoerlegging – Titels III en IV (artikelen 25-49 respectievelijk 50-51) – is neergelegd. Lid 1 van artikel 1 luidt:

‘Dit verdrag wordt toegepast in burgerlijke en handelszaken, ongeacht de aard van het gerecht waarvoor deze zaken zich afspelen.’

In het tweede lid van artikel 1 worden vervolgens enkele rechtsgebieden genoemd, die wellicht als burgerlijke en handelszaken zouden kunnen worden beschouwd, maar niettemin van de werkingssfeer van het EEX-verdrag zijn uitgesloten:

‘Het is niet van toepassing op:

1. de staat en de bevoegdheid van natuurlijke personen, het huwelijksgoederenrecht, testamenten en erfenissen;
2. het faillissement, akkoorden en andere soortgelijke procedures;
3. de sociale zekerheid;
4. de arbitrage.’

Nadat het EEX-verdrag op 1 februari 1973 voor de zes oudste EG-lidstaten (België, Duitsland, Frankrijk, Italië, Luxemburg en Nederland) in werking was getreden, zijn in de loop van de jaren '80 en '90 via vier zogenaamde Toetredingsverdragen ook de andere EG-lidstaten ((a) Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk, (b) Griekenland, (c) Spanje en Portugal, en (d) Oostenrijk,

8 Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, Brussel, 27 september 1968, *PbEG* 15 (1972) nr. L 299, p. 32, *Trb.* 1969, 101.

Finland en Zweden) partij geworden bij het EEX-verdrag.⁹ Aan de tekst van artikel 1 is slechts eenmaal gesleuteld, en wel ter gelegenheid van de toetreding van Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk. Bij die gelegenheid is aan artikel 1 lid 1, een tweede volzin toegevoegd, waardoor deze bepaling als volgt kwam te luiden:

‘Dit verdrag wordt toegepast in burgerlijke en handelszaken, ongeacht de aard van het gerecht waarvoor deze zaken zich afspelen. Het heeft inzonderheid geen betrekking op fiscale zaken, douanezaken of administratiefrechtelijke zaken.’

Lid 2 is ongewijzigd gebleven. Het EEX-verdrag is inmiddels, per 1 maart 2002, tussen de hiervoor genoemde EG-lidstaten (met uitzondering van Denemarken) vervangen door de EEX-verordening.¹⁰ Laatstgenoemd instrument is per 1 mei 2004 eveneens in werking getreden voor de tien nieuwe EG-lidstaten (Cyprus, Estland, Hongarije, Letland, Litouwen, Malta, Polen, Slovenië, Slowakije en Tsjechië). De EEX-verordening kent een artikel 1, dat vrijwel letterlijk overeenkomt met het hiervoor geciteerde artikel 1 EEX-verdrag. Lid 1 luidt:

‘Deze verordening wordt toegepast in burgerlijke en handelszaken, ongeacht de aard van het gerecht. Zij heeft met name geen betrekking op fiscale zaken, douanezaken of administratiefrechtelijke zaken.’

In lid 2 is het aanvangswoord ‘Het’ vervangen door ‘Zij’; voor het overige is de tekst ongewijzigd ten opzichte van die van artikel 1 lid 2 EEX-verdrag. Lid 3 luidt:

‘Tenzij anders bepaald, wordt onder ‘lidstaat’ verstaan alle lidstaten behalve Denemarken.’

In het in 1988 tussen de lidstaten van de EG enerzijds en de lidstaten van de Europese Vrijhandelsassociatie anderzijds tot stand gekomen EVEX-verdrag¹¹

9 Eerste Toetredingsverdrag (t.b.v. Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk), Luxemburg, 9 oktober 1978, *PbEG* 21 (1978) nr. L 304, p. 1, *Trb.* 1978, 175; Tweede Toetredingsverdrag (t.b.v. Griekenland), Luxemburg, 25 oktober 1982, *PbEG* 25 (1982) nr. L 388, p. 1, *Trb.* 1983, 24; Derde Toetredingsverdrag (t.b.v. Spanje en Portugal), Donostia-San Sebastian, 26 mei 1989, *PbEG* 32 (1989) nr. L 285, p. 1, *Trb.* 1989, 142; Vierde Toetredingsverdrag (t.b.v. Oostenrijk, Finland en Zweden), Brussel, 29 november 1996, *PbEG* 40 (1997) nr. C 15, p. 1, *Trb.* 1997, 69. Zie, voor de geïntegreerde tekst van het EEX-verdrag (1968 + 1978 + 1982 + 1989 + 1996), *PbEG* 41 (1998) nr. C 27, p. 3.

10 Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PbEG* 44 (2001) nr. L 12, p. 1.

11 Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, Lugano, 16 september 1988, *PbEG* 31 (1988) nr. L 319, p. 9, *Trb.* 1989, 58.

– dat nagenoeg een copie vormt van het EEX-verdrag (in zijn aangepaste versie) – figureert een artikel 1, dat identiek is aan het hiervoor geciteerde artikel 1 EEX-verdrag. Het EEX-verdrag is voor Nederland thans nog relevant in de betrekkingen met IJsland, Noorwegen en Zwitserland.

Ook de recente procesrechtelijke IPR-instrumenten van Europese makelij kennen een beperking van hun materiële toepassingsgebied tot burgerlijke en handelszaken:

Europese Betekeningsverordening¹² – artikel 1 lid 1: ‘burgerlijke en handelszaken’.

Europese Bewijsverordening¹³ – artikel 1 lid 1: ‘burgerlijke en handelszaken’.

EET-verordening¹⁴ – artikel 2: ‘burgerlijke en handelszaken’.

Voorstel voor een Verordening tot vaststelling van een Europese procedure voor geringe vorderingen¹⁵ – artikel 2 lid 1: ‘burgerlijke en handelszaken’.

Het begrip burgerlijke en handelszaken wordt eveneens gebruikt om het materiële toepassingsgebied van Haagse IPR-verdragen af te bakenen. Wij beperken ons tot een vermelding van de voor Nederland relevante Haagse verdragen:

Haags Rechtsvorderingsverdrag 1954¹⁶ – artikelen 1 lid 1, 8 lid 1, 20 lid 1 en 26: ‘burgerlijke of handelszaken’.

Haags Betekeningsverdrag 1965¹⁷ – artikel 1 lid 1: ‘in burgerlijke zaken of in handelszaken’.

12 Verordening (EG) nr. 1348/2000 van de Raad van 29 mei 2000 inzake de betekening en de kennisgeving in de lidstaten van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke of in handelszaken, *PbEG* 43 (2000) nr. L 160, p. 37.

13 Verordening (EG) nr. 1206/2001 van de Raad van 28 mei 2001 betreffende de samenwerking tussen de gerechten van de lidstaten op het gebied van bewijsverkrijging in burgerlijke en handelszaken, *PbEG* 44 (2001) nr. L 174, p. 1.

14 Verordening (EG) nr. 805/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 tot invoering van een Europese executoriale titel voor niet-betwiste schuldvorderingen, *PbEG* 47 (2004) nr. L 143, p. 15.

15 Europese Commissie, Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van een Europese procedure voor geringe vorderingen, document COM (2005) 87 (def.) d.d. 15 maart 2005.

16 Verdrag betreffende de burgerlijke rechtsvordering, ‘s-Gravenhage, 1 maart 1954, *Trb.* 1954, 40.

17 Verdrag inzake de betekening en de kennisgeving in het buitenland van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke en in handelszaken, ‘s-Gravenhage, 15 november 1965, *Trb.* 1966, 91, en 1969, 55.

Haags Bewijsverdrag 1970¹⁸ – artikel 1 lid 1: ‘In burgerlijke en in handelszaken’.

Haags Verdrag toegang tot de rechter 1980¹⁹ – artikelen 1 lid 1, 18 en 19: ‘in burgerlijke en in handelszaken’.

Deze inventarisatie van het begrip burgerlijke en handelszaken in diverse voor de Nederlandse rechtstoepasser relevante IPR-instrumenten, volstaat om aan te tonen dat dit begrip een cruciale rol speelt bij de prealabele vraag of deze IPR-regimes in een concreet grensoverschrijdend geval wel of niet voor toepassing in aanmerking komen. Kort gezegd: slechts indien de voorliggende zaak kan worden aangemerkt als een burgerlijke of handelszaak in de zin van het relevante IPR-instrument, leent dit instrument zich voor toepassing in dit geval. Nog weer anders geformuleerd: een belangrijk deel van het IPR-instrumentarium verlangt een prealabele kwalificatie van de voorliggende zaak als burgerlijke of handelszaak.

3 DE BEVOEGDHEID TOT INTERPRETATIE

De bepalingen van de (in paragraaf 2 genoemde) IPR-instrumenten, inclusief het daarin steeds terugkerende begrip burgerlijke en handelszaken, vragen om interpretatie en toepassing in concrete gevallen. Interpretatie en toepassing zijn uiteraard toevertrouwd aan de nationale rechters. In het geval van de Europese IPR-instrumenten komt daar echter nog het Hof van Justitie bij. In deze paragraaf staan wij kort stil bij de interpretatiebevoegdheid van het Hof van Justitie. De armslag van het Hof ten aanzien van de Europese IPR-instrumenten wijkt immers af van die ten aanzien van het ‘gewone’ communautaire recht, waarop de ‘gewone’ prejudiciële procedure van art. 234 (= art. 177 oud) EG-verdrag van toepassing is.

Voor het EEX-verdrag van 1968, zoals dit door de vier (in paragraaf 2 genoemde) Toetredingsverdragen is gewijzigd, vindt de interpretatiebevoegdheid van het Hof haar grondslag in een speciaal Protocol van 1971, dat eveneens door de vier Toetredingsverdragen is gewijzigd.²⁰ Het in 1975 in werking getreden Protocol beperkt de mogelijkheid om prejudiciële vragen over de uitlegging van het EEX-verdrag te stellen, tot bepaalde ‘hogere’ rechtscolleges:

18 Verdrag inzake de verkrijging van bewijs in het buitenland in burgerlijke en in handelszaken, ‘s-Gravenhage, 18 maart 1970, *Trb.* 1979, 38.

19 Verdrag inzake de toegang tot de rechter in internationale gevallen, ‘s-Gravenhage, 25 oktober 1980, *Trb.* 1989, 114.

20 Protocol betreffende de uitlegging door het Hof van Justitie van het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, Luxemburg, 3 juni 1971, *PbEG* 18 (1971) nr. L 204, p. 28, *Trb.* 1971, 140. Zie, voor de geïntegreerde tekst van het Protocol (1971 + 1978 + 1982 + 1989 + 1996), *PbEG* 41 (1998) nr. C 27, p. 28.

in Nederland de Hoge Raad, de appelrechters en de rechtbank die kennis neemt van het verzet tegen het verlof tot tenuitvoerlegging (artikel 2). Voor de Hoge Raad geldt een 'vraagstellingsverplichting' (artikel 3 lid 1), voor de andere instanties een 'vraagstellingsbevoegdheid' (artikel 3 lid 2). De mogelijkheid van een prejudiciële vraagstelling door de procureur-generaal bij de Hoge Raad 'in het belang van een uniforme interpretatie' (art. 4) is een dode letter gebleven.

Sinds de inwerkingtreding van het Protocol van 1971 hebben de nationale rechters circa 150 vragen over de interpretatie van het EEX-verdrag aan het Hof van Justitie voorgelegd. Daarvan waren er ruim twintig afkomstig van de Nederlandse rechterlijke instanties.

Voor de EEX-verordening, de Europese Betekeningsverordening, de Europese Bewijsverordening en de EET-verordening ligt de situatie weer een slag anders. Deze Europese IPR-instrumenten zijn gebaseerd op art. 65 EG-verdrag, hetgeen meebrengt dat de rol van het Hof van Justitie bij de interpretatie daarvan wordt ingeperkt door art. 68 EG-verdrag. Laatstgenoemde bepaling stelt de prejudiciële procedure van art. 234 EG-verdrag slechts open voor de hoogste nationale rechters: in Nederland de Hoge Raad. Voor de Hoge Raad geldt dan wel weer een 'vraagstellingsverplichting'.

Inmiddels zijn de eerste prejudiciële vragen over deze recente IPR-verordeningen gesteld. Eén daarvan is afkomstig van de Hoge Raad.²¹

Voor het EVEX-verdrag – evenals, uiteraard, voor de Haagse verdragen – ontbreekt een supranationale instantie die voor de eenvormige interpretatie waakt. In een aan het EVEX toegevoegd Protocol alsmede twee bijbehorende Verklaringen wordt wel benadrukt dat het gewenst is dat de nationale rechters het EVEX-verdrag eenvormig interpreteren en dat zij rekening houden met elkaars EEX- en EVEX-rechtspraak. De Hoge Raad heeft daaruit inmiddels afgeleid dat het wenselijk is dat de Nederlandse rechters bij de uitlegging van het EVEX-verdrag rekening houden met de rechtspraak van het Hof van Justitie en van de nationale rechters over het EEX-verdrag.²²

4 ORIGINE EN TRAVAUX PRÉPARATOIRES VAN HET BEGRIIP BURGERLIJKE EN HANDELSZAKEN

De term burgerlijke en handelszaken is terug te vinden in het oudste bevoegdheids- en executieverdrag dat tussen (latere) EEX-staten is gesloten: het Frans-Belgisch verdrag van 1899.²³ Voor Nederland komt het begrip in ver-

21 HR 17 oktober 2003, NJ 2004, 267 (Leffler/Berlin Chemie).

22 HR 21 juni 2002, NJ 2002, 563 (Spray Network/Telenor Venture c.s.) (PV), AA 2003, p. 118 (MVP).

23 Zie, voor dit verdrag, de lijst vermeld in art. 55 EEX-verdrag. Zie tevens noot P. Scholten onder HR 16 maart 1931, NJ 1931, p. 689.

dragsverband reeds voor in een vrijwel gelijklopende bepaling in artikel 11 van het Nederlands-Belgisch verdrag van 1925.²⁴ De gedeelde *Code civil* achtergrond van deze drie landen doet vermoeden dat de tweedeling tussen burgerlijk recht enerzijds en handelsrecht anderzijds, zoals dat in het Franse materiële recht en de Franse rechterlijke organisatie nog steeds bestaat, van invloed is geweest op de opstelling van het verdragsbegrip. Noch deze verdragen noch andere, later gesloten overeenkomsten preciseren echter wat onder het begrip burgerlijke en handelszaken moet worden verstaan.²⁵

De belangrijkste onduidelijkheid met betrekking tot de reikwijdte van de term burgerlijke en handelszaken in deze en andere verdragen, was de vraag of civielrechtelijke beslissingen van strafrechters daaronder moesten worden begrepen. Hierover werd verschillend gedacht. In België en Frankrijk, waar van oudsher uitgebreide mogelijkheden bestaan voor civielrechtelijke schadevergoedingsvorderingen in het kader van strafrechtelijke procedures, werd deze vraag bevestigend beantwoord; in Nederland, waar de wetgever dergelijke mogelijkheden beperkt had gehouden, ontkennend.²⁶

Het EEX-verdrag van 1968 bevat voor dit specifieke probleem een duidelijke oplossing. In artikel 5 lid 4 biedt het EEX namelijk een expliciete regeling voor rechterlijke bevoegdheid ten aanzien van rechtsvorderingen tot schadevergoeding of teruggave gegrond op een strafbaar feit.²⁷ Meer in het algemeen geeft het EEX in artikel 1 aan dat de aard van het gerecht waarvoor het geding zich afspeelt, irrelevant is. Uit het toelichtend Rapport Jenard op het EEX van 1968 blijkt dat de verdragsopstellers hiermee doelden op civielrechtelijke beslissingen van zowel strafrechters als administratieve rechters en tribunalen.²⁸

Deze toelichting en de aangehaalde verdragstekst zijn kenmerkend voor de preoccupatie in de beginfase van het EEX. Vrijwel alle aandacht ging uit naar de problematiek van typisch civielrechtelijke geschillen voor niet-civielrechtelijke rechters. De conclusie op dit punt is duidelijk: dergelijke geschillen vallen onder het EEX. De vraag naar de definitie van civielrechtelijke geschillen – de problematiek die speelt bij de burgerlijke rechter zelf – bleef echter onbeantwoord. Zoals uit de hierna (in paragraaf 5) te behandelen jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt, is nu juist deze laatste vraag problematisch gebleken bij de uitleg van het EEX. Toen zij voor het eerst aan de orde kwam,

24 Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en het Koninkrijk België betreffende de territoriale rechterlijke bevoegdheid, betreffende het faillissement en betreffende het gezag en de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen, van scheidsrechterlijke uitspraken en van authentieke akten, Brussel, 28 maart 1925, *Stb.* 1929, 405. Dit verdrag is het op één na oudste bevoegdheids- en executieverdrag dat tussen latere EEX-staten werd gesloten.

25 Rapport van P. Jenard (m.b.t. EEX-verdrag 1968), *PbEG* 22 (1979) nr. C 59, p. 9, voetnoot 2.

26 Zie HR 16 maart 1931, *NJ* 1931, p. 689 (PS) en de daar aangehaalde jurisprudentie. Naar deze uitspraak wordt verwezen in Rapport Jenard, *supra* noot 25, p. 9, voetnoot 4. Nederland bevond zich met deze opvatting in een kleiner wordende minderheid.

27 Deze bepaling is gehandhaafd in artikel 5 lid 4 EEX-verordening.

28 Rapport Jenard, *supra* noot 25, p. 9-10.

in de LTU-zaak uit 1976,²⁹ beschikte het Hof van Justitie dan ook over bijzonder weinig materiaal om mee te werken.

Het toelichtend Rapport Schlosser, opgesteld bij de toetreding van Denemarken, het Verenigd Koninkrijk en Ierland tot het EEX in 1978, geeft aan waarom de definitievraag bij de opstelling van het EEX in 1968 en het Rapport Jenard niet is beantwoord. Het onderscheid tussen burgerlijke en handelszaken enerzijds en kwesties van publiekrecht anderzijds, aldus het Rapport Schlosser, was goed bekend in alle oorspronkelijke EG-lidstaten en werd, ondanks enkele gewichtige uitzonderingen, overal op dezelfde wijze gemaakt. Een aanvullende definitie werd daarom niet nodig geacht.³⁰ Met de toetreding van de twee *common law* jurisdicties, die traditioneel geen onderscheid maakten tussen privaatrecht en publiekrecht, was deze situatie echter gewijzigd.

Het Rapport Schlosser beperkt zich in dit verband overigens tot een kort rechtsvergelijkend onderzoek naar de reikwijdte en afbakening van het administratief recht³¹ in de verschillende rechtsstelsels en tot het noemen van wat het ziet als de belangrijkste problemen bij het vaststellen van een scheidslijn.³² Van deze problemen – te weten (i) de rol van het *contrat administratif* in het Franse recht, (ii) de keuzemogelijkheid voor overheden tussen instrumenten van privaats- en publiekrecht, en (iii) de relaties tussen overheidsinstellingen onderling – is alleen het tweede punt zijdelings relevant gebleken voor de jurisprudentie van het Hof.³³ Achteraf gezien bevatte ook het Rapport Schlosser weinig aanknopingspunten voor de interpretatie van het begrip burgerlijke en handelszaken.

Volledigheidshalve merken wij op dat noch de Rapporten die zijn opgesteld ten behoeve van de toetreding tot het EEX-verdrag van Griekenland³⁴ en Spanje en Portugal³⁵ noch het Rapport inzake het EVEX³⁶ nieuwe gezichtspunten ten behoeve van de interpretatie van het begrip burgerlijke en handelszaken bevatten.

29 HvJ EG 14 oktober 1976, *Jur.* 1976, p. 1541(29/76, LTU/Eurocontrol), *NJ* 1982, 95 (JCS).

30 Rapport van P. Schlosser (m.b.t. Eerste Toetredingsverdrag), *PbEG* 22 (1979) nr. C 59, p. 82.

31 Hiertoe aangespoord door het Hof van Justitie, dat in LTU/Eurocontrol, *supra* noot 29, r.o. 3, had geoordeeld dat het begrip burgerlijke en handelszaken van artikel 1 EEX moet worden ingevuld, onder andere, volgens 'de algemene beginselen die in alle nationale rechtsstelsels te zamen worden gevonden'.

32 Rapport Schlosser, *supra* noot 30, p. 83-84.

33 Over het *contrat administratif*, dat volgens het Rapport Schlosser het voornaamste punt van onderscheid tussen de continentaalrechtelijke systemen op dit gebied vormt, zijn tot op heden geen vragen gesteld aan het Hof van Justitie.

34 Rapport van D.I. Evrigenis (en K.D. Kerameus) (m.b.t. Tweede Toetredingsverdrag), *PbEG* 29 (1986) nr. C 298, p. 1.

35 Rapport van M. de Almeida Cruz, M. Desantes Real en P. Jenard (m.b.t. Derde Toetredingsverdrag), *PbEG* 33 (1990) nr. C 189, p. 35.

36 Rapport van P. Jenard en G. Möller (m.b.t. EVEX-verdrag), *PbEG* 33 (1990) nr. C 189, p. 57.

5 DE RECHTSPRAAK VAN HET HOF VAN JUSTITIE OVER HET BEGRIIP BURGERLIJKE EN HANDELSZAKEN

5.1 Het autonome criterium ‘handelen krachtens overheidsbevoegdheid’

In een serie uitspraken, beginnend met *LTU/Eurocontrol* uit 1976, en voorlopig eindigend met *Frahuil/Assitalia* uit 2004, heeft het Hof van Justitie vorm gegeven aan het begrip burgerlijke en handelszaken in artikel 1 lid 1 EEX-verdrag. Figuur 1 bevat een overzicht van deze uitspraken.

Figuur 1: Overzicht uitspraken Hof van Justitie

Naam	Datum	Zaaknummer	Vindplaatsen
LTU/Eurocontrol	14 oktober 1976	29/76	Jur. 1976, p. 1541; NJ 1982, 95 (JCS)
Staat/Rüffer	16 december 1980	814/79	Jur. 1980, p. 3807; NJ 1982, 97 (JCS); S&S 1981, 46
Sonntag/Waidmann	21 april 1993	C0172/91	Jur. 1993, p. I-1963; NJ 1995, 207
VKI/Henkel	1 oktober 1992	C-167/00	Jur. 2002, p. I-8111; NJ 2005, 221 (PV)
Steenbergen/Baten	14 november 2002	C-271/00	Jur. 2002, p. I-10489; NJ 2003, 598 (PV); AA 2003, p. 676 (MVP)
PFA/Staat	15 mei 2003	C-266/01	Jur. 2003, p. I-4867; NJ 2005, 65 (PV); AA 2003, p. 676 (MVP); S&S 2004, 26
Bayern/Blijdenstein	15 januari 2004	C-433/01	NIPR 2004, 143
Frahuil/Assitalia	5 februari 2004	C-265/02	NJ 2005, 66 (PV); S&S 2004, 81

Al deze uitspraken hadden betrekking op de afbakening van de materiële reikwijdte van het EEX ten opzichte van bestuursrechtelijke geschillen; een probleem dat, zoals wij in paragraaf 4 signaleerden, nu juist weinig aandacht had gekregen bij de opstelling van het EEX. De grote lijnen voor deze afbakening werden door het Hof van Justitie al direct uitgezet in *Eurocontrol*. De aanpak van het Hof van Justitie bestaat uit twee hoofdelementen: (1) het begrip burgerlijk en handelszaken vormt een autonoom criterium, en (2) beslissend is of door één of meer partijen is gehandeld ‘krachtens overheidsbevoegdheid’.

In *Eurocontrol* ging het om de vraag of de tenuitvoerlegging in Duitsland van een Belgische uitspraak, waarbij een vordering van Eurocontrol tot betaling door een Duitse luchtvaartmaatschappij van verplichte heffingen was toegewe-

zen, viel onder de materiële reikwijdte van het EEX.³⁷ Om de ‘grootst mogelijke gelijkheid en eenvormigheid van de rechten en verplichtingen die voor de verdragsluitende staten en de belanghebbende personen uit dit Verdrag voortvloeien’ te verzekeren,³⁸ koos het Hof van Justitie allereerst voor een autonome interpretatie van de term burgerlijke en handelszaken. Dit autonome begrip moet dan worden uitgelegd ‘aan de hand van, enerzijds, de doelen en het stelsel van het Executieverdrag en, anderzijds, de algemene beginselen die in alle nationale rechtssystemen te zamen worden gevonden’.³⁹ Uit de doelen en het stelsel van het EEX en de algemene beginselen die de nationale rechtssystemen gemeen hebben, destilleert het Hof vervolgens de autonome maatstaf dat niet van burgerlijke of handelszaken sprake kan zijn ‘wanneer de overheidsinstantie krachtens overheidsbevoegdheid handelt’.⁴⁰ In latere arresten heeft het Hof deze toets steeds toegepast en de precisering toegevoegd dat van handelen krachtens overheidsbevoegdheid sprake is wanneer gebruik wordt gemaakt van bevoegdheden die afwijken van ‘het gemene recht’.⁴¹

Aldus kunnen wij constateren dat het Hof heeft gekozen voor een autonoom criterium op grond waarvan niet van burgerlijke of handelszaken sprake kan zijn in geschillen tussen een overheidsinstantie en een particulier, indien de overheidsinstantie handelt krachtens overheidsbevoegdheid, gedefinieerd als het gebruik maken van bevoegdheden die afwijken van het gemene recht. Hoewel vernieuwend en verhelderend lieten deze keuzes een aantal belangrijke vragen onbeantwoord die weer tot nieuwe uitspraken van het Hof leidden.

In de eerste plaats blijkt uit *Eurocontrol* niet of aan het begrip *overheidsinstantie* zelfstandige betekenis moet worden toegekend en, zo ja, in welke zin. Wat is het belang van de status van de procespartijen?

In de tweede plaats is onduidelijk welk overheidsoptreden het aangrijppingspunt voor het ‘handelen krachtens overheidsbevoegdheid’ vormt. Vaak omvat het overheidsoptreden diverse gedragingen, waardoor niet aanstonds duidelijk is naar welke gedraging precies moet worden gekeken.

In de derde plaats rijst de vraag naar de inhoud van het begrip ‘krachtens overheidsbevoegdheid’. Aan de hand van welke maatstaf moet worden bepaald of de overheidsinstantie inderdaad heeft gehandeld op grond van bevoegdheden die ‘afwijken van het gemene recht’. Vertaald naar de terminologie van het Hof van Justitie: moet ook het begrip ‘gemene recht’ autonoom worden geïnterpreteerd of houdt het een verwijzing in naar regels van nationaal recht?

Deze drie vragen bespreken wij in de volgende subparagrafen.

37 LTU/*Eurocontrol*, r.o. 2.

38 LTU/*Eurocontrol*, r.o. 3. Zie, in dezelfde zin, HvJ EG 14 juli 1977 (9 en 10/77, *Bavaria en Germanair/Eurocontrol*), *Jur.* 1977, p. 1517, *NJ* 1977, 611, r.o. 4.

39 LTU/*Eurocontrol*, r.o. 3.

40 LTU/*Eurocontrol*, r.o. 4.

41 *Steenbergen/Baten*, r.o. 36.

5.2 De status van de procespartijen: ‘geschillen tussen een overheidsinstantie en een particulier’

In *Eurocontrol* formuleerde het Hof van Justitie het afbakeningscriterium voor burgerlijke en handelszaken ten opzichte van bestuursrechtelijke zaken specifiek voor de klassieke situatie van een geschil tussen een ‘overheidsinstantie’ en een particulier. In de uitspraak verwees het Hof van Justitie met zoveel woorden naar het publiekrechtelijke karakter van Eurocontrol als organisatie.⁴² Daarmee rijst de vraag of aan het publiekrechtelijke karakter van een procespartij of aan haar kwalificatie als overheidsinstantie betekenis toekomt naast de toetsing van haar concrete handelen. Deze vraag is van praktische betekenis,

Figuur 2: Overzicht casusposities

Partijen	Eiser	Verweerder	Type zaak	Eiser bepleit	Resultaat*
LTU/Eurocontrol	Overheid	Particulier	Betaling heffing	Overheid bepleit toepassing (exec)	niet-Civ.
Staat/Rüffer	Overheid	Particulier	Terugvordering	Overheid bepleit toepassing art. 5(3)	Niet-Civ.
Sonntag/Waidmann	Particulier	‘Overheid’ (?) (leraar)	Overheidsaanspr.	Particulier bepleit toepassing (exec)	Civ.
VKI/Henkel	‘Particulier’ (?) (privaatr. Org.)	Particulier	Actie Consumentenorg.	Interveniërende regering VK bepleit niet-toepassing	Civ.
Steenbergen/Baten	Overheid	Particulier	Terugvordering	Overheid bepleit toepassing (exec)	Civ., mits...
PFA/Staat	Overheid	Particulier	Betaling heffing	Overheid bepleit niet-toepassing	Civ., mits...
Bayern/Blijdenstein	Overheid	Particulier	Terugvordering	Overheid bepleit toepassing art. 5(2)	Civ., mits...
Frahuil/Assitalia	Particulier	Particulier	Particulier geschil	Particulier bepleit toepassing art. 5(1)	Civ.

* In deze kolom betekent ‘niet-Civ’ dan wel ‘Civ’ een kwalificatie van de zaak als ‘(niet) burgerlijke of handelszaak’

omdat ook anderen dan de traditionele overheidsinstanties in sommige gevallen kunnen handelen op grond van bevoegdheden die niet aan alle particulieren toekomen. Vanuit theoretisch oogpunt is deze vraag interessant, omdat aanvaarding van een zelfstandige betekenis van de kwalificatie ‘overheidsinstantie’ het bestaan van een (relatief) autonoom begrip impliceert.

42 LTU/Eurocontrol, r.o. 4.

In Figuur 2 geven wij een opsomming van de casusposities, de aard van de geschillen en de globale uitkomst van de arresten genoemd in Figuur 1.

Opvallend in dit overzicht is (i) dat in nagenoeg alle gevallen een klassieke nationale of internationale overheidsinstantie tegenover een particulier stond en (ii) dat de kwalificatie van de overheidsinstantie niet ter discussie stond. De mogelijke probleemgevallen vanuit dit perspectief zijn *Sonntag/Waidmann*, *VKI/Henkel* en *Frahuil/Assitalia*.

Sonntag betrof de potentiële aansprakelijkheid van een leraar wegens nalatigheid.⁴³ Het Hof van Justitie oordeelde dat voor de vraag of er sprake was van ‘een overheidsinstantie die krachtens overheidsbevoegdheid heeft gehandeld’ ‘niet doorslaggevend is, of de leraar ambtenaar is en als zodanig optreedt’. Een ambtenaar handelt immers, aldus het Hof, niet altijd krachtens overheidsbevoegdheid.⁴⁴ Uit deze overwegingen lijkt te volgen dat de status van overheidsinstantie in abstracte zin weliswaar niet een voldoende, maar wellicht wel een noodzakelijke voorwaarde is voor toepassing van het criterium ‘krachtens overheidsbevoegdheid’.

In *VKI/Henkel* had een consumentenorganisatie een geding aangespannen tegen een handelaar op grond van een wettelijke bepaling die het aanspannen van dit type procedures enkel mogelijk maakte voor een reeks met name genoemde belangengroeperingen.⁴⁵ De vraag naar de toepasselijkheid van het EEX werd opgeworpen door de interveniërende Britse regering. Het Hof van Justitie wees erop dat VKI een privaatrechtelijk orgaan was. Daaraan voegde het Hof van Justitie toe: ‘*bovendien* houdt het hoofdgeding [= de procedure tussen VKI en Henkel] ... geen verband met de uitoefening van overheidsbevoegdheid’ (onze cursivering). Immers, VKI maakte geen gebruik van bevoegdheden die afweken van het gemene recht.⁴⁶ Ook hier lijkt dus een beperkte zelfstandige rol te zijn weggelegd voor de kwalificatie van de procespartijen.

Frahuil/Assitalia, ten slotte, zag op een geschil tussen twee privaatrechtelijke rechtspersonen, dat voortvloeide uit de rechtsbetrekkingen van één van hen met een overheidsinstantie.⁴⁷ Ook hier verwees het Hof van Justitie naar de privaatrechtelijke aard van de procespartijen alvorens in te gaan op de vraag of zij hadden gehandeld op grond van bevoegdheden die vielen ‘buiten het bestek ... van de regels die gelden voor betrekkingen tussen particulieren’.⁴⁸

De onderzochte zaken laten zien dat het Hof van Justitie er niet aan komt om iets te zeggen over de abstracte kwalificatie van de procespartijen, zulks naast de toets van hun concrete handelen. Deze aanpak was onproblema-

43 *Sonntag/Waidmann*, r.o. 13.

44 *Sonntag/Waidmann*, r.o. 20-21.

45 *VKI/Henkel*, r.o. 10-17.

46 *VKI/Henkel*, r.o. 30.

47 *Frahuil/Assitalia*, r.o. 19.

48 *Frahuil/Assitalia*, r.o. 21.

tisch in de vroege zaken, waarin het Hof van Justitie ‘traditionele’ gevallen kreeg voorgeschied. Inmiddels wordt men in Luxemburg echter regelmatig geconfronteerd met gevallen die afwijken van het traditionele model. De kwalificatie van een leraar aan een openbare school, een consumentenorganisatie of andere instellingen met bijzondere bevoegdheden, is uiteraard veel complexer dan die van organisaties ingesteld bij verdrag – zoals in *Eurocontrol* – of van nationale overheden – zoals in *Staat/Rüffer*. Voorts laat de jurisprudentie zien dat het Hof van Justitie, wanneer het belang hecht aan de status van de betrokken procespartijen, zich dienaangaande een oordeel vormt aan de hand van de kwalificatie publiekrechtelijk of privaatrechtelijk *naar nationaal recht*. Zoals hieronder (in paragraaf 5.4) zal blijken wijkt dit gedeeltelijk af van de toets die voor het *handelen* krachtens overheidsbevoegdheid wordt aangelegd.

5.3 Het aangrijpingspunt voor de toetsing van het ‘handelen krachtens overheidsbevoegdheid’

In paragraaf 5.1 constateerden wij dat er volgens het Hof van Justitie geen sprake is van een burgerlijke of handelszaak in de zin van artikel 1 EEX, indien door een der partijen krachtens overheidsbevoegdheid is gehandeld. De vraag naar het precieze handelen waarop dit criterium moet worden toegepast, beschouwen wij als een zoektocht naar het *aangrijpingspunt* voor de toetsing van het handelen krachtens overheidsbevoegdheid.

Het overzicht in Figuur 2 laat zien dat in de aan het Hof van Justitie voorgelegde zaken vrijwel steeds een overheidsinstantie als *eiseres* optrad.⁴⁹ Alleen *Sonntag/Waidmann* betrof een vordering van een particulier tot vergoeding van schade veroorzaakt door een (beweerdelijke) overheidsinstantie. Geschillen over de contractuele aansprakelijkheid van de overheid – bijvoorbeeld met betrekking tot *contrats publics* naar Frans recht – ontbreken geheel,⁵⁰ evenals geschillen over overheidsaansprakelijkheid in ruime zin, op grond van beginselen als proportionaliteit en – wederom naar Frans recht – *égalité devant les charges publiques*.

De casusposities in de uitspraken zijn belangrijk, omdat zij de toepassing van het criterium ‘handelen krachtens overheidsbevoegdheid’ sturen. Daarmee bedoelen wij het volgende.

49 Frahuil/Assitalia betrof een geschil tussen twee ondernemingen, waarvan een zich als borg jegens een overheidsinstantie had verbonden voor de douanerechten die de andere onderneming was verschuldigd.

50 Zie Cour administrative d’appel de Nantes 15 april 1999, *Revue de jurisprudence de droit des affaires* 1999, p. 929-930, voor een dergelijk geval bij de nationale (Franse) rechter. Hier betrof het echter een geschil tussen particuliere onderaannemers van een publiek werk.

In een geding waarbij een overheidsinstantie als gedaagde is betrokken, kan ‘handelen krachtens overheidsbevoegdheid’ enkel betrekking hebben op het oorspronkelijke handelen of nalaten dat aanleiding heeft gegeven tot het geschil. *Sonntag/Waidmann* is, zoals gezegd, het enige voorbeeld van een dergelijke zaak in de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Sonntag was een Duitse schoolleraar die tijdens een excursie in Italië nalatig zou zijn geweest in zijn toezicht op de scholieren, als gevolg waarvan één van hen was verongelukt. In de Italiaanse strafrechtelijke procedure was aan de ouders en de broer van de verongelukte leerling een civiele schadevergoeding toegewezen en de vraag rees of dit deel van de beslissing krachtens het EEX voor tenuitvoerlegging in Duitsland in aanmerking kwam.⁵¹ Bij de toepassing van het criterium ‘krachtens overheidsbevoegdheid’ richtte het Hof van Justitie zijn blik op de uitoefening van de toezichthoudende taken door Sonntag; het enige ‘handelen’ dat voor toetsing in aanmerking kwam. Onder verwijzing naar *Eurocontrol* en *Staat/Rüffer* onderzocht het Hof van Justitie of ‘de veroorzaker van de schade moet worden aangemerkt als een overheidsinstantie die krachtens overheidsbevoegdheid heeft gehandeld’ (onze cursivering),⁵² welke vraag het Hof van Justitie ontkennend beantwoordde.

In een geding waarbij een overheidsinstantie als eiser optreedt, is het aangrijpingspunt problematischer. In dergelijke gevallen behelst het instellen van de vordering zelf reeds een handelen dat wellicht krachtens overheidsbevoegdheid geschiedt, zulks naast de onderliggende overheidsprestatie waarop de vordering in rechte betrekking heeft. De vraag rijst dan welk van beide elementen van het overheidsoptreden – de processuele handeling dan wel de onderliggende overheidsprestatie – het aangrijpingspunt dient te vormen. Het Hof van Justitie heeft voor deze kwestie een aantal algemene factoren geformuleerd die in hun abstracte formulering echter weinig verhelderend zijn.⁵³ Ter verduidelijking tonen wij in Figuur 3, voor de zaken waarin een (beweerdelijke) overheidsinstantie als eiseres optrad, de elementen waarop het Hof van Justitie het criterium ‘handelen krachtens overheidsbevoegdheid’ heeft toegepast, zulks niet alleen in hun abstracte omschrijving, maar ook in hun concrete uitwerking in de omstandigheden van het geval.

51 Sonntag/Waidmann, r.o. 2-5.

52 Sonntag/Waidmann, r.o. 20.

53 Zie tevens C.G. van der Plas, *De taak van de rechter en het IPR*, Deventer: Kluwer 2005, p. 337-338 en p. 345.

Figuur 3: Aangrijpingspunten voor de toetsing

Zaak	Abstracte omschrijving	Concreet aangrijpingspunt
LTU/ Eurocontrol	- 'aard van de tussen partijen bestaande rechtsbetrekkingen' en 'voorwerp van het geschil'	- inhoud onderliggende overheidsprestatie (= verplicht en exclusief gebruik diensten overheidslichaam) - bijkomend: procedure voor inning (= vordering) (= i.c. eenzijdig opgelegd; procedure zelf wel volgens civiele recht)
Staat/Rüffer	- 'in hoofdzaak: aard van de rechtsbetrekkingen tussen de procespartijen' en 'onderwerp van hun geschil' - 'vorderingsrecht dat zijn oorsprong vindt in een overheidshandeling' volstaat	- onderliggende overheidsprestatie (= opruiming wrak o.g.v. publiekrechtelijke verplichting)
VKI/Henkel	- 'aard van de rechtsbetrekkingen tussen partijen' en 'voorwerp van het geschil'	- 'de vordering': 'privaatrechtelijke betrekkingen' (tussen handelaren en consumenten)
Steenbergen/ Baten	- 'aard van de tussen partijen bestaande rechtsbetrekkingen' en 'voorwerp van het geschil' - 'dus': 'onderzoek naar grondslag en wijze van instellen van deze vordering'	- grondslag: 'condities voor ontstaan vorderingsrecht' (= bestaan wettelijk onderhoudsplichtige) - 'wijze van instelling verhaalsvordering' (= i.c. volgens burgerlijke rechtsvordering)
PFA/Staat	- 'aard van de tussen partijen bestaande rechtsbetrekkingen' en 'voorwerp van het geschil' - 'dus': 'de grondslag en de wijze van instellen van de vordering'	- grondslag: inhoud rechtsbetrekking Staat/PFA (= rechten en verplichtingen uit borgtocht, <i>niet</i> : de aard van de oorspronkelijke overheidsprestatie, waarvoor ter verzekering van betaling de borgtocht is aangegaan) - ook: omstandigheden waaronder PFA de rechtsbetrekking is aangegaan
Bayern/ Blijdenstein	- 'grondslag en de wijze van instellen van vordering'	- regels omtrent de subrogatie van de <i>Länder</i> in de rechten van de onderhoudsgerechtigde

Uit dit overzicht blijkt dat de abstracte formulering van de relevante factoren in grote mate gelijk is gebleven. Telkens terugkerende aanknopingspunten zijn 'de aard van de rechtsbetrekking tussen partijen' en 'het voorwerp van het geschil', beide reeds geformuleerd in *Eurocontrol*. In het arrest *Steenbergen/Baten* merkt het Hof van Justitie echter voor het eerst op dat voor de toepassing van deze aanknopingspunten 'dus de grondslag en de wijze van instellen van [de] vordering [moeten] worden onderzocht' (onze cursivering).⁵⁴ Hoewel ook na *Steenbergen/Baten* de oude factoren 'aard van de rechtsbetrekking' en 'voorwerp van het geschil' steeds worden herhaald, is in de concrete toepassing door het Hof van Justitie een belangrijke ontwikkeling zichtbaar.

54 Steenbergen/Baten, r.o. 31.

In *Eurocontrol* en *Staat/Rüffer*, de twee vroege uitspraken, keek het Hof van Justitie naar het oorspronkelijke overheidsoptreden dat aan het geschil ten grondslag lag. In *Eurocontrol* betrof dat de door deze organisatie verrichtte prestaties ten behoeve van het luchtverkeer; in *Staat/Rüffer* de wrakopruiming die de Staat der Nederlanden op grond van een volkenrechtelijke verplichting had uitgevoerd. De ‘wijze van instellen van de vordering’ speelde in deze zaken een ondergeschikte rol. In *Eurocontrol* was ‘temeer’ niet van een burgerlijke of handelszaak sprake nu ‘de inningsprocedures eenzijdig aan de gebruikers worden opgelegd’.⁵⁵ Hier was dus hoogstens sprake van een bijkomende factor. Bovendien blijkt uit de uitspraak dat de eenzijdige vaststelling waar het Hof van Justitie op doelde, had plaatsgevonden door middel van een, ook in commerciële relaties toegestane, ‘indirecte forumkeuze’, en wel doordat Eurocontrol in zijn betalingsvoorwaarden betaling van de bijdragen in haar plaats van vestiging had gestipuleerd. Uit *Staat/Rüffer* blijkt het aangrijpen bij het onderliggende overheidshandelen nog duidelijker, nu het Hof van Justitie in die zaak spreekt over ‘een vorderingsrecht dat zijn oorsprong vindt in een overheidshandeling’.⁵⁶

In *Steenbergen/Baten* zocht de gemeente Steenbergen verhaal op Baten voor bedragen die de gemeente had uitgekeerd in het kader van sociale bijstand aan de gescheiden echtgenoot en het kind van Baten.⁵⁷ Volgens de in *Eurocontrol* en *Staat/Rüffer* gevolgde lijn zou de aard van het onderliggende overheidshandelen het relevante aangrijpingspunt vormen. En waar de gemeente de oorspronkelijke uitkeringen had verstrekt op basis van een publiekrechtelijke verplichting, zou het EEX dan niet van toepassing zijn. Het Hof van Justitie sloeg echter een andere weg in: onder handhaving van de *Eurocontrol*-factoren ‘de aard van de tussen partijen bestaande rechtsbetrekkingen’ en ‘het voorwerp van het geschil’ bleek nu betekenis toe te komen aan ‘de grondslag en de wijze van instellen van deze vordering’.⁵⁸ Bij ‘de grondslag van de vordering’ ging het daarbij kennelijk om de mogelijkheid van verhaal, *gegeven* de situatie dat op basis van een publiekrechtelijke verplichting een uitkering was gedaan. De ‘wijze van instellen van de vordering’ zag op het procedurele kader waarbinnen de gemeente de vordering had ingesteld: in dit geval de regels van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.⁵⁹ Uit het arrest blijkt dat het niet van belang is of de overheidsinstantie zich van meet af aan bevond in een situatie waarin particulieren zich niet zouden kunnen bevinden. De gemeente had immers een typische overheidshandeling verricht – een uitkering gedaan – en kon zich beroepen op een wettelijk verhaalsrecht dat per definitie

⁵⁵ LTU/Eurocontrol, r.o. 4.

⁵⁶ Staat/Rüffer, r.o. 15. Zie ook de Conclusie van A-G Warner voor Staat/Rüffer, die uitgebreid ingaat op de regeling van wrakopruiming in de lidstaten.

⁵⁷ Steenbergen/Baten, r.o. 2.

⁵⁸ Steenbergen/Baten, r.o. 31.

⁵⁹ Steenbergen/Baten, r.o. 32 -33.

alleen aan een dergelijk uitkerend orgaan toekomt. Beslissend was of de gemeente, gegeven deze situatie, zich kon beroepen op rechten en bevoegdheden die niet aan particulieren in vergelijkbare situaties zouden toekomen.⁶⁰

Eenzelfde keuze maakte het Hof van Justitie in *PFA/Staat*. In deze zaak meende Advocaat-Generaal Léger dat de vordering van de Staat der Nederlanden vanwege haar 'onderwerp' buiten het toepassingsgebied van het EEX diende te vallen.⁶¹ Het betrof hier een vordering van een overheidsinstantie jegens een onderneming tot betaling uit hoofde van een borgtochtovereenkomst die partijen waren aangegaan ter verzekering van de betaling van douaneschulden van een derde. Het 'onderwerp' van het geding was daarmee volgens A-G Léger de inning van douanerechten en de arresten *Eurocontrol* en *Staat/Rüffer* waren zijns inziens 'perfect toepasbaar' op de omstandigheden van *PFA/Staat*.⁶² Het arrest *Steenbergen/Baten*, op de valreep nog meegenomen door A-G Léger, zou niet tot een andere uitkomst dienen te leiden. Anders dan in *Steenbergen/Baten*, waar een 'civielrechtelijke vordering' aan de orde was geweest, ging het nu immers om een – expliciet uitgesloten – douanezaak.⁶³ Het Hof van Justitie trekt de in *Steenbergen/Baten* ingezette lijn echter door en richt zijn blik in *PFA* niet op het oorspronkelijke overheidshandelen – in dit geval de verlening van de bevoegdheid om zogeheten *carnets TIR* uit te geven – maar op de 'puur privaatrechtelijke' rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de aangegane borgtochtovereenkomst.⁶⁴ In *Bayern/Blijdenstein*, ten slotte, wordt de keuze uit *Steenbergen/Baten* in vergelijkbare omstandigheden nogmaals bevestigd.⁶⁵

Dit overzicht van de arresten laat een ontwikkeling zien in de keuze voor het aangrijppingspunt dat voor toetsing aan het criterium 'krachtens overheidsbevoegdheid' wordt gehanteerd. Met de kanttekening dat de oudere zaken *Eurocontrol* en *Staat/Rüffer* tegenwoordig wellicht op een andere manier zouden worden beslist,⁶⁶ kan het geldende recht als volgt worden weergegeven.

Bij procedures aanhangig gemaakt door een (beweerdelijke) overheidsinstantie, is beslissend welke bevoegdheden deze overheidsinstantie inzet bij het instellen van de vordering. De aard van het onderliggende overheidsoptreden – zoals in *Eurocontrol* en *Staat/Rüffer* is daarbij irrelevant.

60 *Steenbergen/Baten*, r.o. 34-37.

61 Conclusie A-G Léger voor *PFA/Staat*, paragraaf 40.

62 Conclusie A-G Léger voor *PFA/Staat*, paragraaf 38.

63 Conclusie A-G Léger voor *PFA/Staat*, paragraaf 48-50. Het Hof van Justitie deed op 14 november 2002 uitspraak in *Steenbergen/Baten*; de Conclusie van A-G Léger voor *PFA/Staat* is genomen op 5 december 2002.

64 *PFA/Staat*, r.o. 30-36.

65 *Bayern/Blijdenstein*, r.o. 20-21. Zie tevens *Frahuil/Assitalia*, r.o. 20-21.

66 Zo zou de centrale vraag in *Staat/Rüffer* thans niet meer luiden: 'Op grond van welke bevoegdheden en verplichtingen handelde de Nederlandse overheid bij de berging van het wrak?' maar: 'In hoeverre wijkt de verhaalsbevoegdheid van de overheid op een aansprakelijke scheepsbestuurder of eigenaar af van de verhaalsmogelijkheden van particulieren?'.

Indien een overheidsinstantie als verweerder optreedt, is in ieder geval van belang of het handelen of nalaten waarvoor de overheidsinstantie in rechte wordt betrokken, geschiedde krachtens overheidsbevoegdheid. Een vordering gebaseerd op delictuele aansprakelijkheid – zoals in *Sonntag/Waidmann* – zou in beginsel als burgerlijke of handelszaak moeten worden gezien. Een vordering jegens een overheidsinstantie uit hoofde van contractuele aansprakelijkheid valt uitsluitend buiten de reikwijdte van het EEX – zo zouden wij willen bepleiten – indien de overheid specifiek aansprakelijk wordt gesteld voor het gebruik van een typische overheidsbevoegdheid.⁶⁷

Minder duidelijk is een procedure inzake overheidsaansprakelijkheid voorzover deze stoelt op gronden die afwijken van het gemene recht. Daarbij tekenen wij direct aan dat de vraag wat onder dit ‘gemene recht’ moet worden verstaan pas in paragraaf 5.4 aan de orde komt. In dergelijke gevallen zal vrijwel altijd sprake zijn van onderliggend ‘typisch’ overheidshandelen, zodat de vordering ook bij hantering van dat aangrijpingspunt buiten de reikwijdte van het EEX zou vallen.⁶⁸ Het lijkt echter zuiverder om, naar analogie met het scenario van de eisende overheidsinstantie, ook hier de blik te richten op de grondslag en de wijze van instellen van de vordering, in dit geval door de burger of onderneming. Deze burger of onderneming zal uiteraard niet ‘krachtens overheidsbevoegdheid’ handelen, maar het is goed denkbaar dat de vordering wordt ingesteld op basis van regels en beginselen die (te zeer) afwijken van het gemene onrechtmatigedaadsrecht. In dat scenario valt de vordering buiten het door het EEX bestreken terrein.

5.4 De autonomie van de elementen ‘krachtens overheidsbevoegdheid’ en ‘bevoegdheden die afwijken van het gemene recht’

Het Oberlandesgericht Düsseldorf, de rechter die in *Eurocontrol* een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie voorlegde, had de mogelijkheid van een autonome interpretatie van het begrip burgerlijke en handelszaken in het geheel niet voorzien. Sterker: de prejudiciële vraag was geformuleerd als een keuze tussen een kwalificatie van dit begrip naar het recht van de Staat waarin op de vordering was beslist – hier: België – en een kwalificatie daarvan naar het recht van de Staat waar verlof tot tenuitvoerlegging moest worden verleend – hier: Duitsland.⁶⁹ Een dergelijke *directe* verwijzing naar het nationale recht

67 Hierbij valt de te denken aan de bijzondere wijzigingsbevoegdheid van de kant van de overheid bij *contrats publics* naar Frans recht.

68 Hierbij valt te denken aan compensatieverplichtingen bij de belastende aanleg van publieke werken. Overigens mag het onderscheid tussen procedures ten overstaan van de burgerlijke rechter en die ten overstaan van administratieve tribunalen op grond van de tekst van art. 1 EEX in beginsel geen rol spelen.

69 LTU/Eurocontrol, r.o. 1.

werd door het Hof van Justitie resoluut van de hand gewezen.⁷⁰ De hiervoor (in paragraaf 5.1) besproken elementen 'krachtens overheidsbevoegdheid' en 'bevoegdheden die afwijken van het gemene recht', die figureren binnen het autonome begrip burgerlijke en handelszaken, laten echter wel ruimte over voor een *indirecte* verwijzing naar het nationale recht. De vraag is nu hoe autonoom de elementen 'krachtens overheidsbevoegdheid' of 'bevoegdheden die afwijken van het gemene recht' zijn. Ter beantwoording van deze vraag bevat Figuur 4 een overzicht van de invloed van regels van nationaal recht bij de concrete toetsing door het Hof van Justitie.

Figuur 4: Toetsing 'bevoegdheden die afwijken van het gemene recht'

Zaak	Concreet aangrijpingspunt	Toetsing
LTU/Eurocontrol	- onderliggend overheidshandelen (prestaties geleverd door Eurocontrol)	- <i>autonoom</i> : verplicht en exclusief gebruik overheidsinstallaties
Staat/Rüffer	- onderliggend overheidshandelen (prestaties geleverd door Staat)	- <i>nationaal recht</i> : 'krachtens overheidsbevoegdheid' want verplichting neergelegd in wettelijke bepaling ...' - <i>autonoom</i> : '...overigens in overeenstemming met de algemene beginselen uit de nationale rechtsstelsels' (AG Warner: 'Nederland staat alleen met vordering uit od')
Sonntag/Waidmann	- onderliggend overheidshandelen (gedrag toezichhoudende leraar)	- <i>autonoom</i> : 'in de meeste lidstaten' kwalificatie privaatrechtelijk, vergelijking met eerdere arresten van het Hof over bevoegdheden leraren, nationaal recht heeft 'geen invloed op kwalificatie'
VKI/Henkel	- onderwerp (rechtsverhoudingen ten aanzien waarvan wordt geaangeerd: consumententransacties)	- <i>nationaal recht(?)</i> : de aanhangige vordering betreft verbod voor handelaars om in overeenkomsten met consumenten oneerlijke bedingen te gebruiken en heeft tot doel rechterlijke toetsing van privaatrechtelijke betrekkingen

⁷⁰ LTU/Eurocontrol, r.o. 3. Zie, in dezelfde zin, HvJ EG 14 juli 1977 (9 en 10/77, Bavaria en Germanair/Eurocontrol), *Jur.* 1977, p. 1517, *NJ* 1977, 611, r.o. 4.

Zaak	Concreet aangrijpingspunt	Toetsing
Steenbergen/Baten	- grondslag en wijze van instellen vordering (condities voor ontstaan vorderingsrecht en regels over instellen vordering)	- grondslag: <i>nationaal recht</i> : verwijzing naar Abw en BW (‘civielrechtelijke regels’) en naar uitzondering in Abw - wijze van instellen: <i>nationaal recht</i> : verwijzing naar Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering - algemeen: <i>nationaal recht</i> : ‘een verhaalsvordering die gebaseerd is op bepalingen waarmee de wetgever het overheidsorgaan een eigen recht heeft verleend’
PFA/Staat	- grondslag en wijze van instellen vordering (condities voor ontstaan vorderingsrecht en regels over instellen vordering)	- grondslag: <i>autonoom</i> : definitie borgtochtovereenkomst a.d.h.v. algemene beginselen uit de rechtsorden van de lidstaten - <i>autonoom</i> : omstandigheden waaronder PFA rechtsbetrekking is aangegaan (vrijwilligheid) - <i>nationaal recht</i> : afstand gedaan van aantal bepalingen uit BW; daarbij echter niet gebruikelijke vrijheid partijen overschreden - algemeen: <i>autonoom</i> : ‘de op particulieren toepasselijke regels’
Bayern/Blijdenstein	- grondslag en wijze van instellen vordering (condities voor ontstaan vorderingsrecht en regels over instellen vordering)	- <i>nationaal recht</i> : nationale wetgeving omtrent subrogatie Länder (i.c. beheerst door het privaatrecht)

Ook dit overzicht laat een belangrijke ontwikkeling in de rechtspraak van het Hof van Justitie zien. In *Eurocontrol*, *Staat/Rüffer* en *Sonntag/Waidmann* kwalificeerde het Hof van Justitie het overheidsoptreden aan de hand van autonome maatstaven en gaat het op zoek naar een autonome omschrijving van ‘typisch’ overheidshandelen, afgeleid uit de beginselen die de rechtsorden van de lidstaten gemeen hebben. Vanaf het arrest *Steenbergen/Baten* komt hierin verandering, nadat het arrest *VKI/Henkel* op dit punt weinig duidelijkheid had gebracht. In *Steenbergen/Baten* geeft een kwalificatie naar nationaal recht de doorslag. Heel duidelijk komt dit naar voren in de passage waarin het Hof spreekt over de situatie dat ‘de [nationale] wetgever het [eisende] overheidsorgaan een eigen recht heeft verleend’.⁷¹ Deze kwalificatie naar nationaal recht wordt herhaald in *Bayern/Blijdenstein*.⁷² Hiermee lijkt het Hof te hebben gekozen voor een kwalificatie naar maatstaven van nationaal recht binnen het autonome criterium ‘handelen krachtens bevoegdheden die afwijken van het gemene recht’.

⁷¹ Steenbergen/Baten, r.o. 37.

⁷² Bayern/Blijdenstein, r.o. 21.

In de tussen *Steenbergen/Baten* en *Bayern/Blijdenstein* gewezen uitspraak PFA/Staat ligt dit onderdeel van de toetsing door het Hof van Justitie complexer. In deze zaak begint het Hof van Justitie met een omschrijving van wat naar algemene gemeenschappelijke rechtsbeginselen moet worden verstaan onder een borgtochtvereenkomst.⁷³ Uit deze omschrijving leidt het Hof van Justitie af dat de borg niet in de plaats treedt van de oorspronkelijke schuldenaar, maar dat tussen borg en schuldeiser een nieuwe, accessoire verbintenis ontstaat. Daaruit volgt dan weer dat de regels die gelden voor de relatie tussen de oorspronkelijke schuldenaar en de schuldeiser niet op alle punten gelijk behoeven te zijn aan de regels die van toepassing zijn op de relatie tussen de schuldeiser en de borg.⁷⁴ Hier staat dus een autonome juridische kwalificatie van de relatie tussen partijen centraal. Een tweede element in deze toetsing is eveneens autonoom te noemen en betreft de aandacht die het Hof van Justitie heeft voor de mate waarin de relevante verbintenissen in realiteit vrijwillig door de borg zijn aangegaan.⁷⁵ Deze kwalificatie is gebaseerd op de omstandigheden waaronder de overeenkomst is aangegaan en staat daarmee eveneens los van de precieze regels van het nationale recht. Naast deze twee autonome elementen kent de toetsing door het Hof van Justitie echter ook een duidelijke verwijzing naar het nationale recht. PFA heeft bij de borgtochtvereenkomst afstand gedaan van een mogelijk beroep op een aantal bepalingen uit het Nederlandse Burgerlijk Wetboek en de vraag rijst of op grond hiervan wellicht sprake is van een uitoefening van overheidsbevoegdheden. Het Hof geeft aan dat daarvan enkel sprake kan zijn indien de grenzen worden overschreden van 'de vrijheid die partijen toekomt op grond van het op de overeenkomst toepasselijke recht'.⁷⁶ De contractsvrijheid naar nationaal (toepasselijk) recht figureert hier dus als een buitengrens voor burgerlijke en handelszaken.

6 CONCLUSIE

Het Hof van Justitie is nu bijna drie decennia doende het begrip burgerlijke en handelszaken in te vullen en af te bakenen. Tot welke resultaten heeft deze activiteit geleid?

De begrippen en de terminologie die het Hof van Justitie gedurende de afgelopen 30 jaar heeft gebezigd bij de interpretatie van het begrip burgerlijke en handelszaken en, daarmee, bij de afbakening van het EEX, zijn opvallend constant. In alle uitspraken wordt gememoreerd dat in geschillen tussen een

⁷³ PFA/Staat, r.o. 27-29.

⁷⁴ Het Hof van Justitie spreekt zich in PFA/Staat, r.o. 24-26, overigens uitdrukkelijk niet uit over de situatie waarin er sprake zou zijn van een verbondenheid van PFA jegens de Staat krachtens hoofdelijk schuldenaarschap.

⁷⁵ PFA/Staat, r.o. 33.

⁷⁶ PFA/Staat, r.o. 35.

overheidsinstantie en een particulier niet van burgerlijke of handelszaken sprake kan zijn, indien de overheidsinstantie 'krachtens overheidsbevoegdheid' handelt. Ook bij de toetsing van concrete gevallen aan dit criterium hanteert het Hof van Justitie vaste begrippen, zoals 'de aard van de tussen partijen bestaande rechtsbetrekkingen' en 'het voorwerp van het geschil'. Eerst bij nadere beschouwing van de uitspraken van het Hof van Justitie zijn diverse verschuivingen waarneembaar.

De kwalificatie van de status van de 'niet-particuliere procespartij', die in de oudere uitspraken weinig of geen problemen opwierp, dwong het Hof van Justitie in enkele recentere gevallen tot een onderzoek naar de publiek- dan wel privaatrechtelijke hoedanigheid van de desbetreffende procespartij aan de hand van het nationale recht op grond waarvan deze procespartij in rechte optreedt. Het is echter niet duidelijk in hoeverre aan de enkele status van een procespartij als overheidsinstantie zelfstandige betekenis toekomt.

Het aangrijpingspunt voor de toetsing van het optreden van de overheidsinstantie is verschoven van het aan de vordering ten grondslag liggende overheidsoptreden naar het instellen van de vordering zelf. Anders dan vroeger beoordeelt het Hof van Justitie de voorliggende zaken thans vanuit een procesueel perspectief: beslissend zijn de grondslag en de wijze van instellen van de vordering.

In de recentere uitspraken heeft het Hof van Justitie het criterium van het handelen 'krachtens overheidsbevoegdheid' verfijnd, door beslissende betekenis toe te kennen aan de vraag of de overheidsinstantie al dan niet gebruik maakt van 'bevoegdheden die afwijken van het gemene recht'. Met deze verfijning lijkt het Hof van Justitie tevens te zijn afgestapt van een toetsing van het overheidsoptreden aan de hand van autonome maatstaven die uit de gemeenschappelijke beginselen van de rechtssystemen van de lidstaten dienen te worden gedestilleerd. Het Hof van Justitie haakt soms rechtstreeks aan bij het nationale recht, teneinde na te gaan of de overheidsinstantie gebruik maakt van bevoegdheden die afwijken van het gemene recht.

Het een met het ander combinerend menen wij te kunnen constateren dat het Hof van Justitie in zijn rechtspraak geleidelijk meer procesueel georiënteerd is geraakt en pragmatischer is geworden. Wij vermoeden dat deze verschuivingen hun oorzaak vinden in een toenemend realisme bij het Hof van Justitie, dat zich geconfronteerd ziet met een grote diversiteit aan prejudiciële vragen over de scheidslijn tussen privaat- en publiekrecht, en beseft dat deze afbakening niet (meer) via een eenvoudig toepasbaar en volledig autonoom en uniform-Europees criterium kan plaatsvinden. Dit realisme heeft het Hof van Justitie ertoe gebracht om – nolens volens? – nationaalrechtelijke elementen van beslissende betekenis te achten. Met dit realisme hangt ook een zekere mate van beduchtheid samen: de uitspraken van het Hof van Justitie zijn meer dan voorheen toegespitst op de concrete procesconstellatie en op de omstandigheden van het geval. Zulks resulteert in steeds langer wordende

uitspraken, waarvan – ironisch genoeg – de meerwaarde voor volgende gevallen navenant lijkt af te nemen.

Terug naar de idee van eenheid waarmee wij onze bijdrage begonnen. Wat leert de hiervoor besproken rechtspraak van het Hof van Justitie ons over eenheid binnen het Europese (internationaal) privaatrecht?

Als *streven* is de idee van eenheid duidelijk aanwezig. Van meet af aan heeft het Hof van Justitie benadrukt dat het streeft naar ‘de grootst mogelijke gelijkheid en eenvormigheid van de rechten en verplichtingen die voor de verdragsluitende staten en de belanghebbende personen uit [het EEX] voortvloeien’.⁷⁷ Dit streven vormt de rechtvaardiging voor de zogenaamde autonome interpretatie van begrippen en normen, die het Hof van Justitie in het kader van art. 1 EEX en vele andere EEX-voorschriften heeft omarmd. Verschil van benadering in de rechtssystemen van de EG-lidstaten mag volgens het Hof van Justitie niet leiden tot een verschil in toepassing van het EEX. Eenheid van toepassing van het EEX staat derhalve voorop, desnoods ten koste van de eenheid die in het ene of andere nationale rechtstelsel figureert.

De autonome interpretatie van verdragsbegrippen laat zien dat eenheid in de rechtspraak van het Hof van Justitie ook een belangrijke rol vervult als *techniek* van rechtsvinding. Bovendien laat een nadere analyse van deze techniek zien dat het onderscheid tussen nationaal recht en Europees recht niet zwart-wit is en dat tussenvormen denkbaar zijn. Zo is de algemene definitie van het begrip burgerlijke en handelszaken autonoom en uniform-Europees, maar vindt de invulling daarvan in belangrijke mate plaats met behulp van het nationale recht. In discussies omtrent ‘botsingen’ tussen nationaal recht en Europees recht zouden dergelijke schakeringen en nuances niet verloren mogen gaan.

Hoe staat het ten slotte met het *resultaat* van het streven naar eenheid in de jurisprudentie van het Hof van Justitie? Hier valt vooral op dat de ontwikkeling van een eenvormig en eenvoudig toepasbaar begrip burgerlijke en handelszaken geen gemakkelijke opgave is gebleken. Het heeft er alle schijn van dat het Hof van Justitie, zelfs na drie decennia, nog niet alle onduidelikheden heeft kunnen wegnemen.⁷⁸

De eenheid waarvan het Hof van Justitie in zijn rechtspraak op het EEX telkens gewag maakt, betreft eenheid in de zin van uniformiteit: het EEX dient in alle EG-lidstaten op dezelfde wijze te worden toegepast. Vervolgens ziet deze eenheid op de begrippen en normen van het EEX: het begrip burgerlijke en handelszaken en de norm inzake de materiële reikwijdte van het EEX verlangen uniforme toepassing in alle EG-lidstaten. Om deze trans-Europese

77 LTU/Eurocontrol, r.o. 3. Zie, in dezelfde zin, HvJ EG 14 juli 1977 (9 en 10/77, Bavaria en Germanair/Eurocontrol), *Jur.* 1977, p. 1517, *NJ* 1977, 611, r.o. 4.

78 Hetzelfde geldt overigens voor de interpretatie door het Hof van Justitie van andere klassieke privaatrechtelijke begrippen uit het EEX als ‘overeenkomst’ (artikel 5 aanhef en onder 1) en ‘onrechtmatige daad’ (artikel 5 aanhef en onder 3).

uniformiteit te bereiken, heeft het Hof van Justitie de afgelopen drie decennia een aantal nadere criteria, maatstaven en werkwijzen geformuleerd. Daarbij heeft het Hof van Justitie tot in zijn formuleringen gestreefd naar uniformiteit: op hoofdlijnen is de terminologie sinds 1976 ongewijzigd gebleven; eerst op detailniveau is er een zekere evolutie zichtbaar.

Geheel anders is het gesteld met die andere exponent van eenheid – eenheid in de zin van consistentie of harmonie, toegepast op het niveau van de beginselen waarop het privaatrecht berust of zou moeten berusten. Bij de ontwikkeling van de nadere criteria, maatstaven en werkwijzen laat het Hof van Justitie zich niet, althans niet met zoveel woorden, leiden door rechtstheoretische bespiegelingen over beginselen van privaatrecht of over de afbakening van publiek- en privaatrecht. Theorievorming over het onderscheid tussen privaatrecht en publiekrecht, die in de meeste lidstaten uitgebreid voorhanden is en deels valt terug te voeren op gemeenschappelijke Romeinsrechtelijke fundamenteën,⁷⁹ speelt geen expliciete rol in de rechtspraak van het Hof van Justitie. Opvallend genoeg komt de formulering van de door het Hof van Justitie verkozen interpretatie wél in sterke mate overeen met de reeds lang bekende en in de literatuur overwegend aanvaarde '*Sonderrechtstheorie*'.⁸⁰

Vanuit een meer functionalistische benadering valt op dat het Hof van Justitie in het geheel geen gewag maakt van de publiek- en privaatrechtelijke *belangen* die een rol (mogen) spelen bij de beslissing om het EEX in een concreet geval al dan niet toepasselijk te achten. Hetzelfde geldt voor de voorafgaande Conclusies.⁸¹ Wij kunnen niet uitsluiten dat dergelijke beginselen en belangen wel een rol spelen in de raadkamer van het Hof van Justitie of in de hoofden van de betrokken advocaten-generaal en rechters, maar voor 'European Court watchers' is zulks niet waarneembaar. Het ziet ernaar uit dat ook hier de praktijk sterker is dan de leer.

De rechtspraak van het Hof van Justitie over het begrip burgerlijke en handelszaken heeft geen nieuw, eenvormig en theoretisch onderbouwd concept van '*het* privaatrecht' opgeleverd. In zijn recente uitspraken haakt het Hof van Justitie zelfs met zoveel woorden aan bij nationale visies op de reikwijdte van dit onderdeel van het recht. Uit de aan het Hof van Justitie voorgelegde vragen

79 Zie bijv., voor Frankrijk, J. Ghestin, *Traité de Droit Civil, Tome I : Introduction Générale* (Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994, nr. 95; of, voor Duitsland, K. Larenz, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München: Beck 2004, nr. 18 e.v. Beiden verwijzen terug naar de Digesten (Ulp. Dig. 1, 1, 1, 2).

80 In de formulering van Larenz, *supra* noot 80, nr. 27, is er geen sprake van privaatrecht wanneer (ten minste) één overheidslichaam bij de rechtsverhouding is betrokken en dit overheidslichaam handelt op basis van bevoegdheden die private personen niet toekomen.

81 Zie, bij wijze van uitzondering, Conclusie A-G Léger voor PFA/Staat, paragraaf 53-54, die de uitgezonderde materies van artikel 1 lid 2 EEX in verband brengt met het ontbreken van wilsautonomie van partijen en de betrokkenheid van de openbare orde; voor deze materies zouden de opstellers van het EEX de exclusieve bevoegdheid van de (administratieve en rechterlijke autoriteiten van de) desbetreffende lidstaat hebben nagestreefd.

lijkt echter te volgen dat de nationale rechtssystemen op dit punt wellicht minder van elkaar verschillen dan oorspronkelijk werd gedacht, zodat het belang van een scherpe en uniforme Europese afbakening van het privaatrecht jegens het publiekrecht niet moet worden overschat. Het wachten is immers nog altijd op de eerste prejudiciële vragen over de reikwijdte van het privaatrecht uit *common law* Verenigd Koninkrijk of *étatiste* Frankrijk. In een dergelijk klimaat kan de opbouw van een Europees rechtssysteem – althans voorlopig – misschien heel wel samengaan met een voortgezet streven naar eenheid binnen het nationale recht.

10 | Communautaire eenheid en nationale verscheidenheid bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht?

E.J. Zippro¹

1 INLEIDING

Het met behulp van privaatrechtelijke technieken handhaven van mededingingsrecht wordt in de Engelstalige literatuur vaak aangeduid met de uitdrukking *private enforcement*.¹ Met privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht bedoel ik het instellen van een vordering door een particulier (niet-overheid) voor de nationale burgerlijke rechter op grond van schending van de regels van Europees of Nederlands mededingingsrecht met behulp van een rechtsfiguur uit het privaatrecht.²

Rechtshandhaving vindt in toenemende mate plaats op verschillende niveaus die nauw met elkaar verweven zijn. Handhaving van mededingingsrecht bestaat op internationaal niveau (Wereldhandelsorganisatie), op Europees niveau (Europese Commissie), op nationaal niveau met behulp van het bestuursrecht (Nederlandse Mededingingsautoriteit), op nationaal niveau met behulp van het privaatrecht (particulieren zoals consumenten en ondernemers) en in enkele gevallen op nationaal niveau met behulp van het strafrecht (Openbaar Ministerie).³ De mogelijke introductie van strafrechtelijke sancties

■ E.J. Zippro is universitair docent afdeling burgerlijk recht, Universiteit Leiden.

1 W. van Gerven, 'Privaatrecht handhaaft mededingingsrecht: 'Alice in Wonderland?', in: *Mok-aria, Opstellen aangeboden aan prof.mr. M.R. Mok ter gelegenheid van zijn 70^e verjaardag*, Deventer: Kluwer 2002, p. 64.

2 In vergelijkbare zin Van Gerven 2002, p. 64 (zie noot 1). Met de aanduiding particulier doel ik zowel op natuurlijke personen als rechtspersonen.

3 De handhaving van de Wet economische mededinging, die gold tot 1 januari 1998, is in handen van het OM. De Mededingingswet wordt niet strafrechtelijk gehandhaafd. Zie ook *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 43. Het Wetboek van Strafrecht bevat geen specifieke delictsomschrijvingen die betrekking hebben op door de Mededingingswet verboden gedragingen. De toepasselijkheid van artikel 184 Sr betreffende het niet voldoen aan een ambtelijk bevel op overtredingen van artikel 69 lid 1 Mw (overtreding van de medewerkingsplicht) wordt in artikel 69 lid 3 Mw zelfs uitgesloten. Bij overtreding van de Mededingingswet kunnen echter soms algemene delicten uit het Wetboek van Strafrecht een rol spelen. Denk aan actieve corruptie (artikelen 177 Sr en 177a Sr), passieve corruptie (artikelen 362 en 363 Sr), de bekendmaking van een bedrijfsgeheim of het schenden van een ambtsgeheim (artikelen 272 en 273 Sr), oneerlijke mededinging (artikel 328 bis Sr), oplichting (artikel 326 Sr), private omkoping (artikel 328ter Sr), schending van geheimhouding van vertrouwelijke gegevens door de betrokken ambtenaren (artikel 272 Sr en artikel 125a lid 3 Ambtenarenwet) en valsheid in geschrifte (artikel 225 Sr e.v.). Zie L.E.J. Korsten, *Memo Mededinging 2004/2005*, Deventer: Kluwer 2004, p. 330. Zie over het strafrecht

in het mededingingsbeleid van de lidstaten van de EU is onderwerp van discussie.⁴ In de Verenigde Staten bestaat reeds strafrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht waarbij bestuurders van ondernemingen achter de tralies kunnen belanden wegens overtreding van de mededingingsregels. In de zogenaamde bouwfraudezaak zien we dat ook in Nederland het Openbaar Ministerie een rol kan spelen bij overtredingen van het mededingingsrecht.⁵

Naast de in dit artikel centraal staande privaatrechtelijke handhaving van Europees en Nederlands mededingingsrecht speelt in de praktijk de bestuursrechtelijke handhaving van het Europees en Nederlands mededingingsrecht een zeer belangrijke rol. Aan de Europese zijde van de Atlantische oceaan zal men bij handhaving van Europees en Nederlands mededingingsrecht zelfs primair denken aan de bestuursrechtelijke handhaving van het Europees en Nederlands mededingingsrecht door de Europese mededingingsautoriteit (Europese Commissie) en de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa).⁶ Dit in tegenstelling tot de Amerikaanse zijde van de Atlantische oceaan waar privaatrechtelijke handhaving de voornaamste manier is om het mededingingsrecht te handhaven. Het zijn twee manieren om het mededingingsrecht te effectueren die elkaar ondersteunen maar niet kunnen vervangen.⁷

Handhaving van het mededingingsrecht door middel van technieken uit het privaatrecht komt in de praktijk nog niet veel voor. Het aantal mededingingszaken waarbij de gang naar de burgerlijke rechter wordt gemaakt is zowel

telijk optreden tegen mededingingsafspraken bij de bouwfraude Y. Buruma, 'Inzake de beladen bouwnijverheid. Voorbeschouwing op een parlementaire enquête', *NJB* 2002, p. 701-708.

4 Zie bijvoorbeeld D.J.M. de Grave, 'Bestrafing van overtreding van mededingingsregels: een impressie vanuit de VS', *AM* 2002, p. 206-208.

5 In de bouwfraude zaak stond de vermeende schaduwboekhouding van het Groningse bouwbedrijf Koop Tjuchem centraal. Uit de boekhouding zou blijken dat in de bouwwereld een omvangrijk zwart betalingssysteem bestond waarbij opdrachtgevers stelselmatig te hoge kosten in rekening kregen gebracht. Op deze manier probeerden de bouwbedrijven de kosten bij het maken van offertes bij openbare inschrijvingen te compenseren. Begin negentiger jaren is dit verboden, maar daarvoor was een rekenvergoeding gebruikelijk. De overheid, grote instellingen en organisaties zouden voor aanzienlijke bedragen zijn opgelicht. Daarnaast speelde bij de bouwfraude de bouw van de spoortunnel bij Schiphol een belangrijke rol. De drie bedrijven die dit project hebben uitgevoerd zouden zich volgens het OM te Haarlem in de periode 1990-1998 schuldig hebben gemaakt aan het vervalsen van facturen, opdrachtbonnen en financiële overzichten. De valsheid in geschrifte zou bestaan uit het opmaken van facturen voor werkzaamheden die in werkelijkheid niet waren verricht of voor een lagere prijs waren verricht. Het zou hierbij gaan om VOF Combinatie Schiphol Spoortunnel (KSS), Strukton Betonbouw BV en Hollandse Beton- en Waterbouw BV (HBW).

6 Het Europees mededingingsrecht kan ook door een nationale (mededingings)autoriteit worden toegepast. In Nederland is die taak opgedragen aan de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa).

7 Zie ook de conclusie van Van Gerven 2002, p. 75 (zie noot 1).

in relatieve zin als in absolute zin aan de magere kant. Dit is niet alleen in Nederland het geval maar ook in de andere lidstaten van de EU.

In de Verenigde Staten daarentegen is, zoals hiervoor reeds gezegd, de situatie anders. Uit onderzoek van Jones blijkt dat in de periode van 1941 tot en met 1985 maar liefst 29 588 vorderingen zijn ingesteld op grond van het antitrust recht.⁸ Sinds 1985 worden er in de Verenigde Staten 600 tot 1000 vorderingen per jaar gebaseerd op het mededingingsrecht.⁹ In de Verenigde Staten heeft nooit de verwachting bestaan dat het US Department of Justice het mededingingsbeleid zou vormen zoals in Europa de Europese Commissie heeft gedaan en nog steeds doet. De verhouding private handhaving vs. publieke handhaving varieert in de Verenigde Staten van 10:1 tot 20:1. Negentig tot vijfennegentig procent van het aantal mededingingszaken wordt daar privaatrechtelijk gehandhaafd. Vergeleken met de Verenigde Staten heeft de Europese Commissie in de Europese Gemeenschap bijna exclusieve controle op de regulering van het mededingingsrecht.¹⁰

Voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht in de 25 lidstaten van de EU is echter wel degelijk plaats. De privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht zal de publiekrechtelijke handhaving nooit kunnen vervangen, maar wel een belangrijker rol kunnen gaan spelen dan tot nu toe het geval is geweest. Nu de nieuwe Verordening 1/2003 per 1 mei 2004 van kracht is geworden zijn de perspectieven voor de privaatrechtelijke handhaving flink verbeterd ten opzichte van de situatie onder Verordening 17/62. De nieuwe SamenwerkingsMededeling die door de Commissie is gepubliceerd zal de burgerlijke rechter behulpzaam kunnen zijn bij zijn zoektocht door het Europees mededingingsrecht.¹¹

De vraag is echter of het huidige burgerlijk- en burgerlijk procesrecht van de 25 lidstaten van de EU voldoende instrumenten biedt om de privaatrechtelijke handhaving van het Europees en nationaal mededingingsrecht naar behoren te waarborgen. Rechtsvorderingen ingesteld wegens schending van het mededingingsrecht zijn afhankelijk van regels van nationaal recht. Zowel het mededingingsrecht als het privaatrecht bevatten geen specifieke bepalingen aangaande kartelschade. Zijn meer mogelijkheden nodig in de 25 afzonderlijke stelsels van privaatrecht binnen de Europese Unie? Moet bij het scheppen van meer mogelijkheden niet veel meer Europese *eenheid* worden gecreëerd binnen de 25 verschillende stelsels van privaatrecht?

8 Clifford A. Jones, *Private enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA*, Oxford: Oxford University Press 1999, p. 79. Deze gegevens zijn afkomstig uit het 'Annual Report of the Director for the years 1941-1985' (Washington, DC) van het 'Administrative Office of the United States Courts'.

9 Jones 1999, p. 79 (zie noot 8).

10 Jones 1999, p. 85 (zie noot 8).

11 Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de rechterlijke instanties van de EU-lidstaten bij de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *PbEG* 2004, C 101/54.

In deze bijdrage zal ik beginnen met een korte bespreking van de publiekrechtelijke handhaving. Dit om de functie van de privaatrechtelijke handhaving in een duidelijker perspectief te plaatsen. Na de bespreking van de publiekrechtelijke handhaving zal ik de exclusieve bevoegdheden van de burgerlijke rechter bij de handhaving van het mededingingsrecht behandelen en ingaan op de uit het Europees recht voortvloeiende minimumvereisten die worden gesteld aan de (privaatrechtelijke) handhaving van het Europees (mededingings)recht. Vervolgens zal ik de vraag behandelen of er behoefte is aan een Europese richtlijn of verordening met afwijkende bepalingen van burgerlijk- en burgerlijk procesrecht. Daarbij komt ook de rechtsgrondslag van een dergelijke verordening of richtlijn aan bod. Vervolgens zal ik bespreken of er bij het opstellen van een eventuele Europese richtlijn of verordening valt aan te sluiten bij de reeds bestaande rechtspraak van het Gerecht van Eerste Aanleg (GVEA EG) en het Hof van Justitie (HvJ EG). Ik besluit met een bespreking van de consequenties van een Europese richtlijn of verordening met afwijkende bepalingen van burgerlijk- en burgerlijk procesrecht ten behoeve van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht voor de eenheid en verscheidenheid van het privaatrecht binnen de EU.

2 PUBLIEKRECHTELIJKE HANDHAVING

Om de (aanvullende) rol van de privaatrechtelijke handhaving helder voor ogen te hebben is het noodzakelijk de publiekrechtelijke handhaving kort te bespreken. De Commissie en de NMa zijn bevoegd en belast met de publiekrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Zij spelen dan ook, samen met de burgerlijke rechter, een belangrijke rol bij de handhaving van het mededingingsrecht.

De Commissie is bevoegd en belast met de publiekrechtelijke handhaving van het *Europees* mededingingsrecht (artikel 4 van Verordening 1/2003) en in geval de Commissie geen procedure begint die tot het geven van een beschikking op grond van hoofdstuk III van Verordening 1/2003 moet leiden (vaststelling en beëindiging van inbreuken, voorlopige maatregelen, toezeggingen of de vaststelling van niet-toepasselijkheid in het kader van het algemeen belang), is tevens de NMa bevoegd en belast met de handhaving van het *Europees* mededingingsrecht (artikel 5 en artikel 11 lid 6 van Verordening 1/2003). De NMa is daarnaast belast met de publiekrechtelijke handhaving van het *Nederlands* mededingingsrecht. Zowel de Commissie als de NMa zijn bevoegd om inbreukmakers op de mededingingsregels te bevelen de schending van het kartelverbod of het misbruik maken van een machtspositie te doen stoppen. Indien dit nodig is kan een last onder dwangsom worden opgelegd op grond van de artikelen 7 en 24 Verordening 1/2003 en de artikelen 56 en 58 Mededingingswet. Een last onder dwangsom strekt ertoe de overtreding ongedaan te maken of verdere overtreding dan wel herhaling van de overtre-

ding te voorkomen. Naast een last onder dwangsom kunnen de Commissie en de NMA ook boetes opleggen tot een bedrag van maximaal 10% van de jaaromzet op grond van artikel 23 lid 2 Verordening 1/2003 en de artikelen 56 en 57 Mw. In geval de ondernemingen niet voldoen aan de bestaande medewerkingsplicht kan op grond van artikel 23 lid 1 Verordening 1/2003 een sanctie worden opgelegd in de vorm van een geldboete van ten hoogste 1% van de in het voorafgaande boekjaar behaalde totale omzet of kan op grond van artikel 69 Mw een boete worden opgelegd van ten hoogste € 450 000,- of, indien het een onderneming of een ondernemersvereniging betreft en indien dat meer is, van ten hoogste 1% van de omzet van de onderneming, onderscheidenlijk van de gezamenlijke omzet van de ondernemingen die van de vereniging deel uitmaken, in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking.

De geldigheid van een beschikking van de Commissie kan worden betwist bij het Gerecht van Eerste Aanleg (GvEA EG).¹² Daarnaast staat ex artikel 225 lid 1 EG een tot rechtsvragen beperkte hogere voorziening open bij het Hof van Justitie (HvJ EG).¹³ Deze rechtstreekse beroepen moeten worden onderscheiden van prejudiciële vragen die door de nationale rechters kunnen en in hoogste instantie soms zelfs moeten worden gesteld aan het HvJ EG.¹⁴

12 Het Gerecht van Eerste Aanleg (GvEA EG) bestaat sinds 1989. Dit gerecht bestaat uit één rechter per lidstaat en heeft geen advocaten-generaal. In sommige gevallen kan één van de rechters als advocaat-generaal worden ingezet. Ook de rechters van het GvEA EG worden voor zes jaar benoemd in onderlinge overeenstemming door de regeringen van de lidstaten. Net als bij het HvJ EG (in enge zin), kiezen zij uit hun midden een president.

13 Het GvEA EG heeft, net als het HvJ EG, tot taak de eerbiediging van het recht te verzekeren bij de uitlegging en toepassing van de verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen en van de door de bevoegde EG-instellingen vastgestelde bepalingen. Ter vervulling van zijn voornaamste taak, is het GvEA EG bevoegd in eerste aanleg kennis te nemen van alle rechtstreekse beroepen van particulieren en van lidstaten, met uitzondering van die waarvoor een 'rechterlijke kamer' bevoegd is in de zin van artikel 225a EG en die welke aan het Hof zijn voorbehouden. Rechtstreekse beroepen kunnen worden ingedeeld in verschillende categorieën. Gedacht moet worden aan een *beroep tot nietigverklaring* tegen handelingen van EG-instellingen (230, 231 EG), een *beroep wegens nalaten* bij verzuim van EG-instellingen (232 EG), een *beroep tot schadevergoeding* strekkende tot vergoeding van schade wegens onrechtmatig handelen van een gemeenschapsinstelling (235 EG), een *beroep op grond van een arbitragebeding* bij geschillen betreffende door de Gemeenschap gesloten publiek- of privaatrechtelijke overeenkomsten waarin een dergelijk beding is opgenomen (238 EG) en *beroepen van ambtenaren* bij geschillen tussen de Gemeenschap en haar ambtenaren en andere personeelsleden (236 EG).

14 Voor de hoogste rechter bestaat er op grond van artikel 234 en artikel 68 EG een rechtsplicht tot verwijzing als er een vraag van Europees recht rijst. Zoals bekend hoeft de hoogste rechter geen prejudiciële vraag te stellen in geval de ingeroepen Europese regel geen enkele uitleg behoeft (*acte clair*) en in geval het HvJ EG een dergelijk geval al eerder heeft uitgelegd of verduidelijkt (*acte éclairé*). Zie HvJ EG 6 oktober 1982, zaak 283/81 (Cilfit), *Jur.* 1982, p. 3415. In geval de nationale rechter zijn verwijzingsverplichting ex artikel 234 EG schendt, kan dit tot aansprakelijkheid van de staat leiden met als gevolg de verplichting tot het betalen van schadevergoeding. Zie HvJ EG 30 september 2003, zaak C-224/01 (Köbler), *Jur.* 2003, p. I-10239.

Op grond van artikel 230 EG kan iedere natuurlijke of rechtspersoon beroep instellen tegen de tot hem gerichte beschikkingen, alsmede tegen beschikkingen die, hoewel genomen in de vorm van een verordening, of van een beschikking gericht tot een andere persoon, hem rechtstreeks en individueel raken. In geval het beroep gegrond is, wordt de betwiste handeling door het GVEA EG of het HvJ EG nietig verklaard (artikel 231 EG).¹⁵

Voor beroepen tegen besluiten op grond van de Mededingingswet bepaald artikel 93 Mw in afwijking van artikel 8:7 Awb dat de sector bestuursrecht van de Rechtbank Rotterdam bevoegd is. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven is op grond van artikel 20 Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie bevoegd kennis te nemen van het hoger beroep tegen een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam. Cassatieberoep tegen de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven is niet mogelijk.

3 EXCLUSIEVE BEVOEGDHEID VAN DE BURGERLIJKE RECHTER

Het GVEA EG, het HvJ EG, de sector bestuursrecht van de Rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven hebben optredend als bestuursrechters *niet* de bevoegdheid om schadevergoeding aan gelaedeerden toe te kennen voor de schade die is geleden als gevolg van de inbreuk op het mededingingsrecht. Alleen de nationale burgerlijke rechter is bevoegd om schadevergoeding toe te kennen in geval schade is ontstaan wegens schending van de Europese of nationale mededingingsregels. De gelaedeerde kan bij de dreiging van onrechtmatig handelen ook een rechterlijk verbod of bevel vorderen, al dan niet versterkt met een dwangsom (artikel 611a Rv e.v.).

Daarnaast is de burgerlijke rechter op grond van artikel 81 lid 2 EG en artikel 6 lid 2 Mw exclusief bevoegd om een overeenkomst die in strijd is met het kartelverbod nietig te verklaren.¹⁶ Rechtshandelingen die in strijd zijn met het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie zoals neergelegd in artikel 82 EG en artikel 24 lid 1 Mw zullen nietig zijn op grond van artikel 3:40 lid 2 BW.¹⁷ Het EG-Verdrag en de Mededingingswet bevatten namelijk geen expliciete nietigheidsbepaling voor het maken van

15 De term 'Hof van Justitie' kan betrekking hebben op twee zaken. Allereerst op de instelling: Hof en Gerecht van Eerste Aanleg gezamenlijk, en daarnaast op het Hof als rechtsprekende instantie.

16 De nietigheid van verboden kartelovereenkomsten vloeit rechtstreeks voort uit de bepalingen in het EG-Verdrag en de Mw, maar vloeit naar Nederlands recht ook reeds voort uit artikel 3:40 lid 2 BW.

17 Bij het overtreden van het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie zou ook nog een beroep kunnen worden gedaan op vernietigbaarheid wegens misbruik van omstandigheden in de zin van artikel 3:44 lid 1 en lid 4 BW. Artikel 3:40 lid 2 leidt echter reeds tot de nietigheid van de rechtshandeling die in strijd is met het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie.

misbruik van een economische machtspositie, zoals dat wel het geval is bij overeenkomsten die in strijd zijn met het kartelverbod. Rechtshandelingen die in strijd zijn met de regels betreffende het concentratietoezicht zullen ook nietig zijn op grond van artikel 3:40 lid 2 BW.

De uit artikel 81 lid 2 EG voortvloeiende nietigheid is een bijzondere bepaling nu een begrip uit het privaatrecht is opgenomen in het EG-Verdrag. Het was niet denkbeeldig geweest dat de nietigheid van een overeenkomst ex artikel 81 lid 2 EG per definitie zou hebben gegolden voor de hele overeenkomst, maar het HvJ EG heeft uitgemaakt dat de nietigheid alleen die delen van de overeenkomst betreft die in strijd zijn met artikel 81 lid 1 EG.¹⁸ Het gevolg is dat de andere delen van de overeenkomst niet worden getroffen door de uit het EG-Verdrag voortvloeiende nietigheid. De nationale rechter moet volgens zijn nationale recht, binnen de grenzen die gesteld zijn door het HvJ EG, bepalen of het restant van de overeenkomst in stand blijft.¹⁹ Zie voor het Nederlands recht artikel 3:41 BW (partiële nietigheid).²⁰ In geval de nationale rechter een gedeeltelijke nietigheid uitspreekt en slechts een van de partijen nakoming van de resterende overeenkomst wil afdwingen zal de overeenkomst in elke EU lidstaat een andere werking kunnen hebben, afhankelijk van het op de overeenkomst toepasselijke recht.²¹

4 COMMUNAUTAIRE MINIMUMVEREISTEN BIJ DE PRIVAATRECHTELIJKE HANDHAVING

Het HvJ EG heeft voor vorderingen die gebaseerd zijn op Europees recht minimumvereisten gesteld waaraan het nationale recht moet voldoen. Zo dient een sanctie voldoende doeltreffend, evenredig en afschrikkend te zijn.²² Het HvJ EG overweegt in de zaak *Griekse maïs*:²³

18 HvJ EG 30 juni 1966, zaak 56/65 (*Société La Technique Minière*), *Jur.* 1966, p. 392.

19 HvJ EG 14 december 1983, zaak 319/82 (*Société de Vente de Ciments et Bétons de l'Est SA*), *Jur.* 1983, p. 4173. Zie ook J.F. Appeldoorn, *Eenheid in verscheidenheid. De gespreide toepassing van artikel 81 EG* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 136.

20 Zie over partiële nietigheid ook J. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988, p. 251-294 en A.C. van Schaick, *Contractsvrijheid en nietigheid*, Zwolle: Tjeenk Willink 1994, p. 269-275. Van Schaick wijst op het feit dat de term partiële nietigheid niet deugt, nu niet de nietigheid partieel is, maar de rechtshandeling partieel volledig nietig is. Het bijvoeglijk naamwoord partieel zegt dan ook niets over het zelfstandig naamwoord nietigheid. Het gaat om een partieel nietige rechtshandeling. Van Schaick 1994, p. 269.

21 Appeldoorn 2004, p. 136 (zie noot 19). Zie verder Hijma 1988, p. 251-294 (zie noot 20).

22 HvJ EG 21 september 1989, zaak 68/88 (*Griekse maïs*), *Jur.* 1989, p. 2965, r.o. 23-25.

23 HvJ EG 21 september 1989, zaak 68/88 (*Griekse maïs*), *Jur.* 1989, p. 2965, r.o. 22-25.

‘De Commissie stelt, dat artikel 5 EEG-Verdrag (thans artikel 10 EG, EJZ) de Lid-Staten de verplichting oplegt, overtreders van het gemeenschapsrecht op dezelfde wijze te bestraffen als overtreders van nationale bepalingen (...).

Dienaangaande zij opgemerkt, dat wanneer een gemeenschapsregeling geen specifieke strafbepaling met betrekking tot een overtreding bevat of daarvoor verwijst naar de nationale wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen, de Lid-Staten krachtens artikel 5 EEG-Verdrag (thans artikel 10 EG, EJZ) verplicht zijn, alle passende maatregelen te nemen om de doeltreffende toepassing van het gemeenschapsrecht te verzekeren.

Daartoe dienen de Lid-Staten er met name op toe te zien, dat overtredingen van het gemeenschapsrecht onder gelijke materiële en formele voorwaarden worden bestraft als vergelijkbare en even ernstige overtredingen van het nationale recht. Zij zijn daarbij vrij in hun keuze van de op te leggen straffen, maar deze moeten wel doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn.

Verder dienen de nationale autoriteiten even energiek op te treden tegen overtredingen van het gemeenschapsrecht als wanneer het gaat om de handhaving van een overeenkomstige nationale wettelijke regeling.’

Hoewel de lidstaten zelf de bevoegdheid hebben om te bepalen welke soort procedures van toepassing zijn en hoe ze zijn ingericht (beginsel van de procedurele autonomie) is daarmee niet gezegd dat het nationale procesrecht altijd zonder voorbehoud kan worden toegepast. In de jurisprudentie van het HvJ EG komen twee voorwaarden naar voren waaraan de toepassing van het nationale procesrecht moet voldoen, namelijk het non-discriminatie of assimilatiebeginsel en het effectiviteitsbeginsel.²⁴ In het arrest *Rewe* zijn deze twee voorwaarden (de zogenaamde *Rewe-riedel*) voor het eerst geformuleerd.²⁵ Het *non-discriminatie of assimilatiebeginsel* (in de meer recente rechtspraak van het HvJ EG wel aangeduid als het *gelijkwaardigheidsbeginsel*)²⁶ houdt in dat regels die van toepassing zijn in een geschil met een communautaire dimensie niet ongunstiger mogen zijn dan die welke voor nationale vorderingen gelden. Het *effectiviteitsbeginsel* (ook wel *doeltreffendheidsbeginsel* genoemd) houdt in dat de regels die van toepassing zijn in een geschil met een communautaire dimensie de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten niet nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk mogen maken.²⁷ Deze twee beginselen zijn in de latere rechtspraak verder uitgewerkt. Ze spelen niet alleen een rol bij de rechtsbescherming, maar zijn ook van belang bij de (privaatrechtelijke) handhaving en de mogelijke sancties die het gevolg zijn van een schending van het Europees (mededingings)recht.²⁸

24 J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 74-75.

25 HvJ EG 16 december 1976, zaak 33/76 (*Rewe*), *Jur.* 1976, p. 1989.

26 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 15 september 1998, zaak C-231/96 (*Edis*), *Jur.* 1998, p. I-4951, r.o. 36-37.

27 Zie ook HvJ EG 16 december 1976, zaak 45/76 (*Comet*), *Jur.* 1976, p. 2043, r.o. 12.

28 Zie ook Jans, De Lange, Prechal & Widdershoven 2002, p. 75 (zie noot 24).

De in de zaak *Griekse maïs* geformuleerde eis dat een sanctie voldoende doeltreffend, evenredig en afschrikkend dient te zijn vormt een nadere uitwerking van het effectiviteitsbeginsel. Er wordt dan ook wel gesproken van de handhavingsautonomie als species van de procedurele autonomie, nu in beginsel (voor zover het gemeenschapsrecht niet anders bepaalt) de handhaving en de daarbij behorende sanctionering van een overtreding van het gemeenschapsrecht een zaak is van de individuele lidstaten.²⁹ Bij de handhaving van het gemeenschapsrecht moet echter ook worden voldaan aan het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel.

Het beginsel van een effectieve rechtsbescherming wordt wel als een derde eis gezien waar het procesrecht aan moet voldoen.³⁰ Op grond van dit beginsel moet een particulier binnen de nationale rechtsorde de rechten en aanspraken die hij kan ontleen aan het gemeenschapsrecht daadwerkelijk in rechte kunnen afdwingen. Het HvJ EG formuleerde het beginsel voor het eerst in de zaak *Johnston*.³¹ In deze zaak vormde op grond van artikel 53 lid 1 van de *Sex Discrimination Order (Northern Ireland)* een verklaring van de minister een onweerlegbaar bewijs dat de maatregelen waarop de verklaring betrekking had waren genomen ten behoeve van de nationale veiligheid, openbare veiligheid of openbare orde. De minister gaf vervolgens een verklaring af dat de weigering om mevrouw Johnston een voltijdse aanstelling als politieagent te geven genomen was ten behoeve van de nationale veiligheid, openbare veiligheid en openbare orde. Rechterlijke toetsing was door deze verklaring niet mogelijk. Het HvJ EG oordeelt dat artikel 53 van de *Sex Discrimination Order* in strijd is met artikel 6 van richtlijn 79/207 betreffende gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Artikel 6 verplicht de lidstaten de nodige maatregelen te nemen zodat een ieder die meent te zijn benadeeld door discriminatie de mogelijkheid heeft zijn rechten voor een gerecht te kunnen effectueren. Het beginsel van effectieve rechtsbescherming is volgens het HvJ EG verankerd in deze bepaling. In latere rechtspraak knoopt het HvJ EG niet meer aan bij artikel 6 of een vergelijkbare bepaling, maar speelt het beginsel een volledig zelfstandige rol.³²

In de zaak *Factortame* werd duidelijk dat het beginsel van een effectieve rechtsbescherming flink kan ingrijpen in de nationale procedurele autonomie.³³ In deze zaak werd duidelijk dat de nationale rechter een voorlopige voorziening moet kunnen nemen tegen een wet die waarschijnlijk in strijd

29 Jans, De Lange, Prechal & Widdershoven 2002, p. 75 (zie noot 24).

30 Jans, De Lange, Prechal & Widdershoven 2002, p. 338-339 (zie noot 24).

31 HvJ EG 15 mei 1986, zaak 222/84 (*Johnston*), *Jur.* 1986, p. 1651. Zie voor de invloed van het beginsel op het gebied van sancties HvJ EG 10 april 1984, zaak 14/83 (*Von Colson*), *Jur.* 1984, p. 1891.

32 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 7 mei 1991, zaak C-340/89 (*Vlassopoulou*), *Jur.* 1991, p. I-2357.

33 HvJ EG 19 juni 1990, zaak C-213/89 (*Factortame*), *Jur.* 1990, p. I-2433. Zie ook reeds ver voor de invoering van het beginsel van effectieve rechtsbescherming HvJ EG 9 maart 1978, zaak 106/77 (*Simmenthal*), *Jur.* 1978, p. 629.

is met het gemeenschapsrecht. Regels van nationaal recht die zich verzetten tegen het nemen van een voorlopige voorziening moeten buiten toepassing blijven. Hoewel het beginsel van effectieve rechtsbescherming kan worden beschouwd als een nadere uitwerking van het effectiviteitsvereiste zijn er ook verschillen. Het effectiviteitsvereiste is in wezen een negatief criterium (nationale procesregels mogen de vorderingen niet nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk maken), terwijl het beginsel van een effectieve rechtsbescherming een positief criterium is op grond waarvan nationale bevoegdheden en rechtsmiddelen moeten worden gecreëerd. Het arrest *Factortame* en de daarna komende rechtspraak heeft duidelijk gemaakt dat de zaak *Botervaarten* (waarin door het HvJ EG werd bepaald dat het gemeenschapsrecht niet heeft willen voorzien in andere beroepsmogelijkheden voor de handhaving van het gemeenschapsrecht voor de nationale rechter dan die welke reeds in het nationale recht bestonden) achterhaald is.³⁴

Het is niet altijd eenvoudig om te bepalen of het HvJ EG slechts toetst aan de minimumvereisten van gelijkwaardigheid en effectiviteit zoals geformuleerd in de zaak *Rewe* of aan de zwaardere toets van een effectieve rechtsbescherming zoals in *Johnston* en *Factortame*. In de zaken *Van Schijndel* en *Peterbroeck* speelde de vraag of de nationale rechter verplicht is het gemeenschapsrecht ambtshalve toe te passen.³⁵ Het HvJ EG heeft in beide zaken duidelijk gemaakt dat de ambtshalve toepassing van het gemeenschapsrecht valt onder de procedurele autonomie zodat enkel wordt getoetst aan de minimumvereisten van gelijkwaardigheid en effectiviteit. In de voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht belangrijke zaak *Courage/Crehan* (zie paragraaf 8) kiest het HvJ EG voor een middenweg tussen *Factortame* en *Rewe* in.³⁶

Het moge duidelijk zijn dat in geval de wetgeving van de lidstaten niet voldoet aan bovenstaande minimumvereisten van gelijkwaardigheid en effectiviteit, de desbetreffende nationale regels in beginsel zullen moeten wijken voor deze vereisten van Europees recht.³⁷

34 HvJ EG 7 juli 1981, zaak 158/80 (*Botervaarten*), *Jur.* 1981, p. 1805. Zie ook Jans, De Lange, Prechal & Widdershoven 2002, p. 85 (zie noot 24).

35 HvJ EG 14 december 1995, zaak C-312/93 (*Peterbroeck*), *Jur.* 1995, p. I-4599 en HvJ EG 14 december 1995, gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93 (*Van Schijndel*), *Jur.* 1995, p. I-4705.

36 HvJ EG 20 september 2001, zaak C-453/99 (*Courage/Crehan*), *Jur.* 2001, p. I-6297. Zie ook Jans, De Lange, Prechal & Widdershoven 2002, p. 86 (zie noot 24).

37 Daarbij moet worden aangetekend dat het HvJ EG in *Van Schijndel* en *Peterbroeck* heeft duidelijk gemaakt dat voor de toepassing van de beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit '(...) ieder geval waarin de vraag rijst of een nationale procesregel de toepassing van het gemeenschapsrecht onmogelijk of uiterst moeilijk maakt, (moet) worden onderzocht met inaanmerkingneming van de plaats van die bepaling in de gehele procedure, en van het verloop en de bijzondere kenmerken ervan, voor de verschillende nationale instanties. In voorkomend geval moet rekening worden gehouden met de beginselen die aan het nationale stelsel van rechtspraak ten grondslag liggen, zoals de bescherming van de rechten van de verdediging, het rechtszekerheidsbeginsel en het goede verloop van de procedure.' Zie HvJ EG 14 december 1995, gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93 (*Van Schijndel*), *Jur.*

5 EEN VERORDENING OF RICHTLIJN MET BIJZONDERE BEPALINGEN VAN
BURGERLIJK- EN BURGERLIJK PROCESRECHT TEN BEHOEVE VAN DE PRIVAAT-
RECHTELIJKE HANDHAVING VAN HET MEDEDINGINGSRECHT?

De mogelijkheden om het mededingingsrecht met behulp van het privaatrecht af te dwingen bestaan wel degelijk, maar schieten vaak te kort. Denk aan problemen betreffende collectieve claims en *class actions*.³⁸ Daarnaast valt te denken aan de bewijslastverdeling, beperkingen aan het te gebruiken bewijs, *discovery* en het produceren van bewijsmateriaal (met *discovery* bedoel ik de voor aanvang van het proces verplichte openbaarmaking van alle voor de zaak relevante documenten), het gebruik maken van deskundigenbewijs, causaal verband, het *passing on* verweer en de positie van de indirecte verkrijger (met het *passing on* verweer bedoel ik het verweer van de gedaagde dat de eiser geen schade lijdt, omdat hij zijn schade heeft doorberekend aan anderen). Problemen betreffende eigen schuld, het berekening van schadevergoeding en de wettelijke rente, de tijdsduur van de civiele procedure en de kosten van een civiele procedure spelen ook een rol. Tevens valt te denken aan het niet bestaan van *treble damages* (in de Verenigde Staten bestaat in mededingingszaken de verplichting voor de laedens om driemaal de geleden schade te vergoeden die door de mededingingsinbreuk is veroorzaakt) en het verbod van *no cure no pay*. Kortom, een hele waslijst aan hindernissen die moeten worden overwonnen bij het handhaven van het mededingingsrecht met behulp van technieken uit het privaatrecht.

Van Gerven is dan ook terecht van mening dat men

‘de civiele rechter in de lidstaten niet met een, wat de toepassing van artikel 81 EG betreft, aanzienlijk uitgebreide opdracht van *private enforcement* mag belasten indien niet tevens door middel van een verordening of richtlijn wordt voorzien in wettelijke regels – benevens in financiële middelen, bijkomend personeel en opleiding – die de rechters moeten toelaten om die taak naar behoren te vervullen.³⁹

Hij verwacht dat de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht anders, zoals in het verleden het geval was, een dode mus zal blijken te zijn. De wettelijke regels die Van Gerven in gedachten heeft bestaan uit

1995, p. I-4705, r.o. 19 en HvJ EG 14 december 1995, zaak C-312/93 (Peterbroeck), *Jur.* 1995, p. I-4599, r.o. 14. Er zal dus een afweging moeten worden gemaakt tussen het belang dat de nationale bepaling tracht te bereiken en het effectiviteitsbeginsel.

38 *Class actions* moeten onderscheiden worden van collectieve acties, bij collectieve acties zijn geïdentificeerde eisers betrokken wier belangen collectief worden waargenomen door een gemandateerde belangenvereniging of een overheidsinstantie. Van Gerven 2002, p. 74, voetnoot 33 (zie noot 1).

39 Van Gerven 2002, p. 69 (zie noot 1).

‘zowel materieel- als procesrechtelijke regels inzake remedies die particuliere eisers kunnen aanwenden wanneer zij zich in hun rechten gekrenkt achten ingevolge inbreuken op de communautaire mededingingsbepalingen vanwege andere particulieren.’⁴⁰

Het voorstel van Van Gerven ziet op het uitvaardigen door de Gemeenschaps-wetgever van een verordening of richtlijn met bepalingen over

‘nietigheid, schadevergoeding, terugvordering, voorlopige voorzieningen, eventueel collectieve claims ter bescherming van *diffuse interests*, meer bepaaldelijk die van consumenten, eventueel ook inzake *exemplary damages* dan wel *restitutionary damages*.’⁴¹

Van Gerven pleit voor wat betreft schadevergoeding verder voor de precisering van de voorwaarden van onrechtmatigheid en causaliteit en het vastleggen van de soorten van voor vergoeding in aanmerking komende schadeposten, waaronder zogenaamde *prejudgment* interesten (wettelijke rente). Tevens pleit hij voor bepaalde technieken waardoor het bewijs van causaliteit en van de omvang van schade voor de benadeelde wordt vergemakkelijkt en voldoende soepele en betaalbare *pretrial* onderzoeksmaatregelen die eisers toelaten een inbreuk op het spoor te komen en op afdoende manier te bewijzen.⁴²

6 DE RECHTSGRONDSLAG VAN EEN VERORDENING OF RICHTLIJN MET BIJZONDERE REGELS VAN BURGERLIJK- EN BURGERLIJK PROCESRECHT TEN BEHOEVE VAN DE PRIVAATRECHTELIJKE HANDHAVING VAN HET MEDEDINGINGSRECHT

Specifieke regels ten behoeve van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht moeten een rechtsgrondslag hebben in het EG-Verdrag. Die rechtsgrondslag kan gevonden worden in artikel 83 EG. De Gemeenschaps-wetgever kan op grond van artikel 83 EG een richtlijn of verordening aannemen met specifieke regels voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Op grond van deze bepaling in het EG-Verdrag worden, op voorstel van de Commissie en na raadpleging van het Europees Parlement, de verorde-

⁴⁰ Van Gerven 2002, p. 69-70 (zie noot 1).

⁴¹ *Exemplary damages* is een synoniem van *punitive damages*. *Punitive damages* kunnen worden omschreven als bedragen die in een civiele procedure wegens onrechtmatig gedrag worden toegekend en losstaan van de schade. Zie S.D. Lindenbergh, *Smartengeld*, Deventer: Kluwer 1998, p. 19-20. De categorie *restitutionary damages* kan worden gezien als een bijzondere toepassing van het leerstuk ongerechtvaardigde verrijking. *Restitutionary damages* zijn niet gebaseerd op de schade die de gelaedeerde heeft geleden, maar op het wegnemen van het profijt dat de laedens heeft behaald op grond van zijn onrechtmatige gedraging.

⁴² Van Gerven 2002, p. 70 (zie noot 1). Zie ook W. van Gerven, ‘Substantive Remedies for the Private Enforcement of EC Antitrust Rules before national courts’, in: *Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing 2003, p. 53-93.

ningen of richtlijnen dienstig voor de toepassing van de beginselen neergelegd in de artikelen 81 en 82 EG door de Raad met gekwalificeerde meerderheid van stemmen vastgesteld.

7 COMMUNAUTAIRE EENHEID EN NATIONALE VERSCHIEDENHEID? HET ZOEKEN VAN AANSLUITING BIJ DE REEDS BESTAANDE RECHTSPRAAK

Nu de vorming van aparte regels van burgerlijk- en burgerlijk procesrecht voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht een politiek gevoelig onderwerp betreft zal het nog niet makkelijk zijn om de vereiste gekwalificeerde meerderheid te krijgen in de raad van ministers.⁴³ Desondanks is het niet onwaarschijnlijk dat er binnen enkele jaren een aparte verordening of richtlijn wordt aangenomen met regels van burgerlijk- en burgerlijk procesrecht die van toepassing zijn bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Deze verordening of richtlijn zal zorgen voor meer communautaire *eenheid* bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht binnen de EU, namelijk een bijzonder burgerlijk (proces)recht voor mededingingszaken dat in alle EU lidstaten hetzelfde is. Daarnaast zal deze ontwikkeling kunnen leiden tot meer *verscheidenheid* binnen het nationale stelsel van privaatrecht. Naast het 'algemeen' nationaal burgerlijk- en burgerlijk procesrecht dat ten dele reeds in meer of mindere mate wordt gekleurd door Europese regelgeving, zal ook een daarvan afwijkend 'bijzonder' deel gelden enkel en alleen voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht.

De Commissie is nu reeds bezig met een nog in 2005 te verschijnen Groenboek betreffende de privaatrechtelijke handhaving van het Europees mededingingsrecht.⁴⁴ Het Groenboek zal een aantal mogelijke oplossingen geven om de privaatrechtelijke handhaving in de EU zo goed mogelijk van de grond te krijgen. Het doel van het Groenboek is de stimulering van een debat betreffende de privaatrechtelijke handhaving van het Europees mededingingsrecht en het raadplegen van zo veel mogelijk belanghebbenden.

De Gemeenschapswetgever zou zich mijns inziens bij het opstellen van een verordening of richtlijn met specifieke bepalingen van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht ten behoeve van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht zoveel mogelijk behoren aan te sluiten bij de reeds

43 Zie ook W. van Gerven, 'Enacting private enforcement legislation: not starting from scratch', paper EU/IBA Conference March 2005, p. 4.

44 Zoals bekend is een door de Commissie te publiceren Groenboek een document dat tot doel heeft een denkproces te bevorderen en een raadpleging over een bepaald onderwerp op Europees niveau op gang te brengen. Het overleg dat naar aanleiding van een Groenboek plaatsvindt kan leiden tot de publicatie van een Witboek. In een Witboek worden de resultaten van de discussie opgenomen in de vorm van concrete actiemaatregelen van de EU.

bestaande rechtspraak van het HvJ EG. Vanuit deze bestaande rechtspraak zullen oplossingen moeten worden gevonden bij de daadwerkelijke knelpunten die een succesvolle privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht in de weg staan. Hoe is het gesteld met de bestaande rechtspraak?

8 HET ARREST *COURAGE/CREHAN*, EUROPESE CRITERIA WAARUIT EEN RECHT EN DERHALVE EEN CLAIM TOT SCHADELOOSSTELLING VOORTVLOEIT?

8.1 Inleiding

Uit het arrest *Courage/Crehan* lijken Europese criteria te ontstaan waaruit een recht en derhalve een claim tot schadeloosstelling kan voortvloeien. Van Gerven legt dan ook met betrekking tot zijn voorstel tot het uitvaardigen door de Gemeenschapswetgever van een verordening of richtlijn met specifieke bepalingen voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht terecht een verband met het principearrest *Courage/Crehan*.⁴⁵

8.2 De uitspraak

In *Courage/Crehan* wilde het *Court of Appeal* (England and Wales, Civil Division) weten, of een partij bij een overeenkomst die een exclusieve afnameplicht bevat die in strijd is met artikel 81 EG, met een beroep op artikel 81 EG aanspraak kan maken op schadevergoeding.

Het betrof hier een café-uitbater (pachter) en een brouwer en de café-uitbater meende aanspraak te kunnen maken op schadevergoeding wegens haar gebondenheid aan de exclusieve-afnameplicht. Crehan voerde aan dat Courage haar bier aan zelfstandige pubhouders tegen aanmerkelijk lagere prijzen verkocht dan de prijzen die waren opgenomen op de prijslijst die werd toegepast op pubhouders die pachter van IEL waren (een onderneming van onder meer Courage) en aan haar gebonden waren door een exclusieve-afname-clausule. Crehan stelde dat de door deze clausule gebonden pubhouders als gevolg van dit prijsverschil minder winst maakten en genoodzaakt waren hun activiteit stop te zetten. Naar Engels recht kon een contractant die zelf partij was bij de mededingingsbeperkende overeenkomst geen schadevergoeding vorderen, omdat de contractant zich dan op het eigen onrechtmatig handelen zou dienen te beroepen. Het Engelse *Court of Appeal* wilde weten of de bepaling in het Engelse recht, volgens welke de rechter een partij niet mag toestaan zich ter verkrijging van schadevergoeding op haar eigen onrechtmatige handelingen te beroepen, verenigbaar was met het gemeenschapsrecht.

⁴⁵ Van Gerven 2002, p. 70 (zie noot 1); HvJ EG 20 september 2001, zaak C-453/99 (*Courage/Crehan*), *Jur.* 2001, p. I-6297.

Het Engelse *Court of Appeal* stelde vier prejudiciële vragen.⁴⁶ Moet artikel 81 EG aldus worden uitgelegd dat een partij bij een onwettige overeenkomst met een beroep op dat artikel in rechte aanspraak kan maken op bescherming tegenover de andere contractpartij? Zo ja, kan de partij die aanspraak maakt op bescherming, dan vergoeding vorderen van de schade die zij beweert te hebben geleden omdat zij gebonden is door de contractuele clause die krachtens artikel 81 EG verboden is? Is een regel van nationaal recht volgens welke de rechter een partij niet mag toestaan zich ter verkrijging van schadevergoeding op haar eigen onrechtmatige handelingen te beroepen, verenigbaar met het gemeenschapsrecht? Welke omstandigheden moet de nationale rechter in aanmerking nemen indien het antwoord op de vorige vraag luidt dat een dergelijke regel in bepaalde omstandigheden in strijd kan zijn met het gemeenschapsrecht? Het HvJ EG verklaarde voor recht:

- '1) Een partij bij een overeenkomst die de mededinging kan beperken of vervalsen in de zin van artikel 85 EG-Verdrag (thans artikel 81 EG), kan zich op schending van deze bepaling beroepen om bescherming in rechte (relief) tegenover de andere contractpartij te verkrijgen.
- 2) Artikel 85 van het Verdrag verzet zich tegen een regel van nationaal recht, die een partij bij een overeenkomst die de mededinging kan beperken of vervalsen in de zin van dit artikel, belet vergoeding te vorderen van door de uitvoering van deze overeenkomst veroorzaakte schade, op de enkele grond dat de verzoeker partij is bij de overeenkomst.
- 3) Het gemeenschapsrecht verzet zich niet tegen een regel van nationaal recht, die een partij bij een overeenkomst die de mededinging kan beperken of vervalsen, het recht ontzegt zich ter verkrijging van schadevergoeding op zijn eigen onrechtmatig handelen te beroepen, wanneer vaststaat dat deze partij in aanzienlijke mate verantwoordelijk is voor de verstoring van de mededinging.'

8.3 Argumentatie

Met een beroep op de standaardarresten *Van Gend & Loos*, *Costa/ENEL* en *Francovich* wordt er door het HvJ EG in *Courage/Crehan* aan herinnerd dat het EG-Verdrag een eigen rechtsorde in het leven heeft geroepen die in de rechtsordes van de lidstaten is opgenomen en waarmee de nationale rechter rekening dient te houden.⁴⁷ Het HvJ EG overweegt ten overvloede dat rechtssubjecten van die rechtsorde niet alleen de lidstaten zijn, maar ook hun onderdanen. Niet alleen schept het gemeenschapsrecht verplichtingen ten laste van particu-

⁴⁶ R.o. 16.

⁴⁷ HvJ EG 5 februari 1963, zaak 26/62 (*Van Gend & Loos*), *Jur.* 1963, p. 3; HvJ EG 15 juli 1964, zaak 6/64 (*Costa/ENEL*), *Jur.* 1964, p. 1203; HvJ EG 19 november 1991, zaak C-6/90 en C-9/90 (*Francovich en Bonifaci*), *Jur.* 1991, p. I-5357.

lieren, ook schept het gemeenschapsrecht rechten die particulieren uit eigen hoofde kunnen doen gelden. Deze rechten ontstaan niet alleen

‘wanneer het Verdrag ze uitdrukkelijk toekent, maar ook als weerslag van duidelijk bepaalde verplichtingen die het Verdrag zowel aan particulieren als aan de lidstaten en de gemeenschapsinstellingen oplegt’.⁴⁸

Hoe motiveert het HvJ EG de beslissing in *Courage/Crehan*? Het HvJ EG verwijst *ten eerste* naar enkele erkende principes betreffende de status van artikel 81 EG in de Europese rechtsorde. Zo overweegt het HvJ EG, onder verwijzing naar het arrest *Eco Swiss*, dat artikel 81 EG een fundamentele bepaling vormt die onontbeerlijk is voor de vervulling van de taken van de Gemeenschap en in het bijzonder voor de werking van de interne markt.⁴⁹ Het HvJ EG wijst aan de hand van het arrest *Béguelin* op het absolute karakter van de nietigheid van de overeenkomst die voortvloeit uit artikel 81 lid 2 EG.⁵⁰ Dat de artikelen 81 EG lid 1 EG en 82 EG rechtstreekse gevolgen teweegbrengen in de betrekkingen tussen particulieren en voor de justitiabelen rechten doen ontstaan die de nationale rechter dient te handhaven wordt door het HvJ EG nog eens bevestigd met een verwijzing naar de arresten *BRT en SABAM*, *BRT I* en *Guérin automobiles/Commissie*.⁵¹ Uit deze overwegingen volgt volgens het HvJ EG dat *elke* particulier zich in rechte op schending van artikel 81 EG kan beroepen, ook wanneer hij partij is bij een overeenkomst die de mededinging kan beperken of vervalsen in de zin van deze bepaling. Het HvJ EG overweegt verder:

‘aangaande de mogelijkheid om vergoeding te vorderen van schade die is veroorzaakt door een overeenkomst of een gedraging die de mededinging kan beperken of vervalsen, zij er allereerst aan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak de nationale rechter die in het kader van zijn bevoegdheden belast is met de toepassing van het gemeenschapsrecht, de volle werking van dat recht dient te verzekeren en de daarin aan particulieren toegekende rechten dient te beschermen.’⁵²

Vervolgens overweegt het HvJ EG dat

‘aan de volle werking van artikel 85 van het Verdrag (thans artikel 81 EG, toevoeging EJV), in het bijzonder het nuttig effect van het in lid 1 neergelegde verbod, zou worden afgedaan indien niet *eenieder* vergoeding kon vorderen van schade

48 R.o. 19.

49 R.o. 20; HvJ EG 1 juni 1999, zaak C-126/97 (*Eco Swiss*), *Jur.* 1999, p. I-3055, r.o. 36.

50 R.o. 22; HvJ EG 25 november 1971, zaak 22/71 (*Béguelin*), *Jur.* 1971, p. 949, r.o. 29.

51 R.o. 23; HvJ EG 30 januari 1974, zaak 127/73 (*BRT en SABAM*, *BRT I*), *Jur.* 1974, p. 51, r.o. 16; HvJ EG 18 maart 1997, zaak C-282/95 P (*Guérin automobiles/Commissie*), *Jur.* 1997, p. I-1503, r.o. 39.

52 HvJ EG 9 maart 1978, zaak 106/77 (*Simmenthal III*), *Jur.* 1978, p. 629, r.o. 16; HvJ EG 19 juni 1990, zaak C-213/89 (*Factortame I*), *Jur.* 1990, p. I-2433, r.o. 19.

die hem is berokkend door een overeenkomst of een gedraging die de mededinging kan beperken of vervalsen.⁵³

Het HvJ EG overweegt *ten tweede* dat een dergelijk recht de communautaire mededingingsregels gemakkelijker toepasbaar maakt. Gevolg is dat verborgen overeenkomsten of praktijken die de mededinging kunnen beperken of vervalsen minder aantrekkelijk worden. In zoverre kunnen volgens het HvJ EG bij de nationale rechter ingediende schadevorderingen wezenlijk bijdragen tot de handhaving van een daadwerkelijke mededinging in de EG.⁵⁴ In die omstandigheden kan volgens het HvJ EG

‘niet a priori worden uitgesloten, dat een dergelijke vordering wordt ingediend door een partij bij een overeenkomst die in strijd met de mededingingsregels zou worden geacht’.⁵⁵

Nu er echter geen communautaire regelgeving voor dergelijke vorderingen bestaat is het volgens het HvJ EG echter (en dat is *ten derde*)

‘een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke lidstaat om de bevoegde rechterlijke instanties aan te wijzen en de procedureregels vast te stellen voor vorderingen die worden ingediend ter bescherming van de rechten die de justitiabelen aan de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht ontleen, mits die regels niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke vorderingen krachtens nationaal recht gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel) en de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel)’.⁵⁶

Onder die voorwaarden (het gelijkwaardigheidsbeginsel en doeltreffendheidsbeginsel) kan de nationale rechter (en dat is *ten vierde*) volgens het nationale recht een vordering van een van de partijen ontzeggen wegens ongerechtvaardigde verrijking.⁵⁷ Onder dezelfde voorwaarden

‘staat het gemeenschapsrecht er evenmin aan in de weg dat het nationale recht een partij ten aanzien waarvan is vastgesteld dat zij in aanzienlijke mate verantwoordelijk is voor de verstoring van de mededinging, het recht ontzett schadevergoeding te vorderen van haar contractpartij.’

53 R.o. 26.

54 R.o. 27.

55 R.o. 28.

56 R.o. 29; HvJ EG 10 juli 1997, zaak C-261/95 (Palmisani), *Jur.* p. I-4025, r.o. 27.

57 R.o. 30; HvJ EG 4 oktober 1979, zaak 238/78 (Ireks-Arkady), *Jur.* 1979, p. 2955, r.o. 14; HvJ EG 27 februari 1980, zaak 68/79 (Just), *Jur.* 1980, p. 501, r.o. 26; HvJ EG 21 september 2000, gevoegde zaken C-441/98 en C-442/98 (Kapniki Michailidis), *Jur.* 2000, p. I-7145, r.o. 31.

In de meeste rechtsstelsels van de lidstaten is dan ook het beginsel erkend dat een justitiabele niet mag profiteren van het eigen onrechtmatig handelen. Dit beginsel is door het HvJ EG zelf reeds toegepast in zijn rechtspraak.⁵⁸

Het HvJ EG overweegt vervolgens dat tot de beoordelingsfactoren die door de nationale rechter in aanmerking kunnen worden genomen, de economische en de juridische context behoren waarin de partijen zich bevinden, alsmede de onderhandelingspositie en het respectieve gedrag van de contractpartijen.⁵⁹ Het HvJ EG maakt daarbij een onderscheid tussen de civielrechtelijke gevolgen van de schending van het mededingingsrecht en de voorwaarden voor de toepassing van artikel 81 EG. Het HvJ EG heeft reeds eerder bepaald dat het voor de toepassing van artikel 81 EG van weinig belang is of partijen, 'wat hun positie en hun economische functie betreft, al dan niet op voet van gelijkheid staan'.⁶⁰ Daarentegen kan het voor de privaatrechtelijke gevolgen van een schending van het mededingingsrecht van groot belang zijn of partijen al dan niet op voet van gelijkheid staan. De hoogte van een mogelijke schadevergoedingsverplichting kan variëren naar mate partijen 'wat hun positie en hun economische functie betreft, al dan niet op voet van gelijkheid staan'. Het HvJ EG oordeelt dan ook dat de jurisprudentie, volgens welke het voor de toepassing van artikel 81 EG van weinig belang is of partijen al dan niet op voet van gelijkheid staan, alleen betrekking heeft op de voorwaarden voor de toepassing van artikel 81 EG en niet op de privaatrechtelijke gevolgen van schending van deze bepaling.⁶¹

8.4 Gevolgen

Het arrest *Courage/Crehan* heeft duidelijk gemaakt dat vorderingen tot schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht op grond van het Europees Gemeenschapsrecht zelf voor de nationale rechters moeten kunnen worden ingesteld.⁶² Of het nationale recht het instellen van een vordering tot schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht al dan

58 HvJ EG 7 februari 1973, zaak 39/72 (Slachtpremies), *Jur.* 1973, p. 101, r.o. 10.

59 R.o. 32. Het HvJ EG overweegt in r.o. 33: 'Inzonderheid moet de bevoegde nationale rechter nagaan, of de partij die schade beweert te hebben geleden door het sluiten van een overeenkomst die de mededinging kan beperken of vervalsen, zich ten opzichte van de wederpartij in een duidelijk zwakkere positie bevond, zodat haar vrijheid om over de clausules van bedoelde overeenkomst te onderhandelen alsmede haar vermogen om de schade te voorkomen of de omvang daarvan te beperken, met name door tijdig alle beschikbare rechtsmiddelen aan te wenden, uiterst beperkt zo niet nihil zouden zijn geweest'.

60 HvJ EG 13 juli 1966, gevoegde zaken 56/64 en 58/64 (Grundig-Consten), *Jur.* 1966, p. 450 en 575.

61 R.o. 35.

62 Het HvJ EG maakt in *Courage* duidelijk dat de aansprakelijkheid die gebaseerd is op het Gemeenschapsrecht zowel contractueel als delictueel kan zijn. Zie Van Gerven 2002, p. 72 (zie noot 1).

niet mogelijk maakt is niet meer van doorslaggevend belang. De consequenties van deze uitspraak van het HvJ EG voor de Nederlandse situatie zijn op het eerste gezicht niet groot, nu een vordering tot schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht ook op grond van ons Burgerlijk Wetboek toewijsbaar kan zijn. Het HvJ EG zal er echter niet onderuit komen om, net zoals dat in en na *Francovich* is gedaan op het terrein van de staatsaansprakelijkheid, in zijn vervolgrechtspraak criteria te ontwikkelen waaraan voldaan moet zijn om recht te hebben op schadevergoeding.⁶³ De voorwaarden om recht te hebben op schadevergoeding zijn helaas niet helder gedefinieerd in *Courage/Crehan*, nu het HvJ EG zich moest beperken tot het specifieke verweer van Crehan.⁶⁴ In *Francovich* kunnen echter veel concrete aanwijzingen worden gevonden voor wat betreft de voorwaarden voor onrechtmatigheid.⁶⁵ In de jurisprudentie betreffende artikel 288 lid 2 EG is ook een aanzienlijk aantal 'aanduidingen te vinden (...) omtrent de voor vergoeding in aanmerking komende schadeposten, de bewijslast en de bewijskracht van bewijsmiddelen.'⁶⁶

9 HARMONISATIE VAN HET RECHT BETREFFENDE DE ONRECHTMATIGE DAAD

Het arrest *Courage* heeft niet alleen betekenis voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht maar ook voor de harmonisatie van het recht betreffende de onrechtmatige daad.⁶⁷ In *Francovich* ging het nog om het onrechtmatig handelen van de overheid, in *Courage* gaat het om het onrechtmatig handelen van particulieren. Volgens Van Gerven

'komt het erop aan deze harmonisatie – of ze nu gebeurt via rechtspraak van de Gemeenschapsrechter dan wel, en liever omdat ze dan grondiger kan worden aangepakt, via een verordening of richtlijn van de Gemeenschapswetgever – zoveel mogelijk te laten gebeuren aan de hand van beginselen die de lidstaten gemeen hebben.'

⁶³ Van Gerven 2002, p. 72 (zie noot 1).

⁶⁴ Crehan bracht als verweer naar voren dat een regel van nationaal recht volgens welke de rechter een partij niet mag toestaan zich ter verkrijging van schadevergoeding op haar eigen onrechtmatige handelingen te beroepen, onverenigbaar is met het gemeenschapsrecht.

⁶⁵ Zie ook Van Gerven 2002, p. 72 (zie noot 1). Van Gerven wijst op het feit dat wat de onrechtmatigheidsvoorwaarde betreft, 'natuurlijk niet de factor in acht (dient) te worden genomen, zoals in voormelde rechtspraak, dat in de overtreden norm een beleidsmarge kan besloten liggen voor de betrokken overheid'. Voor een particulier die de mededingingsregels schendt 'geldt veeleer een objectief (fout) beginsel van toerekenbare onrechtmatigheid' aldus in terechte zin Van Gerven.

⁶⁶ Van Gerven 2002, p. 72-73 (zie noot 1). Zie HvJ EG 19 mei 1992, gevoegde zaken C-104/89 en C-37/90 (Mulder), *Jur.* I-1992, p. 3061 en HvJ EG 27 januari 2000, zaken C-104/80 en C-37/90 (Mulder e.a./Raad & Commissie), *Jur.* I-2000, p. 203.

⁶⁷ Van Gerven 2002, p. 74-75 (zie noot 1).

Hij wijst onder aanhaling van een citaat van het afscheidscollege van Mok op het feit dat

‘dergelijke beginselen moeten helpen vermijden (...) dat specifieke handhavingsregels voor het mededingingsrecht al te veel “gaan afwijken van een centraal gedeelte van het commune recht”, het verbintenissenrecht, waardoor fundamentele “begrippen of systemen” al te zeer worden uitgehold en “niet meer in staat zijn hun dienende functie te vervullen”.’⁶⁸

Op het gebied van de niet-contractuele aansprakelijkheid van de gemeenschap ex artikel 288 EG is reeds een flinke hoeveelheid rechtspraak van het HvJ EG verschenen. Artikel 288 EG (tweede alinea) bepaalt dat de Gemeenschap inzake de niet-contractuele aansprakelijkheid de schade die door haar instellingen of door haar personeelsleden in de uitoefening van hun functies is veroorzaakt moet vergoeden overeenkomstig de algemene beginselen welke de rechtssystemen van de lidstaten gemeen hebben.⁶⁹ Ook de *Francovich* jurisprudentie van het HvJ EG kan worden gezien als een voorbeeld van de toepassing van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad wegens schending van het Europees recht.⁷⁰ Hoewel de aansprakelijkheid van de lidstaten geen zelfstandige procedure in het EG-Verdrag is, heeft het HvJ EG in *Francovich* bepaald dat lidstaten tot schadevergoeding verplicht zijn in geval de rechten van particulieren worden aangetast als gevolg van een schending van het gemeenschapsrecht die aan een lidstaat kan worden toegerekend. Het beginsel dat de staat aansprakelijk is voor schade die particulieren lijden als gevolg van schendingen van het gemeenschapsrecht die hem kunnen worden toegerekend, is volgens het HvJ EG inherent aan het systeem van het EG-Verdrag.⁷¹ Ook bij aansprakelijkheid van de lidstaten zullen de voorwaarden voor niet-contractuele aansprakelijkheid moeten worden vastgesteld overeenkomstig de algemene beginselen

68 Van Gerven 2002, p. 75 (zie noot 1). Het aangehaalde citaat uit het afscheidscollege van Mok luidt: ‘Nu dienen systemen en begrippen ertoe om ons te dienen en niet om ons te regeren. Dat neemt niet weg dat, wanneer men begrippen of systemen te zeer uitholt, ze niet meer in staat zijn hun dienende functie te vervullen. Men moet dus wel behoedzaam te werk gaan, wanneer men, ter wille van een doel als consumentenbescherming (hoe wenselijk dit op zichzelf mag zijn), gaat afwijken van een centraal gedeelte van het commune recht, als hoedanig men de bedoelde regels van verbintenissenrecht wel mag aanduiden.’ Zie M.R. Mok, *Pacta sunt servanda; ja toch?* (Afscheidscollege RU Groningen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 14.

69 Deze bepaling geldt ook voor de schade die door de Europese Centrale Bank of door haar personeelsleden in de uitoefening van hun functies is veroorzaakt. Zie de derde alinea van artikel 288 EG.

70 HvJ EG 19 november 1991, gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90 (*Francovich* en *Bonifaci*), *Jur.* 1991, p. I-5357.

71 R.o. 35

welke de rechtsstelsels van de lidstaten gemeen hebben.⁷² Het HvJ EG overweegt in *Brasserie du pêcheur/Factortame* (r.o. 27-29):

‘Bij ontbreken van bepalingen in het Verdrag die uitdrukkelijk en precies de gevolgen regelen van schendingen van het gemeenschapsrecht door de Lid-Staten, staat het aan het Hof, bij de uitoefening van de hem door artikel 164 van het Verdrag toegekende opdracht de eerbiediging van het recht te verzekeren bij de uitlegging en de toepassing van het Verdrag, over een dergelijke vraag uitspraak te doen volgens de algemeen erkende interpretatiemethoden, met name met een beroep op de algemene beginselen van het communautaire rechtsstelsel en eventueel op de algemene beginselen die de rechtsstelsels van de Lid-Staten gemeen hebben.

Overigens verwijst artikel 215, tweede alinea, van het Verdrag naar de algemene beginselen welke de rechtsstelsels der Lid-Staten gemeen hebben, in verband met de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap wegens schade veroorzaakt door haar instellingen of door haar personeelsleden in de uitoefening van hun functies.

Het aldus in artikel 215 van het Verdrag uitdrukkelijk geformuleerde beginsel van de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap is slechts een uitdrukking van het algemeen beginsel dat deel uitmaakt van de rechtsstelsels van de Lid-Staten, dat een onrechtmatige handeling of verzuim de verplichting meebrengt de veroorzaakte schade te vergoeden. Deze bepaling brengt tevens de verplichting voor de overheidsinstanties tot uitdrukking om de in de uitoefening van hun functies veroorzaakte schade te vergoeden.’

Concluderend zijn er dus drie vormen van niet-contractuele aansprakelijkheid op grond van schending van het Europees recht te onderscheiden. De Artikel 288 EG aansprakelijkheid en de *Francovich* aansprakelijkheid die werken in de verhouding jegens de overheid (verticale aansprakelijkheid) en de *Courage/Crehan* aansprakelijkheid die werkt tussen private partijen (horizontale aansprakelijkheid). Deze drie vormen mogen dan wel verschillend zijn, het HvJ EG en het GVEA EG zullen veel begrippen en concepten bij alledrie de vormen van niet-contractuele aansprakelijkheid in dezelfde betekenis gebruiken. In zowel de twee vormen van overheidsaansprakelijkheid als bij de aansprakelijkheid die werkt tussen private partijen zullen de voorwaarden voor niet-contractuele aansprakelijkheid moeten worden vastgesteld overeenkomstig de algemene beginselen welke de rechtsstelsels van de lidstaten gemeen hebben.⁷³ Met

72 Van Gerven 2005, p. 6 (zie noot 43) en zijn verwijzing naar HvJ EG 5 maart 1996, gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93 (*Brasserie du pêcheur/Factortame*), *Jur.* 1996, p. I-1029. Zie ook HvJ EG 4 juli 2000, zaak C-352/98 P (*Bergaderm*), *Jur.* 2000, p. I-5291.

73 Zie ook Van Gerven 2005, p. 6 (zie noot 43) en zijn verwijzing naar rechtsoverweging 31 in *Courage/Crehan*, waar het HvJ EG bepaald dat ‘overeenkomstig een beginsel dat in de meeste rechtsstelsels van de lidstaten wordt erkend en door het Hof reeds is toegepast (zie arrest van 7 februari 1973, *Commissie/Italië*, 39/72, *Jurispr.* blz. 101, punt 10) (...) een justitiabele niet (mag) profiteren van zijn eigen onrechtmatig handelen, wanneer dit is komen

behulp van het reeds bestaande rechtsvergelijkend onderzoek zijn deze algemene beginselen ook bruikbaar bij de privaatrechtelijke handhaving van het Europees recht in het algemeen en het Europees mededingingsrecht in het bijzonder.⁷⁴ Dit zou in beginsel tot meer eenheid kunnen leiden tussen de rechtsstelsels van de 25 lidstaten in de EU en de rechtspraak van het HvJ EG en het GVEA EG. De criteria die in de jurisprudentie betreffende de artikel 288 EG aansprakelijkheid en de *Francovich* aansprakelijkheid voortvloeien, zullen in ieder geval ook, 'behoudens indien bijzondere omstandigheden zulks rechtvaardigen',⁷⁵ van toepassing kunnen zijn bij de niet-contractuele aansprakelijkheid van particulieren wegens schending van het mededingingsrecht zoals in *Courage/Crehan*. Deze criteria zouden door de communautaire wetgever als uitgangspunt moeten worden gebruikt bij het opstellen van een verordening of richtlijn met specifieke bepalingen van burgerlijk- en burgerlijk procesrecht ten behoeve van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht.

10 CONCLUSIE

De Commissie zal de nationale rechter voorlopig kunnen helpen door, zoals Van Gerven voorstelt, de bestaande rechtspraak die de afgelopen veertig jaar door het HvJ EG en GVEA EG tot stand is gebracht op het gebied van de niet-contractuele aansprakelijkheid in kaart te brengen.⁷⁶ Dit zou kunnen in de vorm van een mededeling of bekendmaking zoals de reeds bestaande Samen-

vast te staan.' Het HvJ EG leidt dit beginsel af uit de algemene beginselen welke de rechtsstelsels van de lidstaten gemeen hebben. Zie ook Van Gerven 2002, p. 73, voetnoot 30 (zie noot 1).

74 Zie voor de verkrijging van schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht in de 25 EU-lidstaten de rechtsvergelijkende studie in het Ashurst rapport. D. Waelbroeck, D. Slater & G. Even-Shoshan, *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, comparative report*, Brussel: Ashurst 2004. Zie voor een meer algemeen rechtsvergelijkend werk voor wat betreft de niet-contractuele aansprakelijkheid in de EU bijvoorbeeld W. van Gerven, J. Lever & P. Larouche, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law*, Oxford: Hart Publishing 2000.

75 HvJ EG 5 maart 1996, gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93 (*Brasserie du pêcheur/Factor-tame*), *Jur.* 1996, p. I-1029, r.o. 42. In deze zaak ging het overigens wel om het verschil tussen aansprakelijkheid van de gemeenschap in verhouding tot aansprakelijkheid van een lidstaat. Het HvJ EG overwoog: 'Anderzijds mogen de voorwaarden voor de aansprakelijkheid van de staat wegens aan particulieren veroorzaakte schade ten gevolge van een schending van het gemeenschapsrecht, *behoudens indien bijzondere omstandigheden zulks rechtvaardigen*, niet verschillen van die welke gelden voor de aansprakelijkheid van de Gemeenschap in vergelijkbare situaties. De bescherming van de rechten die de particulieren aan het gemeenschapsrecht ontleen, kan namelijk niet verschillen naargelang het orgaan dat de schade heeft veroorzaakt, een nationaal dan wel een communautair karakter heeft.' Zie ook HvJ EG 4 juli 2000, zaak C-352/98 P (*Bergaderm*), *Jur.* 2000, p. I-5291, r.o. 41.

76 Van Gerven 2005, p. 13 (zie noot 43).

werkingsMededeling waarin de meer procedurele kwesties worden behandeld voor de samenwerking tussen de nationale rechters en de Commissie.⁷⁷

Na de verschijning van het Groenboek zal het tijd worden om, met als uitgangspunt de bestaande rechtspraak van het HvJ EG en het GVEA EG, te beginnen aan het ontwerp van een op artikel 83 EG gebaseerde speciale verordening of richtlijn met bijzondere regels van communautair burgerlijk- en burgerlijk procesrecht ten behoeve van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht.

Er zullen meer remedies voor particuliere eisers nodig zijn in de 25 afzonderlijke stelsels van privaatrecht binnen de Europese Unie om tot een succesvolle privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht te komen. De belemmeringen voor een succesvolle privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht zullen zoveel mogelijk moeten worden weggenomen door de invoering van zowel materieel- als procesrechtelijke remedies die particuliere eisers kunnen aanwenden wanneer zij schade hebben geleden als gevolg van een inbreuk op de Europese mededingingsregels door andere particulieren. Te denken valt aan het mogelijk maken van bijvoorbeeld collectieve claims en *class actions*. Ook zullen bepalingen kunnen worden opgenomen betreffende bewijslastverdeling, beperkingen aan het te gebruiken bewijs, *discovery*, het produceren van bewijsmateriaal, het gebruik maken van deskundigenbewijs, causaal verband, het *passing on* verweer en de positie van de indirecte verkrijger. Daarnaast valt te denken aan communautaire regels betreffende eigen schuld, het berekening van schadevergoeding en de wettelijke rente, de tijdsduur van de civiele procedure en de kosten van een civiele procedure. Tevens valt te denken aan de invoering van *treble damages* en de afschaffing van het verbod van *no cure no pay*.

Mochten dergelijke vergaande maatregelen worden ingevoerd dan zal dit leiden tot meer communautaire eenheid voor wat betreft de regels van burgerlijk- en burgerlijk procesrecht die van belang zijn bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Daar staat tegenover dat een dergelijke richtlijn of verordening tot een grotere verscheidenheid zal leiden tussen het 'algemeen deel' van het privaatrecht en het 'bijzonder deel' van het privaatrecht dat van toepassing zou zijn bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. De vraag is of de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht belangrijk genoeg is om deze toekomstige communautaire eenheid en nationale verscheidenheid te rechtvaardigen.

77 Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de rechterlijke instanties van de EU-lidstaten bij de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *PbEG* 2004, C 101/54.

11 | Het sanctiecomplex in de aanpassingswet elektronische handel

R.E. van Esch[■]

1 INLEIDING

Het Nederlandse burgerlijk recht wordt in toenemende mate beïnvloed door Europese regelgeving. Zo ook de Nederlandse wetgeving die betrekking heeft op de elektronische handel. Sterker nog, deze wetgeving is in overwegende mate een uitvloeisel van Europese richtlijnen. Ik heb het dan over de Richtlijn op afstand gesloten overeenkomsten,¹ de Richtlijn elektronische handtekeningen,² de Richtlijn inzake elektronische handel³ en de Richtlijn verkoop op afstand financiële diensten.⁴ De eerste richtlijn is geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving door de Wet koop op afstand.⁵ De tweede richtlijn door de Wet elektronische handtekeningen.⁶ De derde door de Aanpassingswet

■ R.E. van Esch is bijzonder hoogleraar elektronische handel, Universiteit Leiden.

1 Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten, *PbEG* 1997, L 144/19.

2 Richtlijn 1999/93/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 1999 betreffende een gemeenschappelijk kader voor elektronische handtekeningen, *PbEG* 2000, L 13/12.

3 Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel in de interne markt ('Richtlijn inzake elektronische handel'), *PbEG* 2000, L 178/1.

4 Richtlijn 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 betreffende verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten en tot wijziging van de Richtlijnen 90/619/EEG, 97/7/EG en 98/27/EG van de Raad, *PbEG* 2002, L 271/16.

5 Wet van 21 december 2000 tot aanpassing van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek aan richtlijn nr. 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten (*PbEG* L 144), *Stb.* 2000, 617.

6 Wet van 8 mei 2003 tot aanpassing van Boek 3 en Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek, de Telecommunicatiewet en de Wet op de economische delicten inzake elektronische handtekeningen ter uitvoering van richtlijn nr. 1999/93/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 13 december 1999 betreffende een gemeenschappelijk juridisch kader voor elektronische handtekeningen (*PbEG* L 13) (Wet elektronische handtekeningen), *Stb.* 2003, 199.

richtlijn inzake elektronische handel.⁷ De laatste richtlijn is geïmplementeerd door middel van de Wet financiële dienstverlening (Wfd).⁸

Deze richtlijnen zijn thematisch van opzet. Rond het thema wordt een aantal onderwerpen geregeld met als oogmerk om de wetgeving in de lidstaten met betrekking tot deze onderwerpen te harmoniseren en daardoor de elektronische handel tussen de lidstaten te bevorderen. Sommige lidstaten hebben ervoor gekozen om de richtlijnen te implementeren door middel van een afzonderlijke wet. Zo heeft bijvoorbeeld België een aparte wet voor de elektronische handtekening⁹ en een aparte wet voor de elektronische handel.¹⁰ De Nederlandse wetgever bewandelt een andere weg. Hij probeert manmoedig de Europese regelgeving in te passen in bestaande wetgeving of meeromvattende nieuwe wetgeving, met alle problemen van dien.

Het eerste probleem waar de Nederlandse wetgever bij deze handelwijze tegenaan loopt, is het passen van de Europese regelgeving in het systeem van de wet. Ik geef een aantal voorbeelden.

De Richtlijn op afstand gesloten overeenkomsten is verwerkt in de wettelijke regeling betreffende koop en ruil in Titel 1 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, terwijl deze richtlijn ook betrekking heeft op overeenkomsten op afstand die strekken tot het verlenen van diensten. Men kan deze laatste overeenkomsten toch moeilijk onder de benoemde overeenkomst 'koop' scharen.

De status van de elektronische handtekening wordt geregeld in een aparte Afdeling 1A, Titel 1 Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, die handelt over het elektronisch vermogensrechtelijk rechtsverkeer. Daarin treft men art. 3:15a aan, dat in het eerste lid bepaalt dat een elektronische handtekening dezelfde rechtsgevolgen heeft als een handgeschreven handtekening, indien de methode die daarbij is gebruikt voor authenticatie voldoende betrouwbaar is, gelet op het doel waarvoor de elektronische gegevens werden gebruikt en op alle overige omstandigheden van het geval. In ons Burgerlijk Wetboek zal men echter tevergeefs zoeken naar een regeling over de rechtsgevolgen van de handgeschreven elektronische handtekening.

7 Wet van 13 mei 2004 tot aanpassing van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, het Wetboek van Strafrecht en de Wet op de economische delicten ter uitvoering van richtlijn nr. 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (*PbEG* L 178) (Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel), *Stb.* 2004, 210.

8 Wet van 12 mei 2005, houdende regels voor de financiële dienstverlening (Wet financiële dienstverlening), *Stb.* 2005, 339.

9 Wet houdende vaststelling van bepaalde regels in verband met het juridisch kader voor elektronische handtekeningen en certificatediensten, *Belgisch Staatsblad* 29 september 2001, 33070.

10 Wet betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, *Belgisch Staatsblad* 17 maart 2003, 12962.

De Richtlijn inzake elektronische handel bevat een artikel met betrekking tot commerciële communicaties (reclame). Waarom worden de bepalingen van dit artikel geïmplementeerd in het Burgerlijk Wetboek (art. 3:15e), terwijl de regeling betreffende spam weer is opgenomen in art. 11.7 van de Telecommunicatiewet?¹¹ En in art. 3:15f lid 3 BW wordt in aanvulling daarop ook nog eens bepaald dat de controleurs van de Belastingdienst/FIOD-ECD belast zijn met de opsporing van deze strafbare feiten. Zijn dit nog onderwerpen van vermogensrecht?

De Richtlijn verkoop op afstand financiële diensten is opgenomen in de Wet financiële dienstverlening. Deze wet regelt echter primair het toezicht op de financiële dienstverlening en dan met name het gedragstoezicht door de Autoriteit Financiële Markten. Men kan zich dan ook afvragen waarom onderwerpen als informatieverplichtingen en het recht op herroeping in deze wet worden neergelegd, waar de wetgever er ten aanzien van dezelfde onderwerpen uit de Richtlijn op afstand gesloten overeenkomsten voor heeft gekozen om deze een plaats in het Burgerlijk Wetboek te geven. Ongetwijfeld heeft daarbij een rol gespeeld dat voor de implementatie van de eerste richtlijn het Ministerie van Financiën en voor die van de tweede richtlijn het Ministerie van Justitie verantwoordelijk was.

Een tweede probleem betreft de terminologie van de Europese regelgeving. Daarin komen begrippen voor die in de Nederlandse wetten waarin de richtlijnen worden geïmplementeerd, onbekend zijn. Kies je voor implementatie in bestaande wetgeving, dan heb je al snel de neiging om voor wat betreft het begrippenkader hierbij aansluiting te zoeken. Zo ook de Nederlandse wetgever. Ik geef het voorbeeld van het recht van herroeping dat in de Richtlijn op afstand gesloten overeenkomsten wordt toegekend aan de koper. De Nederlandse wetgever heeft hiervan in art. 7:46d BW en ook in art. 40 Wfd een ontbindingsrecht gemaakt. Dit heeft vragen opgeroepen ten aanzien van de rechtsgevolgen van een dergelijke ontbinding.¹²

Tot slot rijst bij mij nog de vraag of het rechtssubject door deze handelwijze door de bomen het bos nog ziet. Zo zal een verkoper op internet bij de inrichting van zijn website voor wat betreft de informatieverplichtingen niet alleen kennis moeten nemen van art. 3:15d BW, maar ook van art. 6:227b BW en art. 7:46c BW. Nu zou men mij kunnen tegenwerpen dat de verkoper door de gelaagdheid van het Burgerlijk Wetboek ook bij andere onderwerpen tegen dit probleem aanloopt. Dat is zo, maar anderzijds zou het hiervoor vermelde probleem zich niet hebben voorgedaan als de wetgever ervoor zou hebben

11 Wet van 22 april 2004 tot wijziging van de Telecommunicatiewet en enkele andere wetten in verband met de implementatie van een nieuw Europees geharmoniseerd regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten en de nieuwe dienstenrichtlijn van de Commissie van de Europese Gemeenschappen, *Stb.* 2004, 189.

12 Zie hierover J. Hijma, 'Bedenktijd in het contractenrecht', in: J. Hijma & W.L. Valk, *Wettelijke bedenktijd*, Deventer: Kluwer 2004, p. 5-86, die aldaar op overtuigende wijze aantoont dat een vernietigingsrecht meer op zijn plaats zou zijn geweest.

gekozen om de Richtlijn inzake elektronische handel en de Richtlijn op afstand gesloten overeenkomsten in een aparte wet te implementeren.

Uit het bovenstaande blijkt dat de Nederlandse wijze van implementatie van Europese richtlijnen met betrekking tot de elektronische handel het systeem van de wetten waarin zij worden omgezet tot nationale wetgeving, aantast. In deze bijdrage ga ik in op een ander fenomeen: het sanctiecomplex dat de Nederlandse wetgever heeft verbonden aan niet naleving van een aantal bepalingen uit de Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel.¹³ Onderzocht wordt in welke mate dit sanctiecomplex past in de Nederlandse wetgeving.

2 DE AARD VAN DE SANCTIES

De Europese Richtlijn inzake elektronische handel heeft betrekking op diensten van de informatiemaatschappij. Daaronder valt bijvoorbeeld het te koop aanbieden van zaken via internet. Haar bepalingen betreffen onder meer een aantal verplichtingen die dienen te worden opgelegd aan verleners van diensten van de informatiemaatschappij. Art. 20 van de richtlijn bepaalt dat de lidstaten de sanctieregeling vaststellen die van toepassing is op schendingen van de in toepassing van de richtlijn vastgestelde nationale bepalingen. De sancties moeten doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn.

De richtlijn is door middel van de Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving. De Nederlandse wetgever was vrij om zelf de sancties te bepalen die werden verbonden aan overtreding van de verplichtingen uit de Aanpassingswet, mits deze doeltreffend, evenredig en afschrikkend zouden zijn. Wat opvalt is dat hij daarbij heeft gekozen voor strafrechtelijke sancties en civielrechtelijke sancties. Zo heeft hij bijvoorbeeld overtreding van de algemene informatieverplichting en de verplichting betreffende de transparantie van prijzen uit art. 3:15d BW bestempeld als een economisch delict, terwijl overtreding van de informatieverplichtingen bij het elektronisch sluiten van een overeenkomst civielrechtelijk wordt gesanctioneerd. Over deze laatste sancties hierna meer. Dat een dergelijke keuze niet voor de hand ligt, moge bijvoorbeeld blijken uit de Belgische wet ter implementatie van dezelfde richtlijn,¹⁴ die naast de mogelijkheid van een stakingsvordering toch met name een strafrechtelijke sanctieregeling kent.¹⁵

13 Voor een verhandeling over de Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel verwijs ik naar R.E. van Esch, 'Elektronische handel', in: H. Franken, H.W.K. Kaspersen & A.H. de Wild (red.), *Recht en computer*, Deventer: Kluwer 2004, p. 151-192.

14 *Supra* noot 10.

15 Zie hierover P. van Eecke, 'Artikelsgewijze bespreking van de wetten elektronische handel', in: P. van Eecke & J. Dumortier (red.), *Elektronische handel. Commentaar bij de wetten van 11 maart 2003*, Brugge: die Keure 2003, p. 42-44.

Waarom deze keuze van de Nederlandse wetgever? De wetgever merkt hierover in de Memorie van Toelichting het volgende op:

‘Artikel 20 van de richtlijn verplicht lidstaten om doeltreffende, evenredige en voldoende afschrikwekkende sancties vast te stellen ter naleving van de verplichtingen die de richtlijn oplegt. In het algemeen deel van deze toelichting is al uitgebreid ingegaan op de systematiek van het voorstel op het punt van de handhaving (nr. 6), alsmede op de plaats en rol van alternatieve geschillenbeslechting in dit verband. Daar is tevens uiteengezet dat ten aanzien van de voorgestelde artikelen 3:15d en 15e door een louter (individuele) privaatrechtelijke handhaving, gelet op de zeer algemene aard van de daarin opgenomen verplichtingen, een behoorlijke naleving niet kan worden verwacht. De hier bedoelde informatieverplichtingen zijn echter wel van groot belang. Deze bepalingen corresponderen met de artikelen 5 tot en met 7 van de richtlijn. Een correcte naleving van deze verplichtingen is van groot belang voor de transparantie van en het vertrouwen van de consument in de elektronische handel. Daarom is het wenselijk om overtreding van voormelde (informatie)verplichtingen tevens te kwalificeren als economisch delict in de zin van artikel 1 onder 4 van de Wet op de economische delicten.’¹⁶

De wetgever spreekt over privaatrechtelijke handhaving. Daarmee doelt hij op de mogelijkheid voor een (potentiële) wederpartij dan wel de instantie als bedoeld in art. 3:15f lid 3 BW om tegen de verlener van de dienst van de informatiemaatschappij op grond van art. 3:296 BW respectievelijk art. 3:305a BW een vordering in te stellen tot het verstrekken van bedoelde informatie.¹⁷ Het gaat hier inderdaad om handhaving, maar niet om sancties.

De wetgever verwacht dus eigenlijk niet dat een potentiële wederpartij of de handhavinginstantie deze moeite zullen nemen. Van een individu mag je dat inderdaad niet zo snel verwachten. Een surfer op internet die op zoek is naar een bepaald product, zal de website van een onbekende aanbieder die art. 3:15d lid 1 BW niet naleeft, vaak vroegtijdig verlaten omdat hij onvoldoende informatie heeft over de verkoper. Hij gaat dan op zoek naar een andere aanbieder van het product en zal zeker niet de aandrang voelen om de overtreddende aanbieder in rechte te betrekken om de ontbrekende informatie alsnog te verkrijgen. Met andere woorden: de betreffende aanbieder prijst zich uit de markt, doordat hij onvoldoende vertrouwen bij potentiële wederpartijen weet te creëren. Ook dit kan voor een aanbieder voldoende reden zijn om zich aan zijn informatieverplichtingen te houden. Van de collectieve actie ingesteld door de handhavinginstantie als bedoeld in art. 3:15f lid 3 BW verwacht ik echter meer. Waarom zou deze instantie niet gewoon doen waarvoor zij staat opgesteld?

¹⁶ *Kamerstukken II 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 67.*

¹⁷ *Kamerstukken II 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 8-9.*

De wetgever heeft het in het kader van de handhaving over een vordering tot verstrekking van de informatie uit art. 3:15d BW. Dit roept de vraag op of er geen andere mogelijkheden zijn? Hij merkt daarover het volgende op:

‘Ten aanzien van de meest algemene informatieverplichtingen, te vinden in de voorgestelde artikelen 3:15d en 15e lid 1, is echter onder ogen gezien dat deze weliswaar met het oog op de belangen van afnemers of (potentiële) wederpartijen van dienstverleners zijn opgenomen, maar tevens dermate algemeen zijn, dat een voldoende verband met een in het kader van een bepaalde transactie met een individuele afnemer of wederpartij geleden nadeel in veel gevallen niet gemakkelijk zal kunnen worden aangetoond. Dit brengt mee dat verwacht moet worden dat een uitsluitend privaatrechtelijke handhaving door individuele afnemers of wederpartijen ten aanzien van die informatieverplichtingen onvoldoende zekerheid van een behoorlijke naleving zal bieden.’¹⁸

Het argument dat een voldoende verband met de geleden schade in veel gevallen niet gemakkelijk zal kunnen worden aangetoond, acht ik in zijn algemeenheid onjuist en bovendien ontoereikend. Deze passage betreft immers ook art. 3:15d lid 2 BW. Daarin is bepaald dat de dienstverlener aanduidingen van prijzen in een dienst van de informatiemaatschappij duidelijk en ondubbelzinnig aangeeft, met de uitdrukkelijke vermelding of, en zo mogelijk welke, belasting en leveringskosten daarbij inbegrepen zijn. Stel nu dat een financieel adviseur op internet een printer koopt voor zijn kantoor. De algemene voorwaarden die van toepassing zijn op de overeenkomst, bepalen in afwijking van art. 7:12 BW dat de kosten van aflevering voor rekening van de koper zijn. De verkoper geeft op zijn website de koper de keuze uit verschillende wijzen van betaling van de koopprijs. De adviseur kiest voor levering onder rembours, omdat hij de verkoper onvoldoende kent. Bij de aflevering merkt hij dat hij een opslag moet betalen voor levering onder rembours, terwijl zulks niet was vermeld op de website van de verkoper. Hij betaalt de koopprijs inclusief de opslag, omdat de printer nu eenmaal elders niet voor die prijs te koop is. Ik meen dat de adviseur alsdan een vordering wegens onverschuldigde betaling heeft op de verkoper ten bedrage van de opslag. Art. 3:15d lid 2 BW werkt dan mijns inziens door in de uitleg van de overeenkomst en met name welke verbintenis er voor de koper uit de overeenkomst voortvloeit ten aanzien van de betaling van de kosten van aflevering.

Daarnaast merk ik op dat het niet alleen behoeft te gaan om geleden nadeel. Ik geef het volgende voorbeeld. Een consument sluit via internet een overeenkomst met een internet service provider. Deze overeenkomst geeft hem het recht tot toegang tot internet en tot e-mail diensten. Bij het sluiten van de overeenkomst geeft de consument via het aanvinken van een hokje op de webpagina aan ermee in te stemmen dat direct uitvoering wordt gegeven aan

18 *Kamerstukken II 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 8-9.*

de overeenkomst. De overeenkomst is op proef. De consument heeft krachtens de overeenkomst het recht om binnen een maand de overeenkomst te beëindigen door een daartoe strekkende verklaring aan de internet service provider. Alsdan is hij geen vergoeding verschuldigd voor de verleende diensten. De internet service provider heeft niet voldaan aan zijn verplichting op grond van art. 3:15d lid 1 sub b BW om op zijn website gegevens te verstrekken die een snel contact en een rechtstreekse en effectieve communicatie met hem mogelijk maken, met inbegrip van zijn elektronische postadres. De consument is niet tevreden over de dienstverlening en besluit na dertig dagen om de overeenkomst te beëindigen. Hij kan echter op de website van de internet service provider geen e-mail adres vinden waarnaar hij zijn verklaring kan sturen. Na veel moeite vindt hij een postadres en stuurt een brief die de internet service provider twee dagen na afloop van de termijn van een maand bereikt. In dat geval kan de internet service provider zich mijns inziens niet beroepen op de termijn van een maand. Art. 6:248 lid 2 BW verzet zich daartegen.

Uit de hierboven beschreven voorbeelden blijkt dat overtreding van art. 3:15d BW door kan werken in de contractuele rechtsverhouding tussen partijen. Ook dit kan een stimulans zijn voor verleners van diensten van de informatiemaatschappij om hun informatieverplichtingen uit dit artikel na te leven.

Tot slot merk ik nog het volgende op. Een civielrechtelijke sanctie, zoals het recht voor de wederpartij om de overeenkomst te vernietigen als een informatieverplichting is overtreden, zou hier ook niet hebben misstaan. Geen enkele ondernemer wil onzekerheid omtrent het (voort)bestaan van de overeenkomsten die hij sluit, als hij die kan vermijden.

3 HET CIVIELRECHTELIJK SANCTIECOMPLEX

3.1 Inleiding

Art. 6:227b BW en art. 6:227c BW betreffen verplichtingen die betrekking hebben op het proces van sluiten van de overeenkomst. Het gaat hier om informatieverplichtingen en de verplichting tot het verstrekken van middelen om fouten corrigeren. Sommige van deze verplichtingen zien op de wilsvorming. Andere hebben betrekking op de situatie dat aan een verklaring een daarmee corresponderende wil ontbreekt. Weer andere lijken meer tot doel te hebben dat de wederpartij zich voorziet c.q. wordt voorzien van bewijsmiddelen voor het geval er zich een geschil voordoet met de verlener van de dienst van de informatiemaatschappij.

Omdat er altijd sprake is van een overeenkomst, wordt de handhaving in deze gevallen overgelaten aan de wederpartij van de verlener van de dienst van de informatiemaatschappij. Haar wordt het recht verleend om bij overtreding de overeenkomst te vernietigen c.q. te ontbinden.

Hierna ga ik in op deze verplichtingen, de privaatrechtelijke sancties die zijn gesteld op overtreding daarvan, de effectiviteit van deze sancties en de bestaande remedies uit het BW.

3.2 Verplichtingen

Op deze plaats merk ik ter voorkoming van misverstanden op dat de verplichtingen die in deze paragraaf aan de orde komen, in beginsel zowel gelden in contracten tussen ondernemingen als in contracten tussen consumenten en onderneming. De volgende verplichtingen vloeien voort uit de art. 6:227b en 6:227c BW.¹⁹

Wijze van totstandkoming overeenkomst

Bij de aanvang van het orderproces zal het de wederpartij niet altijd duidelijk zijn hoe het proces van totstandkoming van de overeenkomst eruit zal zien. Omdat mensen nu eenmaal geneigd zijn om sneller op knoppen op een website te klikken dan goed voor hen is, bestaat het gevaar dat een wederpartij door de ondoorzichtigheid van het orderproces zonder dat daaraan haar wil ten grondslag ligt, door het aanklikken van een bepaalde knop een overeenkomst sluit. Art. 3:35 BW zal dan meestal een belemmering vormen om op deze verklaring terug te komen. Om dergelijke situaties zoveel mogelijk te voorkomen, moet de dienstverlener op grond van art. 6:227b lid 1 sub a BW informatie verstrekken over de wijze waarop de overeenkomst tot stand zal komen en in het bijzonder welke handelingen daarvoor nodig zijn.

Archivering

Niet iedere bezoeker van een website neemt de moeite om de relevante gegevens van de overeenkomst voor latere raadpleging op te slaan. Dit kan tot gevolg hebben dat hij bij een geschil niet beschikt over de nodige bewijsmiddelen om zijn stellingen te bewijzen. Denk bijvoorbeeld aan een geschil omtrent de prijs die is overeengekomen. Om deze reden bepaalt art. 6:227b lid 1 sub b BW dat de dienstverlener moet aangeven of de overeenkomst al dan niet door hem wordt gearhiveerd nadat deze tot stand zal zijn gekomen. Wordt

¹⁹ Zie over deze verplichtingen onder meer C. Sander, *Consumentenbescherming bij transacties op afstand*, Den Haag: Sdu 2001; F.A.M. van der Klaauw-Koops, 'Het totstandkomen van elektronische contracten', in: R.E. van Esch & J.E.J. Prins (red.), *Recht en elektronische handel*, Deventer: Kluwer 2002, p. 127-143; C. Stuurman, 'Contracteren in een elektronische omgeving: algemene voorwaarden, informatieplichten en consumentenbescherming', in: R.E. van Esch & J.E.J. Prins (red.), *Recht en elektronische handel*, Deventer: Kluwer 2002, p. 145-159; R.E. van Esch, 'Elektronische handel', in: H. Franken, H.W.K. Kaspersen & A.H. de Wild (red.), *Recht en computer*, Deventer: Kluwer 2004, p. 151-192.

de overeenkomst gearriveerd, dan zal tevens dienen te worden aangegeven op welke wijze deze door de wederpartij kan worden geraadpleegd. Met 'archiveren' in deze bepaling wordt bedoeld 'archivering voor latere raadpleging door de wederpartij'. Iedere aanbieder van goederen of diensten zal een kopie van de elektronische order van de wederpartij opslaan en bewaren voor bewijsoeinden. Uit art. 6:227b BW volgt echter niet dat de dienstverlener verplicht is om de afnemer toegang te verzekeren tot de gearriveerde overeenkomst.²⁰ Hij moet wel aangeven of raadpleging door de afnemer mogelijk is. Daarmee verschaft hij duidelijkheid voor de wederpartij of zij al dan niet zelf een kopie van haar order moet opslaan voor latere raadpleging.

Niet gewilde handelingen

Bij het invullen van een elektronisch bestelformulier op internet zal sneller een fout worden gemaakt dan bij een schriftelijk formulier. Dit kan ertoe leiden dat men een verklaring afgeeft waaraan een wil als bedoeld in art. 3:33 BW ontbreekt. Als de ontvanger van deze verklaring redelijkerwijs ervan uit mocht gaan dat daaraan een wil van de afzender ten grondslag lag, kan hij met een beroep op art. 3:35 BW de afzender aan de verklaring houden. Om zoveel mogelijk te voorkomen dat deze situatie ontstaat, dient de dienstverlener op grond van art. 6:227b lid 1 sub c BW duidelijk te maken op welke wijze de wederpartij van door haar niet gewilde handelingen op de hoogte kan geraken, alsmede de wijze waarop zij deze kan herstellen voordat de overeenkomst tot stand komt.

In aansluiting daarop legt art. 6:227c lid 1 BW aan de verlener van een dienst van de informatiemaatschappij de verplichting op om aan de wederpartij passende, doeltreffende en toegankelijke middelen voor de detectie en het herstel van invoerfouten ter beschikking te stellen. Heeft de dienstverlener bedoelde middelen ter beschikking gesteld en heeft de wederpartij desondanks door een invoerfout een aanvaardingsverklaring verstuurd waaraan een wil ontbrak, dan kan zij zich niet met een beroep op deze bepaling aan gebondenheid aan de verklaring onttrekken.²¹ Zij zal zich dan dienen te verlaten op de bepalingen van titel 3.2 BW. De dienstverlener kan aan de verplichting uit hoofde van art. 6:227c lid 1 BW voldoen door aan het einde van de bestelprocedure, voordat de wederpartij haar instemming geeft, een overzichtspagina te presenteren waarop alle ingevoerde gegevens worden getoond.

Talen

Verleners van diensten van de informatiemaatschappij die in verschillende landen hun producten of diensten aanbieden, bieden de potentiële wederpartij

²⁰ *Kamerstukken I* 2003/04, 28 197, C, p. 11.

²¹ *Kamerstukken I* 2003/04, 28 197, C, p. 15.

vaak de mogelijkheid om in verschillende talen de overeenkomst te sluiten. De wederpartij kan in dat geval een keuze maken uit de aangeboden talen door het aanklikken van een daartoe bestemde knop op de webpagina. Als een Nederlandse dienstverlener deze mogelijkheid biedt, dient hij op grond van art. 6:227b lid 1 sub d BW de wederpartij te informeren over de talen waarin de overeenkomst kan worden gesloten. Dit kan voorkomen dat zij de overeenkomst sluit in een taal, terwijl zij ook de mogelijkheid had om de overeenkomst te sluiten in een andere taal die zij beter beheerst.

Gedragscode

Een gedragscode is een instrument dat een dienstverlener kan hanteren om vertrouwen te creëren bij de wederpartij. Het gaat om een eenzijdige verklaring van de dienstverlener dat hij zich aan bepaalde gedragsregels zal houden. Hoewel de juridische status daarvan niet duidelijk is, mag ervan worden uitgegaan dat de dienstverlener die een gedragscode onderschrijft, door de wederpartij kan worden aangesproken op de naleving van de gedragsregels uit de code. De toepasselijkheid van een gedragscode kan een belangrijke overweging zijn bij het nemen van het besluit om al dan niet een order bij een onderneming te plaatsen.

Op grond van art. 6:227b lid 1 sub e BW dient de dienstverlener informatie te verstrekken over de gedragscodes waaraan hij zich heeft onderworpen, alsmede over de wijze waarop de wederpartij deze langs elektronische weg kan raadplegen.

Voorwaarden niet zijnde algemene voorwaarden

Op grond van art. 6:227b lid 2 BW dient de dienstverlener de voorwaarden, niet zijnde algemene voorwaarden als bedoeld in art. 6:231 BW, voor of bij het sluiten van de overeenkomst ter beschikking te stellen. Het gaat hierbij om de kernbedingen van de overeenkomst. Denk aan de wijze van betaling, de uiterste datum van betaling, de datum van aflevering, duur van de overeenkomst etc.

Dit zijn elementen die van belang kunnen zijn voor de bezoeker van een website bij het nemen van het besluit of hij al dan niet een overeenkomst wil aangaan met de betreffende leverancier van het product of de dienst. Zo zijn er bijvoorbeeld vele internetgebruikers die voor het product of de dienst liever niet betalen door middel van een creditcard. Ook zullen er gebruikers zijn die bij voorkeur onder rembours betalen, zodat ze de zekerheid hebben dat het product ook daadwerkelijk afgeleverd wordt. Daarnaast kan bijvoorbeeld de termijn van aflevering van belang zijn. Als men twee weken voor de vakantie via internet een boek bestelt dat men in de vakantie wil lezen, wil men er ook zeker van zijn dat voor de aanvang van de vakantie de aflevering plaatsvindt.

Ontvangstbevestiging

Iemand die via internet een elektronische order plaatst, weet nooit zeker of die is aangekomen. Omdat men over het algemeen minder vertrouwen zal hebben in de bezorging via internet dan in de postbezorging en het elektronisch bevestigen van de ontvangst van een order amper kosten meebrengt, wordt aan de dienstverlener in art. 6:227c lid 2 BW de verplichting opgelegd tot bevestiging langs elektronische weg van de ontvangst van een elektronische verklaring. De verplichting is beperkt tot verklaringen die door de dienstverlener kunnen worden beschouwd als een aanvaarding van een aanbod of een aanbod naar aanleiding van een uitnodiging tot het doen van een aanbod.

Tot zover de beschrijving van de verplichtingen die voortvloeien uit art. 6:227b BW en art. 6:227c BW.

3.3 Sancties op overtreding

Art. 6:227b BW en art. 6:227c BW kennen twee soorten sancties: de wederpartij kan bij overtreding van een verplichting de overeenkomst vernietigen of ontbinden. Daarbij kunnen de volgende drie categorieën worden onderscheiden.

Categorie 1

Bij overtreding van de informatieverplichtingen betreffende de wijze van totstandkoming van de overeenkomst en de vaststelling en de correctie van niet gewilde handelingen is de overeenkomst vernietigbaar indien zij onder invloed van de overtreding tot stand is gekomen, waarbij de overeenkomst wordt vermoed onder invloed hiervan tot stand te zijn gekomen. Hetzelfde geldt voor de overtreding van de verplichting om middelen ter beschikking te stellen waarmee invoerfouten kunnen worden vastgesteld en gecorrigeerd. De woorden 'onder invloed van' duiden op een causaliteit tussen het ontbreken van de betreffende informatie en het sluiten van de overeenkomst. Door het wettelijk vermoeden wordt deze causaliteit verondersteld aanwezig te zijn. De dienstverlener zal dienen te bewijzen dat de overeenkomst ook onder dezelfde voorwaarden zou zijn gesloten indien hij wel aan de (informatie)verplichtingen zou hebben voldaan.

Categorie 2

Gaat het om een overtreding van de informatieverplichting betreffende de talen waarin de overeenkomst kan worden gesloten, dan is de overeenkomst eveneens vernietigbaar indien zij onder invloed daarvan tot stand is gekomen. In dat geval ontbreekt echter het wettelijk vermoeden van invloed. De weder-

partij zal de causaliteit dienen te stellen en bewijzen. Zij zal moeten bewijzen dat zij de overeenkomst niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten indien de dienstverlener wel op zijn website zou hebben aangegeven in welke talen de overeenkomst kon worden gesloten. Aangenomen mag worden dat de wederpartij – bij betwisting – net als bij dwaling slechts aan-nemelijk hoeft te maken dat zij een of meer concreet door haar aan te wijzen onderdelen van de overeenkomst niet zou hebben aanvaard.²²

Categorie 3

Bij overtreding van de informatieverplichtingen betreffende het archiveren van de overeenkomst, de gedragscodes of de voorwaarden, niet zijnde algemene voorwaarden, kan de wederpartij gedurende de tijd dat de dienstverlener de betreffende informatie niet heeft verstrekt, de overeenkomst ontbinden. Hetzelfde geldt voor de niet nakoming van de verplichting om langs elektronische weg de ontvangst van de aanvaardingsverklaring te bevestigen.

Heeft de wetgever hierbij wel de juiste keuzes gemaakt? Ten aanzien van de eerste twee categorieën merkt de wetgever in de Memorie van Toelichting het volgende op:

‘Deze informatieplichten beogen te voorkomen dat de wederpartij onbewust of onbedoeld een overeenkomst sluit of, omgekeerd, meent een overeenkomst te hebben gesloten terwijl daarvoor nog meer handelingen zijn vereist. Tevens beogen zij het sluiten van een overeenkomst met een geheel andere inhoud dan bedoeld door het maken van een enkele bedieningsfout (bijvoorbeeld een onbedoelde «klik» of een typefout) te voorkomen. Men zie over deze problematiek voorts de toelichting op artikel 227c. In lid 4 is bepaald dat een overeenkomst die tot stand is gekomen onder invloed van het niet naleven door de dienstverlener van zijn in lid 1, onder a, c, of d genoemde verplichtingen vernietigbaar is. Wat betreft de gekozen sanctie op niet naleving van de hier bedoelde verplichtingen wordt aldus aangesloten bij het feit dat de in het kader daarvan te verstrekken informatie doorgaans essentieel is voor de wils- of oordeelsvorming van de wederpartij. Indien de overeenkomst onder invloed van het niet verstrekt zijn van die informatie tot stand is gekomen, dient de wederpartij derhalve in staat te zijn zichzelf in de situatie te brengen die zou hebben bestaan indien in het geheel geen overeenkomst tot stand tot stand was gekomen.’²³

De wetgever spreekt over de wilsvorming. Ik vraag mij echter af of alle drie de gevallen over één kam kunnen worden geschoren. De informatieverplichting betreffende de wijze van totstandkoming van de overeenkomst en de (informatie)verplichting inzake de vaststelling en de correctie van niet gewilde hande-

22 Vergelijk W.L. Valk, ‘Wanneer is een bedenktijd gerechtvaardigd’, in: J. Hijma & W.L. Valk, *Wettelijke bedenktijd*, Deventer: Kluwer 2004, p. 98.

23 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 56.

lingen beogen situaties te voorkomen waarin aan de verklaring van de wederpartij de daarmee overeenstemmende wil ontbreekt. Bijvoorbeeld: een bezoeker van de website voert per ongeluk op het elektronische bestelformulier op zijn beeldscherm bij het aantal exemplaren van het te bestellen product 'twee' in plaats van 'een' in. In dat geval is art. 3:35 BW relevant. De informatieverplichting met betrekking tot de talen waarin de overeenkomst kan worden gesloten, bevindt zich naar mijn mening echter meer in de sfeer van de wilsgebreken. Kortom, er is wel een wil, maar deze is gebrekkig gevormd. Het kan immers heel goed zijn dat aan de aanvaardingsverklaring van de wederpartij een wil ten grondslag ligt, maar indien zij zou hebben geweten dat er ook de mogelijkheid bestond om de overeenkomst in een taal te sluiten die zij beter beheerst, zij bij lezing van de voorwaarden in deze taal het aanbod zou hebben verworpen. De wil zou zich dan anders hebben gevormd.

Ik ga ervan uit dat de wetgever in deze gevallen, anders dan bij de omzetting van het recht op herroeping bij overeenkomsten op afstand in een recht op ontbinding, bewust heeft gekozen voor een vernietigbaarheid van de overeenkomst. Dit leid ik af uit het feit dat de wetgever in het citaat uit de MvT aangeeft dat de wederpartij in staat dient te zijn om zichzelf in de situatie te brengen die zou hebben bestaan indien in het geheel geen overeenkomst tot stand was gekomen. De wetgever is zich derhalve bewust van de terugwerkende kracht en het daaraan verbonden goederenrechtelijke effect van de vernietiging.

Ik ben van mening dat de keuze voor een recht van vernietiging een gelukkige keuze is. De bedoelde verplichtingen hebben immers alle betrekking op de totstandkomingsfase van de overeenkomst en niet zozeer op de uitvoeringsfase.²⁴

Waarom in het ene geval wel en in het andere geval niet een rechtsvermoeden van invloed van de overtreding op de totstandkoming van de overeenkomst? De wetgever merkt daarover het volgende op:

'Teneinde de wederpartij van de dienstverlener tegemoet te komen in diens bewijsspositie is voorts bepaald dat indien de onder a of c genoemde verplichting niet is nageleefd, de overeenkomst wordt vermoed onder invloed daarvan tot stand te zijn gekomen. Ten aanzien van deze verplichtingen is dat gerechtvaardigd, omdat de daar genoemde informatie naar haar aard steeds rechtstreeks van invloed is op de vraag of een overeenkomst tot stand komt en of deze overeenkomst de door de wederpartij bedoelde inhoud heeft. Het is derhalve redelijk te veronderstellen dat het niet verstrekt zijn van die informatie invloed heeft gehad op de wilsvorming van de wederpartij. Dit ligt enigszins anders ten aanzien van het onder d bepaalde, waar het niet naleven van bedoelde verplichting nu juist in veel gevallen geen relevante invloed op de oordeelsvorming van de wederpartij zal hebben gehad en zelfs in sommige gevallen het (desondanks) tot stand komen van een overeenkomst hiervoor een aanwijzing kan zijn. Zo zal een Nederlander die een overeen-

24 Vergelijk Hijma, *supra* noot 12, p. 39.

komt met gebruikmaking van de Nederlandse taalversie van een website tot stand laat komen er geen nadeel van ondervinden indien de website ten onrechte nalaat te vermelden dat deze ook een Deense, Duitse, Engelse, Finse, Franse, Griekse, Italiaanse, Spaanse of Zweedse versie kent.²⁵

Hieruit blijkt dat de wetgever voor zijn keuze bepalend vindt de kans dat het niet naleven van de verplichting invloed heeft gehad op het sluiten van de overeenkomst. Is dit het juiste criterium? Laat ik voorstellen dat het rechtsvermoeden ook kan leiden tot misbruik. Ik geef het voorbeeld van de koper die via internet twee muziek cd's koopt. Eén voor zichzelf en één voor zijn vriendin. De website bevat geen informatie over de mogelijkheid om invoerfouten vast te stellen en te corrigeren. Achteraf heeft de koper spijt van zijn bestelling omdat hij had kunnen volstaan met een cd, waarvan hij een kopie kon branden. Hij vernietigt de overeenkomst. De verkoper kan natuurlijk nooit bewijzen dat er geen sprake is geweest van een invoerfout. De wetgever heeft er blijkbaar voor gekozen om in het kader van de bescherming van de wederpartij risico voor de verlener van de dienst van de informatiemaatschappij voor lief te nemen.

Het door de wetgever in de MvT gegeven voorbeeld lijkt overtuigend, maar is het dat ook? Een Nederlandse aanbieder van producten of diensten op internet kan zijn website ook in de Engelse taal opstellen, omdat hij zijn afzetmarkt mede in het buitenland zoekt. Verwacht mag worden dat deze situatie zich steeds meer zal gaan voordoen. De Nederlander die in dat geval niet wordt geïnformeerd over de mogelijkheid om de overeenkomst in de Nederlandse taal te sluiten, zal zich wellicht achteraf toch bekocht voelen als blijkt dat deze mogelijkheid bestond. Aan hem om te bewijzen dat hij de overeenkomst niet zou hebben gesloten, als de aanbieder zijn informatieverplichting wel zou zijn nagekomen. Het voldoen aan deze bewijsopdracht lijkt mij niet gemakkelijk.

Beter ware geweest als de wetgever had gekeken naar het doel van de sanctie, namelijk om de verlener van de dienst van de informatiemaatschappij ertoe te brengen om zijn informatieverplichting na te leven. Vanuit dit oogpunt lijkt het mij niet gepast om met betrekking tot de verplichting tot de talen waarin de overeenkomst kan worden gesloten, een uitzondering te maken. Dit is onvoldoende stimulans voor de dienstverlener. Hij kan er immers op gokken dat de wederpartij in verband met haar lastige bewijsspositie afziet van een procedure of niet in het bewijs slaagt.

Ten aanzien van de derde categorie heeft de wetgever gekozen voor het ontbindingsrecht. Over de verschillen tussen de rechtsgevolgen van het vernietigingsrecht en van het ontbindingsrecht heeft Hijma in zijn preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht²⁶ behartigenswaardige woorden geschre-

²⁵ *Kamerstukken II 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 56.*

²⁶ *Supra* noot 12.

ven. Ik ga deze hier niet herhalen. Kenmerkend verschil is de terugwerkende kracht en de daaraan verbonden goederenrechtelijke gevolgen, die de vernietiging wel en de ontbinding niet heeft.

Voor de argumentatie voor de keuze voor het ontbindingsrecht voor de derde categorie van verplichtingen laat ik de wetgever aan het woord. Deze merkt ten aanzien van de verplichtingen uit hoofde van art. 6:227b lid 1 sub b en e BW het volgende op:

‘De informatieplichten onder b en e zijn van belang om de transparantie voor de wederpartij zo groot mogelijk te maken. Mocht deze informatie echter onverhoopt niet voor het sluiten van de overeenkomst zijn verschaft dan kan deze ook nog naderhand ter beschikking worden gesteld. Om de dienstverlener er toe aan te sporen om deze informatieplichten na te komen is in lid 5 bepaald dat de wederpartij van de dienstverlener de overeenkomst kan ontbinden gedurende de tijd dat deze laatste de gegevens onder b en e niet heeft verstrekt.’²⁷

Hoewel dat niet met zoveel woorden wordt gezegd, lijkt de keuze voor het ontbindingsrecht bij niet naleving van de verplichting tot het ter beschikking stellen van de voorwaarden, niet zijnde algemene voorwaarden, door dezelfde redenen te zijn ingegeven.

Wat meteen opvalt is dat de wetgever hier wel de doelstelling van de sanctie, namelijk het aansporen van de dienstverlener om zijn informatieverplichtingen na te komen, noemt.

Anders dan bij het vernietigingsrecht ontbreekt hier de causaliteit. Voldoende is dat vaststaat dat de betreffende informatie niet was verstrekt op het tijdstip waarop de ontbindingsverklaring haar werking had.²⁸ Dat is logisch omdat het hier niet om verplichtingen gaat die iets met de wilsvorming te maken hebben. Zij hebben immers geen betrekking op een informatietekort of een psychologisch tekort,²⁹ als wel op de bewijspositie van de wederpartij. Interessant is de vraag wie wat moet bewijzen. Moet de dienstverlener, om de ontbinding haar werking te ontnemen, stellen en bewijzen dat hij voor de ontbindingsverklaring de betreffende informatie heeft verstrekt of moet de wederpartij stellen en bewijzen dat de informatie niet althans niet tijdig ter beschikking is gesteld? Het lijkt mij redelijk en billijk dat de wederpartij bij betwisting zal moeten stellen en bewijzen dat zij een ontbindingsverklaring heeft gestuurd en de dienstverlener vervolgens om zijn vordering tot nakoming van de overeenkomst te laten slagen zal moeten stellen en bewijzen dat de informatie wel degelijk op tijd is verstrekt.³⁰

27 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 56-57.

28 De vraag wanneer de ontbindingsverklaring haar werking heeft, dient te worden beantwoord aan de hand van art. 3:37 lid 3 BW. Zie *Kamerstukken I* 2003/04, 28 197, C, p. 17.

29 Zie Valk, *supra* noot 22, p. 91.

30 Zie art. 150 Rv en *Kamerstukken I* 2003/04, 28 197, C, p. 17.

De opmerking dat de informatie ook nog naderhand ter beschikking kan worden gesteld, doet vreemd aan als het gaat om de informatieverplichting met betrekking tot de archivering. Zij is correct als de dienstverlener inderdaad de overeenkomst ten behoeve van de wederpartij archiveert. Dan maakt het namelijk niet uit dat bijvoorbeeld pas in de ontvangstbevestiging wordt aangegeven op welke wijze deze gegevens kunnen worden geraadpleegd. Anders is het echter als de dienstverlener niet voor de wederpartij de overeenkomst archiveert. Wordt zij daarvan niet in kennis gesteld tijdens het totstandkomingsproces, dan is de kans groot dat zij zelf niet ter verbetering van haar bewijspositie de benodigde gegevens opslaat, bijvoorbeeld door de relevante pagina's van de website uit te printen. Hooft zij pas na het sluiten van de overeenkomst dat zulks het geval is, dan heeft zij ook geen mogelijkheid meer om zelf maatregelen te nemen. De gegevens zijn op dat moment voor haar immers niet meer beschikbaar. Denk bijvoorbeeld aan het geval dat een koper op een website een product koopt voor € 20 en in de ontvangstbevestiging van de order een koopprijs van € 22,50 staat vermeld.

De keuze voor het ontbindingsrecht als sanctie op het niet naleven van deze informatieverplichting acht ik juist. Deze verplichting heeft immers geen betrekking op de wilsvorming van de wederpartij als wel op het waarborgen van haar bewijspositie. Een recht op vernietiging met de daaraan verbonden terugwerkende kracht en het goederenrechtelijke effect, zou naar mijn mening een te zware sanctie voor de dienstverlener zijn geweest.

Ook voor wat betreft de informatieverplichting met betrekking tot een gedragscode heeft de wetgever gekozen voor het ontbindingsrecht. Hij focust zich daarbij waarschijnlijk met name op de mogelijkheid voor de wederpartij om van de inhoud daarvan kennis te nemen en de onderneming die de gedragscode heeft onderschreven, aan te spreken op de naleving daarvan. Maar informatie over een toepasselijke gedragscode kan ook een factor zijn bij de bepaling van de wil om het aanbod te aanvaarden. Het is nu eenmaal aantrekkelijker om zaken te doen met een onderneming die zich door middel van een gedragscode eenzijdig allerlei verplichtingen heeft opgelegd. Ik ben het echter met de wetgever eens dat hier een recht op vernietiging van de overeenkomst niet op zijn plaats zou zijn geweest. Als de wederpartij bereid was het aanbod te aanvaarden zonder op de hoogte te zijn van de toepasselijkheid van een gedragscode, zou zij dat immers zeker ook zijn geweest indien zij daaromtrent wel juist zou zijn geïnformeerd.

Hijma stelt nog de vraag of de informatieverplichting ten aanzien van de voorwaarden, niet zijnde algemene voorwaarden, niet in de sfeer van de wilsvorming thuishoort en daarom beter bij de vernietigbaarheid had kunnen worden ondergebracht.³¹ Uiteraard zijn deze voorwaarden van eminent belang bij de vorming van de aanvaardingswil. Blijkens de bewoordingen

31 Hijma, *supra* noot 12, p. 17.

van art. 6:227b lid 2 BW heeft de wetgever deze verplichting echter met name opgenomen om de wederpartij de mogelijkheid te geven deze gegevens op te slaan voor latere raadpleging. Bij deze bewijsdoelstelling past naar mijn mening meer een ontbindingsrecht dan een vernietigingsrecht.

Aan het begin van deze paragraaf stelde ik de vraag: 'Heeft de wetgever hierbij wel de juiste keuzes gemaakt?'. Alles overwegende zou ik deze vraag bevestigend willen beantwoorden met daarbij de kanttekening dat het rechtsvermoeden van invloed wat mij betreft ook had mogen worden geïntroduceerd met betrekking tot de informatieverplichting ten aanzien van de talen waarin de overeenkomst kan worden gesloten.

3.4 De effectiviteit van de sancties

In par. 3.2 heb ik reeds opgemerkt dat de sancties volgens art. 20 van de Richtlijn inzake elektronische handel doeltreffend, evenredig en afschrikkend moeten zijn. Voldoen de sancties op niet naleving van de verplichtingen uit art. 6:227b en art. 6:227c BW aan deze eisen?

Ten aanzien van de sanctie uit de tweede categorie van par. 3.3 (de talen waarin de overeenkomst kan worden gesloten) heb ik mijn twijfels. Zoals gezegd, door het ontbreken van een rechtsvermoeden van invloed van de overtreding op de totstandkoming van de overeenkomst is het aan de wederpartij om te bewijzen dat zij de overeenkomst niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten indien zij op de website van de dienstverlener erop zou zijn gewezen dat de overeenkomst ook in andere talen kon worden gesloten. Het zal niet gemakkelijk zijn om aan deze bewijsopdracht te voldoen. Ik kan me goed voorstellen dat een consument afziet van een rechtsprocedure zodra hij beseft dat hij dit bewijsrisico loopt. Het is voor mij dan ook de vraag of deze sanctie voldoende doeltreffend en afschrikwekkend is voor de verlener van de dienst van de informatiemaatschappij om hem te bewegen aan deze informatieverplichting te voldoen.

Wat te denken van de sancties uit de derde categorie van par. 3.3? Krachtens art. 6:227b lid 1 BW moet de informatie over de archivering en de gedragscode worden verstrekt voordat de overeenkomst langs elektronische weg tot stand komt. De voorwaarden, niet zijnde algemene voorwaarden, moeten krachtens het tweede lid van dit artikel ter beschikking worden gesteld voor of bij het sluiten van de overeenkomst. De wederpartij heeft op grond van het vijfde lid het recht de overeenkomst te ontbinden gedurende de tijd dat de verlener van de dienst van de informatiemaatschappij deze informatie niet heeft verstrekt. Praktisch zou de dienstverlener deze verplichtingen echter straffeloos kunnen overtreden door in de ontvangstbevestiging als bedoeld in art. 6:227c lid 2 BW de betreffende informatie op te nemen. Ik acht namelijk niemand in staat om in de zeer korte tijdsperiode tussen het tijdstip van beëindiging van het orderproces en het tijdstip van ontvangst van de e-mail met

de ontvangstbevestiging (slechts enkele seconden) een ontbindingsverklaring te sturen naar de dienstverlener. Bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer is deze vraag aan de orde geweest. De Minister merkt hierover het volgende op:

‘Deze leden vroegen voorts of artikel 227b lid 2 in de praktijk geen wassen neus zal blijken te zijn omdat het recht op ontbinding krachtens lid 5 van dat artikel vervalt zodra de desbetreffende informatie door de dienstverlener alsnog is toegezonden. Artikel 227b lid 2 bepaalt dat een dienstverlener de voorwaarden van de overeenkomst aan zijn wederpartij ter beschikking dient te stellen op een manier die het voor de wederpartij mogelijk maakt deze op te slaan ten behoeve van latere kennisneming. Het gaat hier om een informatieverplichting die met name beoogt te verzekeren dat de afnemer hetgeen hij overeengekomen is in een later stadium nog eens rustig kan doorlezen, bijvoorbeeld in verband met een bij de uitvoering van de overeenkomst gerezen probleem. Zo gezien is het geen groot bezwaar indien aan deze verplichting kort na de totstandkoming van de overeenkomst worden nageleefd. Niettemin is het een uit de richtlijn voortvloeiende verplichting en is ter aansporing van de dienstverlener in deze de ontbindingsmogelijkheid van 227b lid 5 opgenomen.’³²

De Minister acht de hierboven beschreven situatie geen ramp als het gaat om de terbeschikkingstelling van de voorwaarden, niet zijnde algemene voorwaarden. Uit praktisch oogpunt kan ik het daarmee eens zijn, zeker nu het doel van de verplichting ook op deze wijze wordt verwezenlijkt. Hetzelfde geldt ten aanzien van de verplichting om informatie over de gedragscode te verstrekken, die immers ook tot doel heeft om de wederpartij in staat te stellen later van de inhoud van de gedragscode kennis te nemen. Ook gaat deze redenering op in het geval dat de dienstverlener op zijn website aangeeft dat hij de overeenkomst archiveert ten behoeve van de wederpartij en eerst in de ontvangstbevestiging vermeldt op welke wijze de gearcheverde overeenkomst door haar kan worden geraadpleegd. Men zou kunnen stellen dat in deze gevallen de sanctie de facto evenredig is aan de gevolgen van de overtreding, namelijk nihil. Ik betwijfel echter of zulks ook het geval is indien de dienstverlener op zijn website niets vermeldt over archivering en pas in de ontvangstbevestiging mededeelt dat hij niet archiveert ten behoeve van de wederpartij. In dat geval kunnen er wel degelijk gevolgen voor de wederpartij zijn verbonden aan de overtreding. Zou zij er immers tijdens het orderproces door de dienstverlener al op gewezen zijn dat hij niet archiveert, dan zou zij waarschijnlijk zelf maatregelen hebben genomen om de benodigde gegevens voor bewijdsdoeleinden op te slaan. Bij gebreke van deze mededeling is de kans groot dat zij dit vergeet. En het uitoefenen van het recht op ontbinding is, zoals hierboven reeds opgemerkt, illusoir.

32 *Kamerstukken I 2003/04*, 28 197, C, p. 14.

3.5 Bestaande remedies

Ten aanzien van de sancties op het niet naleven van de verplichtingen uit de eerste en de tweede categorie van par. 3.3 kan men de vraag stellen of de wetgever niet gewoon aansluiting had kunnen zoeken bij de bestaande remedies. Daarbij gaat het ten eerste om een beroep op het ontbreken van een met de aanvaardingsverklaring overeenstemmende wil en het in dat kader evenwicht creërende art. 3:35 BW en ten tweede de dwaling.

Laten we met de eerste remedie beginnen. Stel dat de wederpartij van een dienstverlener stelt dat zij per ongeluk op de enter toets van haar toetsenbord heeft gedrukt en daarmee een aanvaardingsverklaring heeft verstuurd die zij niet wilde. Het is zo dat mensen geneigd zijn sneller op zo'n toets te drukken dan goed voor hen is. Het apparaat 'computer' brengt dat nu eenmaal mee. In de meeste gevallen zal echter het ontbreken van de wil niet kenbaar zijn voor de dienstverlener en zal een beroep daarop stuiten op art. 3:35 BW. Alleen al hierom lijkt het inderdaad geen begaanbare weg om bij de aansporing van de dienstverlener tot naleving van de verplichting tot het verstrekken van (informatie over) middelen ter correctie van invoerfouten³³ te vertrouwen op die remedie. Hetzelfde geldt met betrekking tot de verplichting om informatie te verschaffen over de handelingen die nodig zijn om de overeenkomst te sluiten.

Dan de dwaling. Ik denk dat hier hetzelfde geldt als Valk opmerkt ten aanzien van de dwaling in zijn preadvies over de wettelijke bedenktijden.³⁴ Ongeacht of bij niet naleving van de informatieverplichting wordt voldaan aan de vereisten voor een beroep op dwaling als opgenomen in art. 6:228 BW, dient te worden geconstateerd dat de effectiviteit van de dwalingregeling te beperkt is om de verlener van een dienst van de informatiemaatschappij aan te sporen bijvoorbeeld zijn informatieverplichting ten aanzien van de talen waarin de overeenkomst kan worden gesloten, na te leven. Hij kan er immers gerust op gokken dat de wederpartij gezien de vereisten van art. 6:228 BW voor een beroep op dwaling überhaupt niet de moeite wil nemen om daarover te procederen.

Afgezien van de vraag of de Europese Commissie voor wat betreft de implementatie van de Richtlijn inzake elektronische handel genoeg zou hebben genomen met een verwijzing naar de bestaande remedies in ons Burgerlijk Wetboek, lijkt mij de keuze van de wetgever voor een eigen sanctie-complex ten aanzien van de informatieverplichtingen om de hierboven gemelde redenen gerechtvaardigd.

33 Art. 6:227b lid 1 sub c BW en art. 6:227c lid 1 BW.

34 Valk, *supra* noot 22, p. 100-101.

4 CONCLUSIE

In het verleden heb ik me wel kritisch uitgelaten over het sanctiecomplex dat de wetgever heeft geïntroduceerd in de Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel.³⁵ Ook bij de aanvang van het schrijven van deze bijdrage was ik hierover niet positief gestemd. Op basis van de nadere analyse van dit sanctiecomplex heb ik mijn mening echter bijgesteld. Uiteraard heb ik hier en daar mijn opmerkingen over de gemaakte keuzes en de argumentatie. Maar in grote lijnen kan ik de keuzes van de wetgever onderschrijven. Ik ben van mening dat zij het systeem van het Burgerlijk Wetboek geen geweld aandoen.

35 Zie bijv. R.E. van Esch, 'De Aanpassingswet elektronische handel', *Computerrecht* 2004, p. 115.

12 | De invloed van het Europese spoorrecht op de contractvrijheid tussen spoorgoederenvervoerders en de railinfrastructuurbeheerder

V.J.A. Sütő [■]

1 INLEIDING

Veel gehoord is de verzuchting dat ‘Europa’ zich overal mee bemoeit. Je kunt het inderdaad bijna niet bedenken, of er is over nagedacht, geregeld en gedaan: van bananen tot bijen, hommels en de door voertuigen veroorzaakte radio-storingen: er zijn communautaire regelingen¹ die het nationale recht, ook ons privaatrecht, in toenemende beïnvloeden. Heilige huisjes zijn er niet. De doorbreking van de normale regels van ons contractenrecht kan ver gaan. Ook het fundament (of: een van de fundamentele rechtsbeginselen²) van ons contractenrecht, contractvrijheid, blijft daarbij niet onaangetast.³

Zo heeft de Europese regelgeving in het kader van de liberalisering van het spoor geleid tot Nederlandse regelgeving waarin op diverse plaatsen contractvrijheid tussen partijen vergaand beperkt wordt of zelfs omslaat in contractdwang. Nu was contractdwang in spoorse zaken geen onbekende ten onzent, er bestond bijvoorbeeld al vrij lang een contracteerplicht tussen de

■ V.J.A. Sütő is advocaat te Den Haag en *visiting fellow* bij het E.M. Meijers Instituut van de Universiteit Leiden.

1 Verordening 1402/2005 van de Commissie tot vaststelling van de hoeveelheid bananen die in het vierde kwartaal van 2005 in het kader van de tariefcontingenten A/B en C voor invoer in de gemeenschap beschikbaar zijn, *PbEG* (2005) L 222, p. 3-4; Beschikking van de Commissie tot wijziging van beschikking 2003/881/EG betreffende de veterinairerechtelijke voorschriften en de certificeringvoorwaarden voor de invoer van bijen en hommels uit bepaalde derde landen, *PbEG* (2005) L 025, p. 64-68; Richtlijn 2005/49/EG van de Commissie van 25 juli 2005 tot wijziging van Richtlijn 72/245/EEG van de Raad betreffende door voertuigen veroorzaakte radiostoring (elektromagnetische compatibiliteit) en van Richtlijn 70/156/EEG inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten betreffende de goedkeuring van motorvoertuigen en aanhangwagens daarvan met het oog op hun aanpassing aan de technische vooruitgang, *PbEG* (2005) L 194.

2 Het fundamentele beginsel van de contractvrijheid heeft volgens Hondius een ‘zuster’ gekregen in het beginsel van de (bescherming van de) zwakke partij. Het is geworden: ‘niet tot een regel die de plaats van de contractvrijheid heeft ingenomen, maar tot een regel die naast de contractvrijheid recht heeft op hetzelfde aanzien.’ E.H. Hondius, ‘De zwakke partij in het contractenrecht; over de verandering van paradigma’s van het privaatrecht’, in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker, *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 387-394.

3 Zie bijv. P.J. Slot & M.H. Wissink, ‘Contractvrijheid en Europees recht’, in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker, *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 283-298.

personenvervoerder per spoor (vooral NS) en diens cliënten (de reizigers).⁴ De recente spoorwegwetgeving heeft daaraan andere rechtsverhoudingen toegevoegd waarin sprake is van – minst genomen – een vergaande inperking van de contractvrijheid. Deze lijkt zich voor te doen in de context van één van de opvallende nieuwigheden van de Spoorwegwet die in 2005 in werking trad.⁵ Ik doel op de keuze van de regering om de verhouding tussen enerzijds de beheerder van de hoofdspoorweginfrastructuur (ProRail) en anderzijds de spoorwegondernemingen⁶ (veelal spoorvervoerders) door het privaatrecht te doen beheersen.⁷ De onderhavige beschouwing richt zich op deze juridisch nieuw ingeklede verhouding tussen ProRail en spoorvervoerders, in het bijzonder spoorgoederenvervoerders. Om hun bedrijf te kunnen uitoefenen zijn de spoorgoederenvervoerders onder de nieuwe wetgeving afhankelijk van een privaatrechtelijke relatie (door middel van toegangs- en/of kaderovereenkomsten) met de infrastructuurbeheerder.

De centrale vraag die dit betoog probeert te beantwoorden is in hoeverre het Europese spoorrecht aanleiding geeft tot de in Nederland gekozen, indringende doorbreking van één van de vaste privaatrechtelijke uitgangspunten, contractvrijheid, door het verplicht stellen van toegangsovereenkomsten tussen vervoerders en infrastructuurbeheerder. Daarbij spelen verschillende (sub)vragen. Waren er ook andere mogelijkheden voor de nationale wetgever, die de eenheid van het contractenrecht minder verstoord zouden hebben? Hoe zit het met de motivering van de gekozen beperking van de contractvrijheid? Een inbreuk op een dergelijk principieel uitgangspunt van ons contractenrecht behoeft immers rechtvaardiging; verder gaande inbreuk dan strikt noodzakelijk is ongewenst. Is de civielrechtelijke verhouding die de Spoorwegwet tussen deze partijen geconstrueerd heeft, uitgewerkt op een manier die past bij het systeem van ons contractenrecht of bruuskeert dit systeem ook in zijn uitwerking de eenheid van ons contractenrecht? Aan de hand van een voor de spoorgoederenvervoerders uitermate belangrijk aspect van de toegangsovereenkomst, te weten de vergoeding die hij moet gaan betalen voor de toegang tot

4 Zie hierover het knappe proefschrift van I.S.J. Houben, *Contractdwang* (diss. Leiden 2005), Deventer: Kluwer 2005, o.a. p. 69-70.

5 Wet van 23 april 2003, houdende nieuwe algemene regels over de aanleg, het beheer, de toegankelijkheid en het gebruik van spoorwegen alsmede over het verkeer over spoorwegen, *Stb.* 2003, 264; Met 'Spoorwegwet' wordt in dit opstel steeds de nieuwe, op 1 januari 2005 ingevoerde wet bedoeld. De 'oude' Spoorwegwet wordt aangeduid als de Spoorwegwet 1875.

6 'Spoorwegonderneming' is volgens artikel 1, sub f Spw: 'spoorwegonderneming als bedoeld in richtlijn 95/18/EG alsmede iedere andere onderneming die gebruik maakt of beoogt te maken van de spoorweg en daarvoor de beschikking heeft over tractie.' In de bedoelde richtlijn staat: 'Elke privaot- of publiekrechtelijke onderneming waarvan de voornaamste activiteit bestaat in het leveren van spoorwegvervoerdiensten voor goederen en/of reizigers, waarbij die onderneming voor de tractie moet zorgen; hiertoe behoren ook ondernemingen die uitsluitend tractie verzorgen.'

7 Ook over deze verhouding Houben 2005, p. 66-69.

het spoor (de 'gebruiksvergoeding'), wil ik tot beantwoording van deze vragen komen.

De opzet van dit opstel is als volgt: eerst wordt het beginsel van de contractvrijheid zoals ik dat voor dit opstel begrijp, kort aangeduid (paragraaf 2).

Om de vragen die dit opstel stelt te kunnen beantwoorden is het niet te vermijden de spoorrechtelijke context waarbinnen zij opkomen te schetsen. Daarom worden in paragraaf 3 de door de EG vastgestelde spoorse richtlijnen beknopt besproken; deze vormen (mede) de aanleiding om de spoorwegwetgeving aan te passen. Paragraaf 4 is ook 'spoor' ingevuld. De parlementaire geschiedenis van de Spoorwegwet die handelt over de rechtsverhouding tussen vervoerders en ProRail wordt weergegeven. Daarbij wordt speciale aandacht besteed aan de wijze waarop in de Spoorwegwet een cruciaal en betrekkelijk nieuw element, de voor de toegang tot het spoor te betalen vergoeding, is geregeld. Vervolgens zal in paragraaf 5 worden getoetst in hoeverre de in paragraaf 2 besproken elementen van contractvrijheid overeind gebleven zijn in de hier besproken verhouding vervoerder / infrastructuurbeheerder. In paragraaf 6 zullen de in deze Inleiding gestelde vragen beantwoord worden. Mogelijke alternatieven die de wetgever had kunnen aanwenden om de verhouding vervoerder / railinfrastructuurbeheerder vorm te geven worden daarbij aangedragen. Paragraaf 7 bevat de conclusies.

2 CONTRACTVRIJHEID

Contractvrijheid is een begrip dat gemakkelijk uitnodigt tot allerlei theoretische bespiegelingen die in dit betoog niet op zijn plaats zijn. Het is wel op zijn plaats de kenmerken van contractvrijheid aan te duiden, teneinde te kunnen toetsen of, en zo ja in hoeverre, de Spoorwegwet een inbreuk maakt op dit voor ons contractenrecht principiële beginsel waarop – zoals Rutten dat ooit formuleerde – 'ons hele privaatrecht is (...) gebaseerd.'⁸ Hoe zeer wordt de eenheid van ons contractenrecht doorkruist door verplichtingen en voorschriften in de Spoorwegwet?

Voor dit betoog ga ik ervan uit dat de vrijheid te contracteren impliceert dat:

- 1 het een partij vrij staat wel of geen overeenkomst met een ander aan te gaan;
- 2 het een partij, indien hij een overeenkomst wil, vrij staat te kiezen met wie hij die overeenkomst wil aangaan;
- 3 het hem vrij staat de wijze waarop de overeenkomst aangegaan wordt naar eigen inzicht te regelen, en

8 L.E.H. Rutten, *Mr C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 3. Verbintenissenrecht. Deel II.1. De overeenkomst en de verbintenis uit de wet*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1954, p. 28.

- 4 het hem vrij staat de inhoud, de werking en de voorwaarden van die overeenkomst vrij te bepalen.⁹

Op alle hierboven genoemde aspecten afzonderlijk kan inbreuk gemaakt worden, evenals op alle denkbare combinaties van deze vier aspecten. De meest vergaande inbreuk is vanzelfsprekend die, waarin door wet- en regelgeving allevier de factoren nader ingevuld worden. In het vervolg (met name in paragraaf 5) wordt ten aanzien van elk van deze punten nagegaan in hoeverre de Spoorwegwet terzake van de verhouding tussen de spoorgoederenvervoerders en de railinfrastructuurbeheerder de contractvrijheid al dan niet respecteert.

3 EUROPEES SPOORRECHT, ENKELE RICHTLIJNEN

Begin jaren negentig van de vorige eeuw is in Nederland het proces gestart om nieuwe verhoudingen in het spoorvervoer te creëren; daarmee wordt voornamelijk het introduceren van marktwerking op het spoor bedoeld.¹⁰ Dit proces is in gang gezet en verder gestimuleerd door de ontwikkelingen in het gemeenschappelijk vervoerbeleid van de Europese Unie. In de in dit verband uitgevaardigde richtlijnen zijn aanzienlijke groeidoelstellingen voor het spoorvervoer geformuleerd, onder andere om de toenemende transportcongestie en milieuproblematiek (zoals emissie van schadelijke stoffen en van geluid) het hoofd te bieden. Om de op punten verstrekkende herziening van het Nederlandse spoorrecht waarbinnen de in dit opstel gestelde vragen spelen te begrijpen, wordt in deze paragraaf de communautaire regelgeving die (mede) de aanstoot gaf voor de hercodificatie van het Nederlandse spoorrecht kort besproken.

De eerste stap in de ontwikkeling van een gemeenschappelijk spoorbeleid is richtlijn 91/440/EEG.¹¹ De richtlijn, die marktwerking als een leidinggevend principe benoemt, benadrukt dat de spoorwegen een essentieel bestanddeel vormen van de (goederen)vervoersector binnen de gemeenschap. Met het oog op integratie in een markt met vrije concurrentie tussen verschillende vervoermodaliteiten (bijvoorbeeld spoor, weg en binnenvaart) acht de richtlijn het van belang om de efficiëntie van het spoor te verbeteren. De lidstaten dienen

9 Vgl. A.Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2005, p. 34 en vijftig jaar eerder al in ongeveer diezelfde bewoordingen Asser-Rutten 1954, 3-II.1, p. 28. In beide werken is het door mij genoemde punt 3 minder expliciet als element van contractvrijheid opgenomen.

10 Zie voor de ontwikkelingen van toen en een historische 'spoorschets' F.C. Kuik, 'Overheden en spoorwegbedrijven: een relatie in beweging', *Openbare Uitgaven* 1992, p. 35-42.

11 Richtlijn 91/440/EEG van de Raad van Europa van 29 juli 1991 betreffende de ontwikkeling van spoorwegen in de gemeenschap, *PbEG* 237.

de spoorwegondernemingen het statuut te geven van een volgens commerciële beginselen functionerende onafhankelijke onderneming die zich richt naar de behoeften van de markt.

De richtlijn lanceert een aantal maatregelen om de efficiëntie en het concurrentievermogen van het spoorvervoer versterken. Eén daarvan is de (ten minste boekhoudkundige) scheiding tussen enerzijds het beheer van de spoorweginfrastructuur en anderzijds de exploitatie van vervoerdiensten.¹² In veel landen worden het beheer van de spoorweginfrastructuur en het spoorvervoer nog verzorgd vanuit één en dezelfde organisatie, in Nederland gebeurt dit in die dagen vanuit de NS Holding. Met de uitvaardiging van richtlijn 91/440/EEG nemen de lidstaten het op zich, om een scheiding tussen vervoer en beheer aan te brengen.¹³ Dit beheer betreft grosso modo de zorg voor de kwaliteit en de betrouwbaarheid van hoofdspoorweginfrastructuur,¹⁴ de verkeersleiding, en de beschikbaarheid en verdeling van de hoofdspoorweginfrastructuurcapaciteit. Dit laatste is van cruciaal belang voor de spoorvervoerders. Ten opzichte van het vervoer over de weg kent het vervoer per spoor namelijk een belangrijke beperking: vervoerders kunnen niet, zoals auto's, bussen en dergelijke dat wel kunnen, zomaar 'de weg' op. De spoorweginfrastructuur kan een beperkt aantal vervoerbewegingen aan, die vanwege de beperkte ruimte strak gecoördineerd dienen te worden. Ruim van te voren moeten vervoerders die gebruik willen maken van hoofdspoorweginfrastructuur capaciteit aanvragen. Dit wil zeggen dat zij om toegang te krijgen tot het spoor dienen aan te geven wanneer zij waar het spoor op willen. De capaciteitsaanvraag wordt ingediend bij de infrastructuurbeheerder, die vervolgens de capaciteit volgens bepaalde regels en criteria verdeelt.

In het verlengde van bedoelde splitsing langs de lijn beheer/vervoer vindt de introductie van een vergoeding voor het gebruik van spoorweginfrastructuur plaats, de zogenaamde gebruiksheffing, of – in de woorden van de Spoorwegwet – de gebruiksvergoeding. Deze zou concurrentiebevoorderend zijn en een betere prijs-kwaliteitverhouding bewerkstelligen. Een hard uitgangspunt van de richtlijn is daarbij dat de gebruiksvergoeding zodanig wordt berekend, dat iedere discriminatie tussen spoorwegondernemingen wordt vermeden (artikel 8 RL 91/440/EEG). Voor de goederenvervoerders zijn dit twee essentiële

12 Deze scheiding is in Nederland inmiddels doorgevoerd door het spoorvervoer en het beheer van de railinfrastructuur te splitsen. Het railinfrastructuurbeheer is ondergebracht bij ProRail B.V.

13 Zie over deze splitsing H. de Groot & P.H. de Haaij, 'Verzelfstandiging van nationale spoorwegen: ervaringen in Nederland en elders', *Openbare Uitgaven* 1998, p. 142-148.

14 'Hoofdspoorweginfrastructuur' is geen begrip uit de Europese regelgeving, maar een term uit de Spoorwegwet (vgl. artikelen 1 en 2). Bij Koninklijk Besluit zijn de hoofdspoorwegen aangewezen: Besluit van 20 december 2004, houdende aanwijzing van hoofdspoorwegen, alsmede houdende intrekking van enkele op grond van de Locaalspoor- en Tramwegwet genomen besluiten (Besluit aanwijzing hoofdspoorwegen), 20 december 2004.

aspecten van het spoorvervoer: de toegang tot het spoor en het prijskaartje dat aan die toegang wordt gehangen.

In 1995 wordt een spoorrichtlijn uitgevaardigd die meer in het bijzonder ingaat op de gebruiksvergoeding en de verdeling van spoorweginfrastructuurcapaciteit: richtlijn 95/19/EG.¹⁵ Deze richtlijn zet een raamwerk op, onder andere om een uniforme en niet-discriminerende toegang tot de spoorweginfrastructuur en toepassing van de gebruiksvergoeding daarvoor verder te stimuleren. De lidstaten wordt opgedragen om de procedures van toewijzing van infrastructuurcapaciteit vast te stellen (artikel 10 lid 1 RL 95/19/EG); de toewijzing van de infrastructuurcapaciteit geschiedt vervolgens door de 'toewijzende instantie' (dit is de infrastructuurbeheerder). Ook stellen de lidstaten na raadpleging van de infrastructuurbeheerder de nadere regels vast voor de bepaling van de gebruiksvergoeding (artikel 7 lid 1 RL). Afgezien van de consultatieverplichting ligt de regulering van de gebruiksvergoeding daarmee nog volledig in het publieke domein: de lidstaten dienen de regels te stellen.

De in richtlijn 91/440/EEG en 95/19/EG opgenomen voorschriften omtrent de gebruiksvergoeding zijn geïmplementeerd in de Spoorwegwet 1875;¹⁶ deze implementatie betreft voornamelijk vastlegging van de grondslagen voor de berekening van de gebruiksvergoeding zoals het aantal afgelegde treinkilometers. Bij ministeriële regeling zijn hieromtrent nadere regels gesteld.¹⁷

Het door de verschillende richtlijnen beoogde, revitaliserende effect op het spoor(goederen)vervoer blijft uit. In 2001 stellen de Raad en de Europese Commissie een viertal nieuwe spoorrichtlijnen vast om het voorgenoemde beleid meer kracht bij te zetten. Voor de gebruiksvergoeding en capaciteittoewijzing is richtlijn 2001/14/EG de belangrijkste.¹⁸

15 RL 95/19/EG van de Raad van 19 juni 1995 inzake de toewijzing van infrastructuurcapaciteit en de heffing van gebruiksrechten voor de spoorinfrastructuur, *PbEG* 1995, L 143. Deze wordt tegelijk met richtlijn 91/18/EG van de Raad van 19 juni 1995 betreffende de verlening van vergunningen aan spoorwegondernemingen, *PbEG* 1995, L 143 uitgevaardigd. Laatstgenoemde richtlijn mist voor dit betoog relevantie.

16 Wet van 13 november 1997, houdende aanpassing van de Spoorwegwet en de Wet Personenvervoer aan Richtlijn 91/440/EEG en Verordening (EEG) nr. 1893/91 (*Stb.* 578). Deze wet is op 3 december 1997 in werking getreden.

17 Besluit van 25 oktober 1999, houdende regels voor de vergoeding ter zake van het gebruik van spoorweginfrastructuur, *Stb.* 1999, 457.

18 RL 2001/14/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2001 inzake de toewijzing van spoorweginfrastructuurcapaciteit en de heffing van rechten voor het gebruik van spoorweginfrastructuurcapaciteit alsmede inzake veiligheidscertificering, *PbEG* 2001, L 75. Nog maar nauwelijks is deze richtlijn in de nationale wetgeving geïmplementeerd, of een nieuwe richtlijn, die 2001/14/EG wijzigt, is al weer uitgevaardigd. Het gaat om (Rectificatie van) richtlijn 2004/49/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 inzake de veiligheid op de communautaire spoorwegen en tot wijziging van Richtlijn 95/18/EG van de Raad betreffende de verlening van vergunningen aan spoorwegondernemingen, en van richtlijn 2001/14/EG van de Raad inzake de toewijzing van infrastructuurcapaciteit en de heffing van rechten voor het gebruik van spoorweginfrastructuur alsmede inzake veiligheidscertificering, *PbEG* 2004, L 220.

De 'bonte verscheidenheid' die volgens de Raad en de Commissie is ontstaan aangaande de structuur en de hoogte van de gebruiksvergoeding en de vorm en procedures voor de toegang tot het spoor wordt een onwenselijke ontwikkeling geacht, die deze richtlijn keren wil. Om dit doel te bereiken beschrijft de richtlijn, er daarbij van uitgaand dat de gebruiksvergoeding een stimulans voor marktwerking zal zijn, de beginselen en procedures die bij de vaststelling van die vergoeding dienen te worden toegepast. De richtlijn erkent dat de infrastructuurbeheerder een natuurlijk monopolist is, die gestimuleerd moet worden zijn kosten te reduceren en de infrastructuur efficiënt te beheren.¹⁹ Lidstaten worden verplicht een kaderregeling vast te stellen voor de gebruiksheffingen. Daarnaast dienen bovendien specifieke tarifieringsvoorschriften te worden vastgesteld, maar deze bevoegdheid mag gedelegeerd worden aan de infrastructuurbeheerder (mits deze onafhankelijk is van de spoorwegondernemingen). Anders dan de vorige richtlijn (95/19/EG) nog bepaalde, maakt de laatstgenoemde bepaling in richtlijn 2001/14/EG het mogelijk de regeling van de gebruiksvergoeding buiten het 'publiekrechtelijke' domein te brengen. De bevoegdheid om terzake van de gebruiksvergoeding nadere regels te stellen kan zoals gezegd neergelegd worden bij de – eventueel privaatrechtelijke – infrastructuurbeheerder.

De richtlijn zet ook de deur open voor het sluiten van een zogenaamde kaderovereenkomst tussen de infrastructuurbeheerder en spoorwegondernemingen. Dit is een

'publiek- dan wel privaatrechtelijk bindende algemene overeenkomst die de rechten en plichten vastlegt van een aanvrager en van de infrastructuurbeheerder (...) met betrekking tot de toe te wijzen infrastructuurcapaciteit en de te heffen rechten voor een periode die langer is dan de geldigheidsduur van één dienstregelingstijdvak.' (artikel 2 sub f, uitgewerkt in artikel 17 van RL 2001/14/EG).

Van toegangsovereenkomsten wordt in de richtlijn niet gesproken.

4 TOTSTANDKOMING VAN DE SPOORWEGWET EN PRIVAATRECHTELIJKE verhoudingen

De verschillende richtlijnen moeten in het nationale recht worden geïmplementeerd. Dit leidt tot een zeer moeizaam (her)codificatieproces van de Spoorwegwet. Het in februari 2000 bij de Raad van State aanhangig gemaakt ontwerp voor een nieuwe Spoorwegwet wordt door dit College weinig enthousiast ontvangen,²⁰ en ook de Tweede Kamer toont zich uiterst kritisch over de

¹⁹ Zie bijvoorbeeld RL 2001/14/EG, overwegingen 29 en 40.

²⁰ Advies van 16 juni 2000, *Kamerstukken II* 2000/01, 27 482, A.

structuur en de inhoud van het ingediende wetsontwerp.²¹ Er zijn diverse nota's van verbetering, algemeen overleggen en nota's van wijziging nodig voordat de Tweede en de Eerste Kamer, zij het schoorvoetend, hun fiat geven aan het wetsvoorstel. Uiteindelijk is op 1 januari 2005 de Spoorwegwet (grotendeels) in werking getreden.²²

Ofschoon er nog een vijfde Nota van Wijziging komt,²³ vormt de Vierde Nota van Wijziging een inhoudelijk keerpunt in het hercodificatieproces.²⁴ De Nota bevat ten opzichte van de eerdere voorstellen ingrijpende veranderingen die ook de gebruiksvergoeding raken, en is in alle fasen van het wetgevingsproces zeer kritisch besproken. In de eerdere voorstellen zou de privaatrechtelijke status van de railinfrastructuurbeheerder worden omgevormd in een publiekrechtelijke: ProRail zou een publiekrechtelijk zelfstandig bestuursorgaan worden.²⁵ Dit voorstel trekt de regering ijlings terug; anders dan in de eerdere voorstellen, wordt de (bestaande) privaatrechtelijke positie van de infrastructuurbeheerder in het nieuwe voorstel juist gehandhaafd. De aanstuuringsrelatie vanuit de Staat met de infrastructuurbeheerder zal door middel van een concessie worden vormgegeven.²⁶ De Minister van Verkeer & Waterstaat zal binnen een publiekrechtelijk kader een concessie verlenen aan de infrastructuurbeheerder, met behoud van diens privaatrechtelijke vorm. Dit is de zogeheten beheerconcessie (artikel 16 Spw). Daarnaast wordt een concessieregime voor het binnenlandse reizigersvervoer geïntroduceerd.²⁷ Deze concessies verlenen exclusiviteit. Zowel de infrastructuurbeheerder als de reizigervervoerders hebben dus een publiekrechtelijk aangestuurde relatie met de overheid. Dit is zeker in de verhouding met de reizigervervoerders een niet onaanzienlijke wijziging ten opzichte van de toenmalige, door middel van privaatrechtelijke overeenkomsten vormgegeven relatie.

21 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 482, nrs. 1-2 (Voorstel van Wet) en *Kamerstukken II* 2000/01, 27 482, nr. 3 (Memorie van Toelichting).

22 Grotendeels. Zie Besluit van 20 december 2004, houdende vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van bepalingen van de Spoorwegwet en van daarmee samenhangende regelgeving, alsmede houdende intrekking van een aantal wettelijke voorschriften, *Stb.* 2004, 741. Hieruit blijkt dat voor bijzondere en lokale spoorwegen de Spoorwegwet 1875 nog in werking is.

23 *Kamerstukken II* 2001/02, 27 482, nr. 16.

24 *Kamerstukken II* 2001/02, 27 482, nr. 13.

25 Zie hierover C.W. Noorlander, 'De Spoorwegbeheersorganisatie als zbo', *Tijdschrift Privatisering* 2001, p. 21-26.

26 Over (de geschiktheid van) dit instrument is een interessante dissertatie geschreven door M.B. Nijhof, *De concessie in Europeesrechtelijk perspectief* (diss. Utrecht 2000), Deventer: Kluwer 2000; zie ook D.L.M.T. Dankers, *Op het spoor van de concessie. Een onderzoek naar het rechtskarakter van de concessie in Nederland en Frankrijk* (diss. UvA 2000), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000.

27 Dit is verder geregeld in de Wet Personenvervoer 2000 (Wet van 6 juli 2000, houdende nieuwe regels omtrent het openbaar vervoer, besloten busvervoer en taxivervoer) door middel van de Concessiewet Personenvervoer per trein, *Stb.* 2003, 265.

Voor de spoorgoederenvervoerders verandert er ook veel, en wel in omgekeerde richting. Van (al dan niet exclusieve) concessies is geen sprake. Zij hebben ingevolge dit wetsvoorstel in beginsel toegang in concurrentie op het spoor. De Nota van Wijziging:

‘De verhouding tussen infrastructuurbeheerder en vervoerders is – anders dan in het oorspronkelijke wetsvoorstel – niet meer vormgegeven als een publieke gezagsrelatie. Met deze Nota van Wijziging wordt voorgesteld deze centrale relatie meer vorm te geven als een relatie van gelijkwaardigheid, wederzijdse afhankelijkheid en gezamenlijke optimalisatie. Deze relatie wordt dan ook beheerst door (privaatrechtelijke) toegangsovereenkomsten.’²⁸

De gebruiksvergoeding, een van de onderwerpen waarover iets in deze overeenkomst geregeld moet worden, kan ook niet langer beschouwd worden als een publiekrechtelijke heffing. Het is een ‘wettelijk gereguleerde prijs die spoorwegondernemingen voor het gebruik van hoofdspoorwegen aan de (particuliere) beheerder verschuldigd zijn.’ De gebruiksvergoeding wordt nu als privaatrechtelijke vergoeding aangemerkt, en op grond daarvan is er, aldus de Nota van Wijziging, ‘bij nader inzien geen behoefte meer aan een gedetailleerde regeling van de maatstaven in de Spoorwegwet.’²⁹ Deze was eerder wel voorgenomen.

De in de Nota nog wel voorgestelde ‘wettelijke regulering’ bestaat erin (zoals richtlijn 2001/14/EG mogelijk maakt) dat in de Spoorwegwet enige hoofdlijnen omtrent de gebruiksvergoeding opgenomen zullen zijn. Een van die hoofdlijnen is de in artikel 61 lid 1 Spw neergelegde begrenzing, dat de door de beheerder begrote opbrengsten niet méér mogen bedragen dan de begrote kosten terzake van de betreffende hoofdspoorweginfrastructuur in dat jaar. De bedoeling is dat de beheerder door de gebruiksvergoeding ten minste de kosten verhaalt die rechtstreeks uit het gebruik van de door hem beheerde spoorweginfrastructuur voortvloeien.

De rest van artikel 61 Spw bevat vooral de (beleidsarme) implementatie van de in richtlijn 2001/14/EG opgenomen voorschriften over de gebruiksvergoeding, met de daarin genoemde mogelijkheden van kortingen, extra heffingen, bijtellingen enzovoorts.³⁰

De reacties op de vierde Nota van Wijziging zijn ronduit negatief. Zowel de Raad van State,³¹ als de vaste Commissie voor Verkeer & Waterstaat³²

28 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 482, nr. 13, p. 18.

29 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 482, nr. 13, p. 33.

30 Vgl. V.J.A. Sütő, ‘Het spoorgoederenvervoer, de gebruiksvergoeding en privaatrechtelijke verhoudingen’, in: mr. M.M. den Boer e.a. (red.), *De droomjurist, Liber amicorum ter gelegenheid van het afscheid van Karel Kraan van de Hoofddirectie Juridische Zaken van het Ministerie van Verkeer en Waterstaat*, Den Haag: HDJZ 2005.

31 *Kamerstukken II* 2001/02, 27 482, B.

32 Vgl. *Kamerstukken II* 2001/02, 27 482, nr. 15.

en de Tweede en de Eerste Kamer³³ dringen aan op een andere regeling, met name ook met betrekking tot de privaatrechtelijke basis waarop zulke cruciale verhoudingen als die tussen railinfrastructuurbeheerder en vervoerder in de spoorsector geregeld worden. In weerwil van alle herhaalde aansporingen om het anders te doen, houdt de regering op dit punt voet bij stuk en blijft de verhouding tussen de infrastructuurbeheerder en de goederenvervoerders een privaatrechtelijke inbedding houden. Ook een herhaald aandringen tot en met moties toe om toch vooral bij of krachtens AMVB regels te stellen over de maatstaven en hoogte van de gebruiksvergoeding leidt er niet toe, dat de regering die regeling alsnog voor haar rekening neemt.³⁴ De regering wijst erop, dat op grond van richtlijn 2001/14/EG delegatie van nadere regeling aan de infrastructuurbeheerder is toegestaan. Dit is een op zichzelf correct, doch tevens heel formeel en weinig inhoudelijk argument. Bovendien kunnen volgens de regering partijen zelf, nu de verhouding tussen goederenvervoerder en ProRail privaatrechtelijk wordt vormgegeven, met de toegangsovereenkomsten hun onderlinge verhouding op bepaalde punten nader vorm geven, eveneens wat betreft de hoogte van de gebruiksheffing. Het bij voorbaat overgaan tot het vanuit de Staat stellen van regels wordt prematuur geacht.³⁵

De regering heeft vanzelfsprekend wel geprobeerd *checks and balances* in te bouwen om de privaatrechtelijke vormgeving van de relatie vervoerders/ProRail met enige waarborgen te omkleden. Volgens de regering staat dan wel niet vast dat er behoefte is of ooit zal zijn aan nadere regeling van de gebruiksvergoeding bij of krachtens AMVB,³⁶ desniettemin is in de Spoorwegwet bepaald dat nadere regels omtrent de gebruiksvergoeding vastgesteld *kunnen* worden (artikel 62 lid 8 Spw). Mocht overheidssturing met betrekking tot de gebruiksvergoeding toch nodig blijken, dan is er dus een vangnet.

Daarnaast is in het voetspoor van richtlijn 2001/14/EG ten behoeve van (doelmatig beheer en) billijk en niet-discriminerend gebruik van spoorweginfrastructuur en de gebruiksvergoeding een onafhankelijk publiek toezicht ingevoerd op onder meer het functioneren van de beheerder en diens handelen jegens vervoerders.³⁷ Dit toezicht wordt voor onderhandelingen over de gebruiksvergoeding (dit zal veelal in het kader van de toegangsovereenkomst zijn) opgedragen aan de raad van bestuur van de NMa (artikel 69 e.v. Spw).

Daarenboven zijn er enige maatregelen in de wet opgenomen om de privaatrechtelijke verhouding tussen goederenvervoerders en infrastructuurbeheerder handen en voeten te geven. De belangrijkste wordt gevormd door de toegangsovereenkomst die de goederenvervoerders dienen af te sluiten

33 Vgl. *Kamerstukken II* 2003/04, 27 482, nr. 81, *Kamerstukken I* 2001/02, 27 216 en 27 482, nr. 321a.

34 Vgl. *Kamerstukken II* 2001/02, 27 482, nr. 46 en nr. 60.

35 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2001/02, 27 482, nr. 30, nr. 65 en *Kamerstukken II* 2003/04, nr. 82.

36 Vgl. *Kamerstukken II* 2001/02, 27 216 en 27 482, nr. 39, p. 5.

37 Zie daarin overweging 46 en artikel 30.

met de infrastructuurbeheerder (artikel 57 juncto 59 Spw). Het door middel van overeenkomsten vorm geven van de verhouding tussen de railgoederenvervoerder en de railinfrastructuurbeheerder is de consequentie van de door de regering gekozen optie, de desbetreffende verhouding te doen beheersen door het privaatrecht. De 'toegangsovereenkomst' waarover gesproken wordt is een tussen beheerder en (in de wet nader gespecificeerde) goederenvervoerder³⁸ gesloten overeenkomst over het gebruik van capaciteit. De Spoorwegwet schrijft voor, dat deze in elk geval bedingen bevat over de te bieden kwaliteit van de infrastructuur en de hoogte van de gebruiksvergoeding (artikel 59 lid 1 sub a en b). Hieruit is af te leiden, dat de hoogte van de gebruiksvergoeding onderhandelbaar is. Dit volgt verder nog uit artikel 62 Spw, waarin stelselmatig gesteld wordt dat een gebruiksvergoeding (of korting, aftrek enz. op de vergoeding) 'kan worden overeengekomen', en uit 63 Spw. In dit laatstgenoemde artikel is bepaald dat de onderhandelingen over de hoogte van de gebruiksvergoeding alleen zijn toegestaan na melding ervan aan en onder toezicht van de raad van bestuur van de NMa:³⁹

'1. Onderhandelingen tussen een gerechtigde en de beheerder betreffende de hoogte van de gebruiksvergoeding zijn niet toegestaan dan na een melding aan en onder toezicht van de raad van bestuur van de NMa.'

Ondanks hun kritiek gaat zowel de Tweede als de Eerste Kamer akkoord met het uiteindelijk in stemming gebrachte wetsvoorstel voor een nieuwe Spoorwegwet. Op 1 januari 2005 treedt de Spoorwegwet inclusief de door 'het privaatrecht' bepaalde verhouding tussen de infrastructuurbeheerder en de vervoerder in werking. Hoe werkt de geconstrueerde privaatrechtelijke verhouding en vooral de invulling daarvan door de Spoorwegwet (of eerder: het tegendeel daarvan) uit in de concrete verhoudingen tussen ProRail en de goederenvervoerders? Hierover handelt de volgende paragraaf.

38 De betrokken artikelen spreken niet over 'vervoerder' maar over 'gerechtigde'. Een gerechtigde tot het sluiten van een toegangsovereenkomst is volgens artikel 56 juncto 57 Spw onder meer een spoorwegonderneming in het bezit van een bedrijfsvergunning voorzover hij daarmee gerechtigd is van de hoofdspoorwegen gebruik te maken. Een spoorwegonderneming is ex artikel 1 sub f Spw: 'spoorwegonderneming als bedoeld in richtlijn 95/18/EG alsmede iedere andere onderneming die gebruik maakt of beoogt te maken van de spoorweg en daarvoor de beschikking heeft over tractie.' Het is een hele mond vol om vooral de spoorvervoerders aan te duiden; het kan evenwel ook gaan om bijvoorbeeld verladers.

39 De opmerking in de Brief van de Minister en de Staatssecretaris van Verkeer & Waterstaat d.d. 18 juni 2004, waarin wordt gemeld dat 'de hoogte van de gebruiksvergoeding vastgesteld [wordt] door de beheerder' moet dan ook in het licht van de artikelen 63 en 59 Spw worden gelezen: er is een onderhandelingsproces, en daarin (of daarna) stelt de infrastructuurbeheerder (desnoods) de gebruiksheffing vast. Deze opmerking kan niet zo worden begrepen, dat de onderhandelbaarheid van de hoogte van de gebruiksvergoeding niet aanwezig is. Indien dat zo zou zijn, zouden de artikelen 59 lid 1 sub a en 63 Spw reeds enkele maanden voor de inwerkingtreding van de vastgestelde wet dode letters zijn; *Kamerstukken II* 2003/04, 27 482 en 27 216, nr. 91, p. 4.

5 DE TOEGANGSOVEREENKOMST IN HET LICHT VAN CONTRACTVRIJHEID

De wetgever heeft ervoor gekozen de verhouding tussen de railinfrastructuurbeheerder en de (goederen)vervoerders in het gebied van het privaatrecht te trekken. De contractuele relatie tussen de railinfrastructuurbeheerder en de (goederen)vervoerders is vooral uitgewerkt in de artikelen 57 juncto 59 Spw (toegangsovereenkomst), 60 Spw (kaderovereenkomst), 62 Spw (gebruiksvergoeding en de in dat verband overeen te komen verhogingen, kortingen, bijtellingen, aftrekkingen enzovoorts) en 63 Spw (de onderhandelingen over de gebruiksvergoeding). Artikel 60 Spw volgt artikel 17 richtlijn 2001/14/EG, waarin de mogelijkheid kaderovereenkomsten tussen infrastructuurbeheerder en (in het algemeen) spoorvervoerders te sluiten is gecodificeerd. Dit zijn meerjarige publiek- dan wel privaatrechtelijke overeenkomsten, waar de spoorgoederensector in Nederland voorlopig nog niet aan toe is. De (privaatrechtelijke) toegangsovereenkomst is niet een rechtstreeks voortvloeisel uit de richtlijn. Nu de verhouding tussen de infrastructuurbeheerder en de spoorvervoerder door het privaatrecht wordt beheerst, is de overeenkomst het voor de hand liggend instrument om afspraken tussen infrastructuurbeheerder en spoorvervoerder vorm te geven.

Om de toetsen hoe de privaatrechtelijke verhoudingen uitpakken met behulp van het wettelijk kader dat de Spoorwegwet biedt, en hoezeer daarin nog van contractvrijheid sprake is, wordt uitgegaan van de volgende casus. De infrastructuurbeheerder stelt in de netverklaring⁴⁰ vast op grond van welke systematiek de gebruiksvergoeding bepaald gaat worden voor het komende jaar. De railinfrastructuurbeheerder stelt een nieuwe berekeningssystematiek voor de gebruiksvergoeding voor, die tot een substantieel hogere heffing leidt dan de spoorvervoerders vrezen aan te kunnen. Welke middelen biedt het in de Spoorwegwet aangereikte privaatrechtelijk instrumentarium de goederenvervoerders om invloed uit te oefenen op die gebruiksheffing? Hoe werkt in die omstandigheden de door de regering vooronderstelde situatie van 'gelijkwaardigheid, wederzijdse afhankelijkheid en gezamenlijke optimalisatie', die normale privaatrechtelijke verhoudingen kenmerkt, door?

De hoogte van de gebruiksvergoeding is volgens de Spoorwegwet onderhandelbaar. Dit volgt o.m. uit de artikelen 57 juncto 59, 63 en 63 Spw. De vervoerders kunnen onderhandelingen over de hoogte van de gebruiksvergoeding initiëren in het kader van de in artikel 59 Spw genoemde toegangsovereenkomst. Dit past in de bedoeling van de regering. Partijen maken 'in een

40 De netverklaring is kort gezegd het jaarlijks prospectus van de infrastructuurbeheerder waarin hij de functionele kenmerken omschrijft (snelheid, aslast, storingen, geluid en dergelijke), alsmede de beschikbaarheid van de infrastructuur (in relatie tot buitendienstelingen en storingen). Tevens wordt aangegeven onder welke voorwaarden (zoals heffings- en tariefbeginselen) de spoorwegondernemingen gebruik kunnen maken van de infrastructuur en van bijkomende voorzieningen. De netverklaring is te vinden via <www.prorail.nl/ProRail/Vervoerders/Netverklaring> (oktober 2005).

gelijkwaardige relatie afspraken in kaderovereenkomsten en toegangsovereenkomsten.⁴¹

Is er in de feitelijke situatie werkelijk sprake van 'wederzijdse afhankelijkheid' en 'gelijkwaardige' partijen of worden die begrippen meer als een bezweringsformule gebezigd en herhaald? De Raad van State ziet het zo:

'De kwaliteit van een verhouding en de wederzijdse betrokkenheid worden primair bepaald door belangen, onderscheiden functies en gemeenschappelijke verantwoordelijkheden en minder door het juridisch karakter van de onderlinge relatie.'⁴²

Daar lijkt mij weinig op af te dingen. Ik zou nog willen toevoegen, dat juridische karakterisering van onderlinge relaties in termen van 'privaatrechtelijk' niet voldoende is om een werkelijk privaatrechtelijke verhouding tot stand te brengen. Daarvoor is meer nodig, om te beginnen bijvoorbeeld contractvrijheid.

Hoe is het daarmee gesteld in de geprivatiseerde verhouding tussen de railgoederenvervoerders en ProRail? Als eerste kenmerk van contractvrijheid is in paragraaf 2 de vrijheid wel of geen contract aan te gaan genoemd. Dit eerste kenmerk is binnen de spoorse context nauw verweven met het tweede kenmerk: zijn partijen vrij een overeenkomst aan te gaan met wie zij willen?

Houben concludeert dat nu de Spoorwegwet de toegang tot het spoor (plus, voeg ik toe, het prijskaartje dat daaraan hangt) door middel van toegangsovereenkomsten heeft vormgegeven, en op grond van artikel 27 Spw de toegangsovereenkomst als voorwaarde voor verdeling van capaciteit is gesteld, van directe contractdwang gesproken kan worden.

'Er staat nergens de verplichting voor de beheerder van de infrastructuur om de toegangsovereenkomst te sluiten, maar uit artikel 27 blijkt wel dat de spoorwegonderneming recht heeft op toegang en daar is een toegangsovereenkomst voor vereist. De beheerder zal een goede reden moeten hebben om het sluiten van een toegangsovereenkomst te weigeren, omdat daarmee ook de toegang tot de infrastructuur is geblokkeerd.'⁴³

Dit lijkt mij een sluitende redenering. Hoe zit het met de contractdwang aan de kant van de wederpartij van ProRail, de goederenvervoerder? Artikel 27 Spw luidt (voorzover relevant) als volgt:

'1. Een spoorwegonderneming heeft op niet discriminerende grondslag recht op toegang tot de hoofdspoorwegen.

41 Zie bijv. *Kamerstukken I* nr. 22, 15 april 2003, 22 702.

42 *Kamerstukken II* 2001/02, 27 482, B, passim. Citaat idem p. 2.

43 Houben 2005, p. 67-68.

2. Geen toegang tot hoofdspoorwegen heeft een spoorwegonderneming (...) d. indien dit recht niet rechtstreeks voortvloeit uit een toegangsovereenkomst als bedoeld in artikel 59.'

Het in artikel 27 lid 1 Spw opgenomen beginsel dat spoorwegondernemingen op niet discriminerende grondslag recht op toegang tot de hoofdspoorwegen hebben, moet worden beschouwd als de implementatie van artikel 5 RL 2001/14/EG. Artikel 27 tweede lid is de Nederlandse vormgeving daarvan. Op grond van dit artikel 27 Spw is ten opzichte van de spoorvervoerder contractdwang formeel-juridisch minder aan de orde dan omgekeerd. Waar een vervoerder een ten opzichte van ProRail juridisch afdwingbaar recht lijkt te hebben tot het sluiten van een toegangsovereenkomst, geldt dat andersom in mindere mate. Het niet bestaan van juridische contractdwang impliceert evenwel niet dat de spoorgoederenvervoerder werkelijk vrij is om al dan niet een toegangsovereenkomst te sluiten. Vanuit bedrijfseconomische optiek is het immers onbestaanbaar dat een spoorvervoerder niet tot een toegangsovereenkomst komt, omdat zijn *core business* (althans in Nederland) zonder die overeenkomst domweg niet kan bestaan. Hoewel hij op de voet van artikel 27 lid 1 Spw een recht op non-discriminatoire toegang tot het spoor heeft, wordt dit recht in lid 2 sub d onlosmakelijk verbonden aan het bestaan van een toegangsovereenkomst. De spoorgoederenvervoerders mogen dan puur juridisch gezien de vrijheid hebben om af te zien van een toegangsovereenkomst, op grond van bedrijfseconomische redenen bestaat die vrijheid niet, omdat de overeenkomst voor hem het entreebiljet vormt voor het uitvoeren van zijn bedrijf. Dit betekent dat de spoorgoederenvervoerder (als hij tenminste wil voortbestaan) *de facto* niet de vrijheid heeft om af te zien van het sluiten van een toegangsovereenkomst met ProRail.

Daarmee zijn we vanzelf gegleden in het tweede kenmerk van de contractvrijheid: de vrijheid de overeenkomst aan te gaan met wie men wil. De vervoerders zijn hierin niet vrij: de partij met wie zij een toegangsovereenkomst kunnen sluiten is aan geen enkele keuze onderhevig. Dit is en kan alleen maar ProRail zijn omdat dat in Nederland de enige infrastructuurbeheerder is. Het monopolistische karakter van de infrastructuur beheerder is onbetwist. In 'normale' situaties van contractvrijheid is er een reële keuzevrijheid die gelegen is in het bestaan van andere aanbieders van dezelfde (of desnoods soortgelijke) goederen of diensten. Als er maar één aanbieder is van een product of dienst zonder welke de wederpartij niet kan bestaan, dan is keuzevrijheid een illusie.

Ook ten opzichte van het tweede kenmerk van contractvrijheid luidt de conclusie, dat deze er niet is.

Als derde kenmerkend element van contractvrijheid was genoemd de vrijheid van partijen om de wijze waarop de overeenkomst aangegaan wordt naar eigen inzicht te regelen. Ook ten opzichte van dit element kent de Spoorwegwet met betrekking tot de gebruiksvergoeding beperkingen. Onderhandelingen over (de hoogte van) de gebruiksvergoeding zijn alleen toegestaan na

melding daarvan aan de raad van bestuur van de NMa en onder het toezicht van de raad van bestuur NMa. De Spoorwegwet schrijft daarmee niet voor, hoe de overeenkomst moet worden vormgegeven, maar schrijft de condities waaronder deze tot stand komt wel dwingend voor. Ook deze bepaling beperkt de vrijheid van partijen om te contracteren op de wijze die zij willen.

Tot slot is er beperking denkbaar ten opzichte van de inhoud van de overeenkomst. De Spoorwegwet gaat niet ver in het dwingend dicteren van de inhoud van de toegangsovereenkomst, maar volledige vrijheid is evenmin aan de orde. Artikel 63 Spw schrijft voor dat de toegangsovereenkomst in elk geval bedingen bevat over de hoogte van de gebruiksvergoeding en de door de beheerder te bieden kwaliteit van de hoofdspoorweginfrastructuur. Verder is voorgeschreven dat in de overeenkomst moet worden uitgesloten dat overeengekomen capaciteit kan worden overgedragen aan of gebruikt worden door een ander dan de gerechtigde. Deze laatste bepaling vloeit voort uit artikel 13 lid 1, 3^e alinea van richtlijn 2001/14/EG.

Geconstateerd moet worden, dat in de verhouding tussen de infrastructuurbeheerder en de spoorgoederenvervoerders van contractvrijheid eigenlijk geen sprake is. Op allevier de kenmerken wordt in meer of mindere mate inbreuk gemaakt. Het document waarin afspraken tussen de infrastructuurbeheerder en de spoorgoederenvervoerder opgetekend worden, kan wel een overeenkomst genoemd worden, maar dit is er dan een, die zich weinig aantrekt van een basisbeginsel van ons contractenrecht, de contractvrijheid.

6 BEOORDELING VAN HET GEKOZEN PRIVAATRECHTELIJKE INSTRUMENTARIUM IN DE SPOORWEGWET

De Europese spoorrichtlijnen dwingen geen van alle tot het civielrechtelijk vormgeven van de relatie tussen de railinfrastructuurbeheerder en de rail(goederen)vervoerders. Zij laten de mogelijkheid wel open. In Nederland is gekozen voor een door het privaatrecht beheerste verhouding tussen de opgemelde partijen. De wijze waarop die 'privaatrechtelijke' verhouding in de Spoorwegwet is ingevuld doet de vraag opkomen, of daar eigenlijk werkelijk sprake van is. In elk geval wordt het systeem van ons contractenrecht, waarbij contractvrijheid een leidend principe is, door de dwangelementen die de Spoorwegwet heeft ingevoerd doorbroken.

Een reden voor het doorbreken van contractvrijheid kan gelegen zijn in bescherming van een zwakkere partij. In casu lijken mij dat de spoorgoederenvervoerders. Ik kan mij voorstellen dat zij ten opzichte van monopolist ProRail inderdaad enige bescherming behoeven. Worden zij daadwerkelijk beschermd door de gekozen privaatrechtelijke constructie?

Opvallend is, dat de regering de inbreuk op de contractvrijheid niet motiveert vanuit een beschermingsbeginsel. Zij beschouwt de spoorgoederenvervoerders in elk geval niet als zwakkere partij ten opzichte van de infrastruc-

tuurbeheerder. De regering suggereert zelfs, dat er tussen partijen ‘gelijkwaardigheid en wederzijdse afhankelijkheid’⁴⁴ bestaat, maar dat is niet helemaal met de benen op de grond. Ik zie de afhankelijkheid vooral aan één zijde van de privaatrechtelijke verhouding, en dat is de zijde van de goederenvervoerders. Zij zijn daadwerkelijk afhankelijk van de infrastructuurbeheerder, alleen al voor hun capaciteittoedeling. Geen of slechte capaciteittoedeling, al dan niet met een (te) hoge gebruiksvergoeding gepaard gaand, kan het verschil tussen een levensvatbare of ten dode opgeschreven vervoerder betekenen.

De gestelde afhankelijkheid van de infrastructuurbeheerder ten opzichte van de goederenvervoerders is minder duidelijk. Weliswaar zal de beheerder qua inkomsten door het instellen van een gebruiksvergoeding meer afhankelijk worden van de vervoerders, maar anders dan bij de vervoerders is het voortbestaan van de (monopolistische) infrastructuurbeheerder niet afhankelijk van zijn verhouding met (alle) goederenvervoerders. Vanwege het erkende subsidie-regime dat de verhouding infrastructuurbeheerder – overheid kenmerkt⁴⁵ is de dreiging in het voortbestaan, die (zekere bij kleine) goederenvervoerders altijd aanwezig is, bij de railinfrastructuurbeheerder amper existent. Het door de regering gebruikte begrip ‘gelijkwaardigheid’ van partijen mist onder zulke omstandigheden ook betekenis en kan als *wishful thinking* worden gekwalificeerd.

De ‘wederkerige afhankelijkheid’ en ‘gelijkwaardigheid’ tussen partijen zou door de wetgever met andere middelen dan alleen de toegangsovereenkomst vormgegeven kunnen worden. In welke middelen voorziet de Spoorwegwet voor de situatie dat een vervoerder wil onderhandelen over de hoogte van de gebruiksvergoeding met de infrastructuurbeheerder? Een vorm van bescherming kan gevonden worden in de verplichting, dat onderhandelingen over de gebruiksvergoeding gemeld dienen te worden bij en onder toezicht te staan van de raad van bestuur van de NMa.

Als de onderhandelingen niet slagen of niet goed lopen en dit naar het oordeel van de raad van bestuur van de NMa het gevolg is van strijd met richtlijn 2001/14/EG biedt artikel 63 lid 2 Spw enige bescherming. De raad van bestuur van de NMa kan, als hij althans van oordeel is dat de onderhandelingen in strijd met de richtlijn zijn, ‘zonodig’ een last onder dwangsom opleggen aan de overtreder, waaraan ook nog bepaalde voorschriften verbonden kunnen zijn.

Deze constructie, die ik ondanks de door de regering veronderstelde ‘gelijkwaardigheid’ van vervoerders en ProRail toch beschouw als bescherming van de spoorgoederenvervoerders tegen monopolistisch gedrag van ProRail, strekt niet erg ver (om niet te zeggen niet ver genoeg). Het niet goed lopen of het niet slagen van de onderhandelingen hoeft namelijk niet het gevolg te zijn van of te leiden tot de situatie die in artikel 63 lid 2 Spw is beschreven:

44 Vlg. bijv. *Kamerstukken II* 2000/01, 27 482, nr. 13, p. 18.

45 Vlg. *Kamerstukken II* 2000/01, 27 482, nr. 13, p. 19.

strijd met richtlijn 2001/14/EG. Alleen als dat de enige reden voor het mogelijk mislukken van onderhandelingen zou kunnen zijn, zou artikel 63 lid 2 Spw bij een adequaat functionerende raad van bestuur van de NMa een redelijke bescherming bieden.

Als succesvol onderhandelingsresultaat uitblijft *zonder* dat er sprake is van strijd met richtlijn 2001/14/EG kan de consequentie zijn dat een vervoerder geen voor hem aanvaardbare overeenkomst kan sluiten met de railinfrastructuurbeheerder. In het uiterste geval kan dit als gevolg hebben dat de betrokken vervoerder geen treinen kan laten rijden.

Bij het bovenstaande komt nog, dat de railinfrastructuurbeheerder bij het toewijzen van capaciteit aan een groot aantal regels gebonden is, die bedoeld zijn om de vervoerders en het publiek in het algemeen te beschermen. Met privaatrecht heeft dit allemaal niets te maken. Wat betreft de gebruiksvergoeding heeft ProRail de mogelijkheid de systematiek van de gebruiksheffing vergaand zelf vast te stellen in de eerder genoemde netverklaring, waarin hij jaarlijks aangeeft onder welke voorwaarden (zoals heffings- en tariefbeginselen) spoorwegondernemingen van de infrastructuur gebruik kunnen maken. Nu moet hij wel over deze systematiek overleg voeren met de vervoerders, maar na deze verplichte consultatieronde is de infrastructuurbeheerder degene die de systematiek vaststelt; opmerkingen die vanuit de markt gemaakt zijn, kunnen door de infrastructuurbeheerder ongemotiveerd terzijde worden gelaten. Voor een serieuze invulling van de civielrechtelijke verhouding met de spoorvervoerders zijn de vele aan ProRail toegekende bevoegdheden zeer beperkend.

Het is zelfs denkbaar dat ProRail de systematiek van de gebruiksheffing zo gedetailleerd bepaalt, dat daarmee feitelijk de hoogte van de gebruiksheffing niet meer kan variëren. Dit hoeft niet zonder meer strijd met richtlijn 2001/14/EG op te leveren (ook niet het tegendeel trouwens). Werkelijke onderhandelingsruimte over de hoogte van de gebruiksheffing (en de capaciteit) is er dan niet, zodat voor het verder privaatrechtelijk uitwerken van de gebruiksheffing in een overeenkomst eigenlijk geen reden meer bestaat.

Het toezicht door de NMa biedt geen afdoend alternatief voor de bescherming van de rechten van de vervoerder op dit punt. Conflicten over de hoogte van de gebruiksvergoeding zullen vaak niet oplosbaar zijn, omdat een praktisch alternatief voor de vervoerders simpelweg ontbreekt.⁴⁶

De regering lijkt een blinde vlek te hebben gehad terzake van de feitelijke verhouding tussen de vervoerders en de railinfrastructuurbeheerder. Zeker de (kleinere) goederenvervoerders zijn hier kwetsbaar. In de Memorie van Antwoord op de vraag of de wet voldoende *incentives* bevat om te waarborgen dat er een optimale samenwerking komt tussen de infrastructuurbeheerder en de vervoerder wordt opgemerkt:

46 Vgl. ook Raad van State, *Kamerstukken II* 2001/02, 27 482, B, p. 6-7.

‘Incentives voor vervoerder en infrastructuurbeheerder om optimaal samen te werken liggen op verschillende vlakken. Ten eerste zijn de infrabeheerder en de vervoerders van nature aan elkaar gebonden. Een vervoerder kan niet zonder infrastructuur, de infrastructuurbeheerder is er ten behoeve van de vervoerder.’⁴⁷

Deze passage legt ongewild exact de verhouding bloot: de ene partij (de vervoerder) is afhankelijk, want hij kan niet zonder medewerking van de ander (de railinfrastructuurbeheerder). De laatste partij is er, zoals in de Memorie staat, weliswaar *ten behoeve van* de vervoerder – maar hij is niet van alle vervoerders tezamen of afzonderlijk afhankelijk. Indien hij niet met *alle* goederenvervoerders tot overeenstemming zou komen, hoeft dat niet eens zonder meer nadelig voor hem te zijn. Het is voorstelbaar dat hij met de groep waarmee hij wel contracteert evenveel als, of zelfs meer gebruiksvergoeding kan binnen halen dan met een grotere groep vervoerders die allemaal hetzelfde willen.

De keuze om de relatie tussen de railinfrastructuurbeheerder en de railvervoerders aan privaatrechtelijke banden te leggen is op zichzelf en ook in het verlengde van richtlijn 2001/14/EG een verdedigbare keuze. De vraag is wel hoeveel echt privaatrechtelijke ruimte de uitwerking in de Spoorwegwet eigenlijk over laat.

Gezien het erkend monopolistisch karakter van de infrastructuurbeheerder had de Spoorwegwet naar mijn mening aan kracht gewonnen, als de wetgever de belangen van de meer kwetsbare groep van (kleine) spoor(goederen)vervoerders meer in het oog had gehouden, vooral ook omdat de communautaire regelgeving steeds opnieuw benadrukt het spoorgoederenvervoer te willen bevorderen.

De spoorse vervoermarkt moet zich nog gaan zetten naar de nieuwe regelgeving. Juist in de beginperiode van het nieuwe wettelijke regime, waar alle *stakeholders* hun positie nog aan het zoeken zijn, had de Staat de spelregels en het kader voor het vaststellen van de gebruiksvergoeding wellicht beter zelf kunnen invullen om de nieuwe situatie van richting te voorzien. Op grond van de richtlijnen zou dit perfect mogelijk zijn. Het door de regering wel gebezigde argument dat het stellen van nadere regels bij of krachtens AMvB altijd nog kan, zou ik willen omdraaien: regels bij of krachten AMvB kunnen altijd nog worden ingetrokken.

Apart is ook, dat het in de wet gekozen instrument van toegangsovereenkomsten waarbij de contractvrijheid als leidend privaatrechtelijk beginsel volstrekt wordt losgelaten, geen motivering vindt in de bescherming van de zwakkere partij. Aparter is naar mijn mening nog, dat de wijze waarop de Spoorwegwet ruimte laat voor onderhandelingen omtrent de gebruiksvergoeding eerder de monopolist dan de spoorgoederenvervoerders lijkt te beschermen. De eerste heeft namelijk vergaande mogelijkheden de onderhandelings-

47 Kamerstukken I 2002/03, 27 216 en 27 482, nr. 29, p 4.

ruimte ten aanzien van de gebruiksvergoeding te beperken zonder dat de wet daar een adequaat 'tegenregime' voor in het leven heeft geroepen.

Na een minutieuze publiekrechtelijke omlijning omtrent capaciteit en gebruiksvergoeding is er een minimaal stukje overgebleven dat ineens privaatrechtelijk vormgegeven is. Dit had anders gekund. Een alternatief voor het bij of krachtens AMVB stellen van regels over de maatstaven en de hoogte van de gebruiksvergoeding zou geweest kunnen zijn het werkelijk doorvoeren van de gekozen privaatrechtelijke verhoudingen. Zoals de Spoorwegwet de verschillende verhoudingen nu heeft vorm gegeven, wordt er op twee gedachten gehinkt. Enerzijds is er de sterk aan (publiekrechtelijke) banden gelegde railinfrastructuurbeheerder. Deze heeft allerlei betrekkelijk eenzijdige, door wet- en regelgeving voorgeschreven bevoegdheden die doorwerken in de privaatrechtelijke verhouding met de goederenvervoerders. Zo legt hij de nadere contouren van de gebruiksheffing in de door hem vastgestelde netverklaring neer, waar de Staat zich zijdelings via beheerconcessie en beheerplan ook nog mee bemoeit. Dit is niet een klimaat waarin het privaatrecht ruim toegepast kan worden.

Behalve het (nog) meer aan zich trekken van regulering van de toegang tot de infrastructuur door het zelf stellen van nadere regels inzake de gebruiksvergoeding, had de wetgever er ook nog voor kunnen kiezen om de gebruiksvergoeding meer *ten volle* onderdeel te doen zijn van het onderhandelingsproces tussen de railinfrastructuurbeheerder en de vervoerders. Als er dan toch onderhandeld moet worden, dan moet er ook iets te onderhandelen zijn. Om het door de richtlijnen vastgestelde beginsel van non-discriminatie recht te doen zou ik mij kunnen voorstellen dat de vervoerders zich in die onderhandelingen zouden kunnen laten vertegenwoordigen door een belangenvereniging, die toewerkt naar een soort collectieve toegangsovereenkomst inclusief hoogte van de gebruiksvergoeding. Iets als een CAO dus, maar dan op spoors gebied om de verhouding vervoerders/infrastructuurbeheerder evenwichtig te (doen) regeluren.

7 CONCLUSIE

In het privaatrecht is door de Spoorwegwet een koekoeksei gelegd. Er is voor gekozen de verhouding tussen spoorgoederenvervoerders en de railinfrastructuurbeheerder door het privaatrecht te laten beheersen. Hiervoor was niet alleen niet per se aanleiding (op grond van het communautaire recht had de verhouding evengoed door het publiekrecht bepaald kunnen blijven), de privaatrechtelijke mogelijkheden voor partijen zijn ook dermate aan banden gelegd door zowel Europese als nationale regelgeving, dat de bewegingsruimte die privaatrechtelijke verhoudingen gebruikelijk kenmerkt, bijvoorbeeld op grond van contractvrijheid, nauwelijks bestaat. Wat er aan essentiële privaatrechtelijke afspraken nog overeen te komen is, is verder zo minimaal, en wordt

bovendien zozeer met publiekrechtelijk instrumentarium omkleed en deels ingevuld, dat van werkelijke privaatrechtelijke verhoudingen geen sprake is. De wetgever heeft zich in zijn keus wellicht laten leiden door de gedachte dat het privaatrecht een wat flexibeler en dynamischer instrumentarium biedt dan het publiekrecht. Of de mogelijkheden die het privaatrecht kent in de verhouding vervoerder-infrabeheerder tot hun recht kunnen komen, zal de toekomst uitwijzen. Voorlopig houd ik het erop, dat de keuze voor het privaatrecht in de desbetreffende verhouding een te klein smaldeel van het geheel van capaciteittoedeling en gebruiksvergoeding betreft, om die verhouding werkelijk efficiënt in te vullen.

13 | Rechtsverwerking wegens gedogen in het intellectuele eigendomsrecht

P.A.C.E. van der Kooij[■]

1 INLEIDING

Het fenomeen rechtsverwerking heeft tot op heden in het intellectuele eigendomsrecht, anders dan in het algemene civiele recht, betrekkelijk weinig aandacht gekregen. De specifieke wettelijke regelingen op het gebied van de intellectuele eigendom kenden tot voor enkele jaren geen bepalingen over rechtsverwerking, en rechtspraak en literatuur waren (en zijn) schaars. Wat de wettelijke regelingen betreft is in deze situatie een paar jaar geleden verandering gekomen, als gevolg van de eerste (en tot nu toe enige) richtlijn van de EG op het terrein van het merkenrecht.¹ Deze richtlijn introduceerde onder meer een opmerkelijke bepaling met betrekking tot het gedurende betrekkelijk korte tijd gedogen van merkinbreuk, een bepaling die vervolgens langs de gebruikelijke weg van implementatie in het nationale recht van de lid-staten werd opgenomen. Aldus werd, in zoverre, de met betrekking tot rechtsverwerking tot dan toe bestaande eenheid aangetast, niet alleen in de verhouding merkenrecht-algemeen vermogensrecht, maar ook in de relatie merken-overige intellectuele eigendomsrechten.

In dit opstel wordt aan deze recente ontwikkeling enige aandacht besteed. Daartoe zal eerst, in paragraaf 2, heel in het kort het geldende recht ten aanzien van het leerstuk van de rechtsverwerking, zoals dit in de context van het algemene burgerlijk recht in de loop der jaren tot stand is gekomen, worden weergegeven. Vervolgens komt de vraag aan de orde, of en zo ja in hoeverre, rechtsverwerking in het intellectuele eigendomsrecht vóór de komst van de Merkenrichtlijn een rol heeft gespeeld (paragraaf 3). Daarna, in paragraaf 4, bespreek ik de desbetreffende bepaling van de richtlijn, alsmede de vraag hoe de implementatie daarvan in de Benelux Merkenwet (en tevens kort: in het merkenrecht van enkele andere lid-staten) zijn beslag heeft gekregen. Paragraaf 5 is gereserveerd voor de toepassing van de nieuwe bepaling in de recente merken-jurisprudentie. In paragraaf 6 komt vervolgens de vraag ter sprake, of in de rechtspraak analoge toepassing van de rechtsverwerkingsregel op andere deelterreinen van het intellectuele eigendomsrecht te verwachten is,

■ Mr. P.A.C.E. van der Kooij is universitair hoofddocent intellectuele eigendom, afdeling Ondernemingsrecht, Universiteit Leiden.

1 Eerste richtlijn 89/104/EEG van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lid-staten; *PbEG* 1989, L40/1 (1 februari 1989).

resp. zinvol zou zijn. Ik rond de bijdrage in paragraaf 7 af, met een poging een antwoord te geven op de vraag of aanpassing van de wet (Burgerlijk Wetboek en/of intellectuele eigendomswetgeving) op het vlak van de rechtsverwerking gewenst zou zijn, ten einde op dit punt meer eenheid in het vermogensrecht te bereiken, c.q. deze – voorheen bestaande – eenheid geheel of gedeeltelijk te herstellen.

2 RECHTSVERWERKING IN HET ALGEMENE CIVIELE RECHT

Rechtsverwerking is een niet als zodanig in het Burgerlijk Wetboek geregelde figuur, die hierin bestaat dat de bij een overeenkomst betrokken partijen onder bepaalde omstandigheden kunnen worden beperkt in de uitoefening van hun rechten en bevoegdheden, en wel in verband met eigen gedragingen. Rechtsverwerking wordt vrij algemeen gezien als een uitvloeisel van de (beperkende werking van de) redelijkheid en billijkheid als bedoeld in artt. 6:2 lid 2 en 248 lid 2 BW.²

De Hoge Raad onderscheidt tegenwoordig een tweetal gronden voor rechtsverwerking.³ De eerste is opgewekt vertrouwen: er moeten zich bijzondere omstandigheden hebben voorgedaan als gevolg waarvan bij de wederpartij van de gerechtigde het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de gerechtigde zijn aanspraak niet (of niet meer) geldend zal maken. De tweede grond is onredelijke benadeling: gezien de bijzondere omstandigheden van het geval zou de wederpartij van de gerechtigde in zijn positie onredelijk worden benadeeld indien de gerechtigde zijn aanspraak alsnog geldend zou maken.⁴

Uit het gegeven dat een beroep op rechtsverwerking op één van de beide genoemde gronden gebaseerd dient te worden, vloeit voort dat enkel tijdsverloop voor rechtsverwerking onvoldoende is. Anders gezegd: indien een gerechtigde gedurende langere tijd heeft stilgezeten, vormt deze omstandigheid als zodanig nog niet voldoende reden om aan te nemen dat hij zijn recht heeft verwerkt. De wederpartij moet aan die passiviteit, gegeven alle omstandigheden van het geval, het vertrouwen hebben mogen ontleenen dat de gerechtigde het er inderdaad bij zou laten zitten, óf er moet – naast het tijdsverloop –

2 Zie bijv. A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel 2. Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2005, nr. 320; W.L. Valk, in: J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 2004, art. 6:2 BW, aant. 2 en 4; R.P.J.L. Tjittes, *Rechtsverwerking*, Monografieën NBW A6b, Deventer: Kluwer 1992, p. 7; Jac. Hijma e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2004, nr. 285.

3 HR 29 september 1995, NJ 1996, 89 (Van den Bos/Provincial).

4 Zie voor enkele voorbeelden uit de rechtspraak Valk, a.w., aant. 4b; Hijma e.a., t.a.p.

sprake zijn van onredelijke benadeling als zojuist bedoeld.⁵ Dit vormt tegelijkertijd een belangrijk verschil tussen enerzijds de rechtsverwerking en anderzijds de verjaring, zoals geregeld in de artt. 3:306 e.v. BW, aangezien voor toepasselijkheid van deze laatste bepalingen enkel tijdsverloop wel in aanmerking komt.

3 RECHTSVERWERKING IN HET INTELLECTUELE EIGENDOMSRECHT VÓÓR DE KOMST VAN DE MERKENRICHTLIJN

In het intellectuele eigendomsrecht zijn diverse oudere uitspraken bekend, zowel in *merken*- als in *handelsnaam*zaken, waarin een beroep werd gedaan op het gedurende lange tijd stilzitten (anders gezegd: het impliciete gedogen) door de andere partij, als gevolg waarvan deze zijn rechten verwerkt zou hebben. 'Oudere' slaat hier op het tijdvak dat eindigde op 1 januari 1996, op welke datum de in de inleiding bedoelde wettelijke regeling – waarover straks meer – in werking trad. Ik laat een aantal van deze uitspraken de revue passeren.

In een procedure betreffende inbreuk op het merk en de handelsnaam *Cooymans* overwoog de Rotterdamse rechtbank:

'(...) dat ten aanzien van de door eiseres gestelde inbreuk op haar merk en haar handelsnaam het door (gedaagde) gestelde loutere stilzitten van eiseres en haar rechtsvoorgangers zelfs gedurende tientallen jaren – gelijk door eiseres erkend en toegeschreven aan de geringe hinder, die zij tot voor kort van die inbreuk had – geen goedkeuring en ook geen rechtsverwerking oplevert.'⁶

Een hiermee vergelijkbare uitspraak deed de Rechtbank te Den Haag in een zaak, waarin een woord/beeldmerk en een handelsnaam centraal stonden, waarvan het kenmerkende bestanddeel de term *sierkan* resp. een afbeelding daarvan vormde:

'(...) dat (...) gedaagde (...) geen feiten heeft gesteld, uit welke, indien bewezen, zou kunnen volgen dat eiseres iets anders heeft gedaan dan gedogen dat gedaagde zijn handelsnaam en merken bezigde, kortom hem zijn gang heeft laten gaan, ook al had zij wetenschap van de handelsnaam en merken van gedaagde, en ook al hadden partijen meermalen contact; dat echter zulk een gedogende houding van

5 Zie bijv. HR 27 november 1987, NJ 1988, 342 (Engels/Gemeente Arnhem); HR 18 januari 1991, NJ 1991, 272 (Staat der Nederlanden/Gemeente Terneuzen). Zie voorts de jurisprudentie vermeld bij Tjittes, a.w., p. 26, en W.L. Valk, *Rechtsverwerking in drievoud* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1993, p. 83.

6 Rb Rotterdam 28 september 1955, NJ 1957, 58 (Cooymans/Melchers).

eiseres, ook al is zij langdurig, niet tot gevolg heeft dat zij haar vorderingsrecht heeft verwerkt, zodat dit verweer van gedaagde niet gegrond is.⁷

In casu had het gedogen meer dan dertig jaar geduurd, en had gedaagde zelfs gedurende enkele jaren producten van eiseres betrokken, die hij dan steeds onder de genoemde handelsnaam en merken doorverkocht.

In een procedure met als inzet een aantal handelsnamen die als kenmerkend bestanddeel het woord *Zuiderpark* bevatten, was het al niet anders:

‘(...) dat gedaagde voorts heeft aangevoerd, dat eiser zolang heeft stilgezeten niettegenstaande eerst gedaagdes voorganger en daarna gedaagde de litigieuze handelsnamen hebben gevoerd, dat eiser geacht moet worden zijn rechten te hebben verwerkt; dat ook dit verweer gedaagde niet kan volgen, daar voor deze rechtsverwerking Onzes inziens een uitdrukkelijke of stilzwijgende wilsverklaring nodig is en hiervan in casu niet is gebleken.⁸

Dat rechtsverwerking door louter stilzitten ook in een *octrooi*rechtelijke context weinig kans van slagen heeft (althans had), kan worden afgeleid uit een uitspraak van het Hof te Den Haag. In de bewuste procedure had gedaagde gesteld dat eiseres bepaalde vormen van concurrentie openlijk had toegelaten en daarmee het recht had verloren ‘tegen enkele zogenaamde inbreukmakers op te treden’. Het Hof overwoog dat deze stelling deels aantoonbaar onjuist was, en dat voor het overige uit het door gedaagde naar voren gebrachte geenszins volgde dat eiseres haar rechten in deze zou hebben prijsgegeven.⁹

Voorzover mij bekend zijn er geen vergelijkbare *auteursrechtelijke* uitspraken gepubliceerd, waarin de rechter moest oordelen over het enkele langdurige stilzitten van de gerechtigde. In de literatuur wordt echter wel enige aandacht aan het onderwerp besteed, waarbij met name wordt gewezen op (schaarse) rechtspraak die betrekking heeft op het (expliciet of impliciet) doen van afstand van het recht zich op het auteursrecht te beroepen.¹⁰

Terug nu naar het merken- en handelsnaamrecht. De Zwolse rechter oordeelde anders dan zijn zojuist ten tonele gevoerde collega’s elders in het land in de procedure betreffende het merk *California*. Weliswaar komt ook in de hier bedoelde uitspraak de overweging voor, dat enkel tijdsverloop niet voldoende is om aan te nemen dat eiseres in redelijkheid haar aanspraken jegens gedaagde niet meer geldend kan maken. De Rechtbank geeft echter

7 Rb. Den Haag 12 maart 1958, *BIE* 1959, 2 (De Sierkan/Overdevest).

8 Pres. Rb. Den Haag 18 maart 1966, *BIE* 1969, 13 (Verheul/Schröder). Zie voor enkele andere uitspraken nog S. Boekman, *De handelsnaam*, Deventer: Kluwer 1977, p. 157.

9 Hof Den Haag 30 juni 1967, *BIE* 1967, 91 (Parke, Davis/Probel e.a.).

10 Zie bijv. J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 554; N. van Ling, *Auteursrecht in hoofdlijnen*, Groningen: Martinus Nijhoff 2002, p. 120; S. Gerbrandy, *Kort commentaar op de Auteurswet 1912*, Arnhem: Gouda Quint 1988, p. 323-324.

tevens een opening voor een, afhankelijk van de verdere omstandigheden van het geval, andersluidend oordeel:

‘Indien (eiseres), bekend met het gebruik door (gedaagde) van het merk “California”, lange tijd is blijven stilzitten zonder daartegen op te komen, en zulks pas is gaan doen op een ogenblik dat het merk “California” door toedoen van (gedaagde) grote bekendheid bij het publiek heeft gekregen, overschrijdt zij de grenzen van redelijkheid en billijkheid die de verhouding van concurrenten in dat geval mede bepalen en die zij bij de uitoefening van haar recht dan moet in acht nemen.’

Op basis van de andere feitelijke gegevens nam het college uiteindelijk inderdaad aan, dat van rechtsverwerking sprake was.¹¹

Ook in de procedure betreffende de handelsnaam *Mulder Boskoop* werd het beroep op rechtsverwerking aanvaard. In deze zaak hadden de handelsnamen *Mulder Tegelen* en *Mulder Boskoop* ruim twintig jaar vreedzaam naast elkaar bestaan. De Rechtbank te Den Haag overwoog ten aanzien van de door eerstgenoemde ingestelde inbreukvordering:

‘Na zoveel jaren echter en nadat Mulder Boskoop inmiddels onder haar naam een belangrijke markt had opgebouwd, kon Mulder Tegelen dat niet meer te goeder trouw doen, zodat de Kantonrechter het beroep van Mulder Boskoop op rechtsverwerking terecht heeft gehonoreerd.’¹²

In deze laatste twee uitspraken kwam, anders dan in de daaraan voorafgegane, uitdrukkelijk aan de orde, dat er voor een succesvol beroep op rechtsverwerking méér nodig is dan louter stilzitten. In beide zaken zat hem dit meerdere in het gegeven, dat de gedaagde door eigen inspanningen het merk resp. de handelsnaam een zekere reputatie had bezorgd. Het was dit aspect, dat de balans in het voordeel van gedaagde deed doorslaan. Men zou kunnen zeggen, dat de wederpartij van de gerechtigde, gezien de bijzondere omstandigheden van het geval, in zijn positie onredelijk zou zijn benadeeld indien laatstgenoemde zich alsnog met succes op merk- resp. handelsnaaminbreuk had kunnen beroepen. In zoverre vormen deze uitspraken naar mijn mening toepassingen avant la lettre van het criterium, neergelegd in het arrest Van den Bos/Provincial (zie paragraaf 2).¹³

11 Rb. Zwolle 29 april 1970 en 31 maart 1971, *BIE* 1976, 59 (Sarhama/Fino).

12 Rb. Den Haag 30 juni 1981, *BIE* 1982, 28 (Mulder Machinefabriek/Mulder's Fabriek Rollend Materieel).

13 In enkele andere merk/handelsnaamzaken van vóór 1 januari 1996 kon de rechter in het bijzonder uit eerdere contacten tussen partijen afleiden, dat sprake was van toestemming tot het gebruik van het jongere teken door gedaagde, dan wel van te lang stilzitten na eerder verzet. Zie bijv. Rb. Den Haag 26 februari 1992, *BIE* 1993, 95 (Ogilvy & Mather/ O & M Adviesgroep); Hof Den Haag 6 mei 1993, *BIE* 1994, 60 (Bonusan/Kojacks); Hof Amsterdam 24 februari 1994, *BIE* 1996, 6 (Result).

Werd dus gaandeweg in enkele handelsnaamzaken (maar misschien was dát slechts toevallig zo) met betrekking tot het beroep op rechtsverwerking wegens stilzitten de deur op een kier gezet, in het merkenrecht was daarvan geen sprake.¹⁴ Dit kwam wel zeer duidelijk naar voren in een procedure, die tot voor de Hoge Raad werd gevoerd (en nadien zelfs nog, om hier niet ter zake doende redenen, voor het Benelux-Gerechtshof). In deze zaak stond het merk *Michelin* centraal. Dit merk werd, kort gezegd, sinds het begin van de vorige eeuw door de gelijknamige onderneming gebruikt voor autobanden, maar vanaf de jaren vijftig tevens door een Duitse onderneming (Werner Michels) voor bestek. Aangesproken wegens merkinbreuk verweerde laatstgenoemde zich onder meer met de stelling dat Michelin haar recht, althans wat betreft de Beneluxmarkt, had verwerkt.

In drie instanties kreeg Michels de kous op de kop. De President van de Arnhemse Rechtbank oordeelde als volgt:

‘Het louter “stilzitten” van eiseres gedurende lange tijd en het niet-ageren tegen de enkele merkinschrijving van gedaagde sub 1 is (...) niet voldoende om rechtsverwerking aan te nemen. Noch uit dat stilzitten, noch uit het feit dat eerder voor de Duitse rechter (overigens op geheel andere gronden dan waarop in dit geval een beroep is gedaan) is geprocedeerd tegen Michels, vloeit voort dat gedaagden ervan mochten uitgaan dat eiseres berustte in de handelwijze van gedaagden.’

Kort na deze uitspraak kwam de in de inleiding genoemde Merkenrichtlijn van de EG tot stand. Ingevolge art. 9 lid 1 van deze richtlijn zou een merkhouder zijn recht niet meer kunnen uitoefenen, kort gezegd, na het gedogen van het gebruik van een identiek of overeenstemmend merk gedurende vijf opeenvolgende jaren. Implementatie volgde echter, als gezegd, pas ruim zeven jaar later. Desalniettemin werd in de *Michelin*-zaak op de richtlijntekst ten overstaan van het Arnhemse Hof een beroep gedaan, maar tevergeefs. Het Hof overwoog:

‘De door Werner Michels gestelde feiten rechtvaardigen (...) niet de conclusie dat Michelin jegens Werner Michels te kennen heeft gegeven dat zij van haar toekomstige rechten afstand wenst te doen. Het hof ziet geen grond te anticiperen op de Europese Richtlijn betreffende aanpassing van het merkenrecht der lidstaten. Onvoldoende grond voor rechtverwerking is dat Michelin met de uitoefening van haar rechten heeft getalmd c.q. haar beweerde aanspraken niet met voldoende voortvarendheid in rechte heeft geldend gemaakt.’

Zag het Arnhemse Hof nog ‘geen grond’ om op de richtlijn te anticiperen, de Hoge Raad drukte zich, op een moment dat de implementatie van de richtlijn nog steeds niet was voltooid, sterker uit. Hij overwoog eerst (in r.o.

14 Zie met betrekking tot het ‘oude’ recht ook nog Ch. Gielen & L. Wichers Hoeth, *Merkenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, nrs. 997 e.v.

4.1.2), dat de stelling 'dat een talmen met de uitoefening van rechten of een gebrek aan voortvarendheid met het in rechte geldend maken van rechten zonder meer een voldoende grond voor het aannemen van rechtsverwerking oplevert' op een onjuiste rechtsopvatting berust. Vervolgens overwoog het college (in r.o. 4.2.1): 'Art. 9 lid 1 van de onderhavige Richtlijn introduceert een scherpe regel omtrent rechtsverwerking, welke het geldende recht wijzigt. Door met betrekking tot de in dit geding beoordeelde, vóór de vaststelling van de Richtlijn voorgevallen feiten te anticiperen op die nieuwe regel, of door het geldende recht in overeenstemming daarmee uit te leggen, zou het Hof het rechtszekerheidsbeginsel hebben geschonden.' Het college volgde daarmee zijn Advocaat-Generaal, die in dit verband had gesproken over een 'duidelijke breuk met het nationale regime'.¹⁵

Het zal na deze uitspraak niet verbazen, dat de Haagse Rechtbank nog in 1997, in een zaak betreffende het merk *Harrold's* een beroep op rechtsverwerking afwees, niet alleen omdat er behalve zeventien jaar stilzitten onvoldoende bijzondere omstandigheden waren gesteld, maar ook omdat de dagvaarding dateerde van vóór 1 januari 1996 en er dus geen aanleiding was de – inmiddels geïmplementeerde – richtlijnbevestiging toe te passen.¹⁶

Een voorzichtige tussenconclusie naar aanleiding van de in deze paragraaf ten tonele gevoerde jurisprudentie kan m.i. zijn, dat het fenomeen rechtsverwerking – in ieder geval tot 1 januari 1996 – in het intellectuele eigendomsrecht niet wezenlijk anders werd benaderd dan in de rest van het vermogensrecht.

4 IMPLEMENTATIE VAN DE MERKENRICHTLIJN

Zoals in de inleiding opgemerkt, kwam de Merkenrichtlijn eind 1988 tot stand. Uiterlijk op 28 december 1991 had de implementatie hiervan geheel gereed moeten zijn (art. 16 lid 1 RL.), maar de Beneluxlanden waren pas op 1 januari 1996 zover. De bepaling om welke in deze bijdrage alles draait, is art. 9 RL. Dit luidt als volgt:

'1. De houder in een Lid-Staat van een in artikel 4, lid 2, bedoeld ouder merk, die het gebruik van een in die Lid-Staat later ingeschreven merk bewust heeft gedoopt gedurende vijf opeenvolgende jaren, kan niet meer op grond van het oudere merk vorderen dat het jongere merk nietig wordt verklaard noch bezwaar maken tegen

15 Zie achtereenvolgens: Pres. Rb. Arnhem 28 oktober 1988; Hof Arnhem 6 augustus 1991; conclusie A-G Koopmans 22 oktober 1993, sub 5 en Hoge Raad 17 december 1993, alle kenbaar uit: Benelux-Gerechtshof 16 december 1994, *NJ* 1994, 573 (m.nt. Ch. Gielen), *BIE* 1995, 64 (Michelin/Michels e.a.).

16 Rb. Den Haag 20 augustus 1997, *BIE* 2002, 29 (Harrods/Deleye). Zie echter ook Hof Den Bosch 12 november 1996, *IER* 1996, 46 (United Fashion Makers e.a./Pinocchio Schoenen), en over deze uitspraak hierna, paragraaf 5.

het gebruik van het jongere merk voor de waren of diensten waarvoor dat jongere merk is gebruikt, tenzij het jongere merk te kwader trouw is gedeponeerd.

2. Elke Lid-Staat kan bepalen dat lid 1 van overeenkomstige toepassing is ten aanzien van een houder van een ouder merk bedoeld in artikel 4, lid 4, onder a., of van een ander ouder recht bedoeld in artikel 4, lid 4, onder b. of c.

3. In de in de leden 1 en 2 bedoelde gevallen kan de houder van een later ingeschreven merk geen bezwaar maken tegen het gebruik van het oudere recht, ofschoon dat recht niet langer aan het jongere merk kan worden tegengeworpen.'

De considerans van de richtlijn merkt op, dat deze bepaling is opgenomen 'ter wille van de rechtszekerheid en zonder de houder van een ouder merk onredelijk in zijn belangen te schaden.'

Uit de tekst van leden 1 en 2 van art. 9 RL. blijkt, dat we hier deels te maken hebben met dwingende (lid 1), en deels met facultatieve regelgeving (lid 2). De overige richtlijnbevestigingen waarnaar wordt verwezen hebben resp. betrekking: a) op identieke of overeenstemmende merken voor identieke, soortgelijke of niet-soortgelijke waren of diensten (art. 4 lid 2 jo. lid 1, en art. 4 lid 4 onder a), b) op rechten op niet-ingeschreven merken of andere in het economisch verkeer gebruikte tekens (art. 4 lid 4 onder b) en c) op andere oudere rechten, zoals een recht op een naam of op een portret, een auteursrecht of een (ander) recht van industriële eigendom (art. 4 lid 4 onder c).

De Benelux-wetgever heeft ervoor gekozen, van de facultatieve mogelijkheden alleen die vermeld in art. 4 lid 4 onder a over te nemen. Dit is geschied in het nieuwe art. 14bis BMW, waarvan lid 1 als volgt luidt:

'De houder van een ouder merk die het gebruik van een ingeschreven jonger merk bewust heeft gedoogd gedurende vijf opeenvolgende jaren, kan niet meer op grond van zijn oudere recht de nietigheid van het jongere merk invoeren ingevolge artikel 14, onder B, onderdeel 1, noch zich verzetten tegen het gebruik van het jongere merk ingevolge artikel 13, onder A, lid 1, onder a, b en c, met betrekking tot de waren waarvoor het merk is gebruikt, tenzij het te kwader trouw gedeponeerd is.'¹⁷

De door de Benelux-wetgever gedane keuze impliceert, dat deze nieuwe rechtsverwerkingsbepaling alleen op merken van toepassing is, en dan nog alleen indien deze ingeschreven en gebruikt zijn. De typisch merkenrechtelijke vragen die dit oproept blijven in dit opstel buiten beschouwing.¹⁸ Gevolg van deze keuze is wel, dat de bepaling zich niet uitstrekt over (het bewust

17 Dit is de thans geldende tekst. Aanvankelijk (in 1996) week de tekst redactioneel enigszins af van de tekst van de richtlijn; dit is naderhand rechtgetrokken, laatstelijk bij Protocol van 11 december 2001, *Trb.* 2002, 37, i.w.tr. 1 januari 2004.

18 De belangstellende lezer zij verwezen naar bijv. Ch. Gielen & L. Wichers Hoeth, a.w., nr. 997 e.v.; N. Hagemans, in: Ch. Gielen en D.W.F. Verkade (red.), *Tekst & Commentaar Intellectuele Eigendom*, Deventer: Kluwer 1998, art. 14bis BMW, aant. 1-4; L. Wichers Hoeth, *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 217-219.

gedogen van) andere oudere rechten. Ik kom hierop in paragraaf 6 terug. Uit de geciteerde tekst moge verder duidelijk zijn geworden, dat hier inderdaad, zoals de Hoge Raad in het *Michelin*-arrest overwoog, sprake is van een regel die een wijziging van het tot 1 januari 1996 geldende recht meebrengt. Zie ik het goed, dan is dit een wijziging in tweeërlei opzicht. Ten eerste is er natuurlijk thans de vaste gedoogtermijn van vijf jaar. Maar in de tweede plaats zal het voor een succesvol beroep op rechtsverwerking in het merkenrecht voortaan niet meer nodig zijn, aannemelijk te maken dat er sprake is van opgewekt vertrouwen bij of onredelijke benadeling van de wederpartij van de gerechtigde. Zulke omstandigheden kunnen wel even zovele *redenen* vormen voor een beroep op rechtsverwerking, maar het komt mij voor dat de zojuist bedoelde wederpartij hierop, gezien de tekst van de richtlijn en van art. 14bis BMW, niet meer afzonderlijk zal hoeven ingaan, c.q. zulks niet meer aannemelijk zal hoeven maken, zolang het 'bewust gedogen' maar wél voldoende komt vast te staan. Uit de hierna, in paragraaf 5, te vermelden rechtspraak komt een dergelijke interpretatie echter (nog?) niet expliciet naar voren, behalve (wellicht) in de eerste aldaar te noemen uitspraak.

Een korte rondgang langs een aantal andere EG-lidstaten leert overigens, zoals te verwachten viel, dat de implementatie van art. 9 Rl. op nogal uiteenlopende wijzen is geschied; in zoverre is dus de eenheid op dit punt internationaal gezien voorlopig ver te zoeken. In Duitsland strekt de rechtsverwerkingsregel zich thans niet alleen over merken, maar ook over 'geschäftliche Bezeichnungen' uit, nader gedefinieerd als 'Unternehmenskennzeichen' en 'Werktitel', zoals 'Druckschriften, Filmwerken, Tonwerken, Bühnenwerken' en dergelijke.¹⁹ Groot-Brittannië heeft gekozen voor toepassing van de regel op oudere merken én andere oudere rechten; onder de laatste categorie vallen: 'unregistered trade mark or other sign used in the course of trade', en bovendien andere oudere rechten 'in particular by virtue of the law of copyright, design right or registered designs.'²⁰ In Italië geldt de bepaling voor ieder 'earlier trademark (...) and the holder of a right of prior use that imparts not merely local notoriety.'²¹ Ook in Zweden is van de nieuwe regeling ruimhartig gebruik gemaakt: zij geldt ingeval van een 'earlier right in a confusingly similar symbol.'²² Daarentegen is rechtsverwerking na vijf jaar bewust gedogen in

19 Zie §5 en §21 Markengesetz 1994, laatstelijk gewijzigd op 19 juli 1996.

20 Zie sec. 5(4) en 48 Trade Marks Act 1994.

21 Zie art. 48(1) Trade Mark Law, laatstelijk gewijzigd door Legislative Decree No. 198 d.d. 19 maart 1996. Deze en de hierna volgende regelingen zijn in de Engelse taal gepubliceerd op de website van de World Intellectual Property Organization (WIPO) te Geneve <www.wipo.int>.

22 Zie art. 8 Law No. 644 d.d. 2 december 1960, laatstelijk gewijzigd door Law No. 1510 d.d. 16 december 1994.

Frankrijk, Denemarken, Spanje en Portugal slechts mogelijk ingeval van oudere ingeschreven merken.²³

Deze internationale diversiteit kan in de praktijk zelfs nog ruimer uitvallen, getuige de notulen van de vergadering van de Raad waarin de tekst van de richtlijn werd vastgesteld. Volgens deze notulen zijn de Raad en de Commissie van mening dat het bepaalde in art. 9 leden 1 en 2 Richtlijn niet afdoet aan de eventuele bevoegdheid van nationale autoriteiten om overeenkomstig het nationale recht te beslissen dat rechtsverwerking met betrekking tot de onderhavige acties tegen een jonger merk heeft plaatsgevonden op grond van *andere omstandigheden*, zelfs indien het gedogen minder dan vijf jaren heeft geduurd.²⁴ Men zou hier wellicht kunnen denken aan gevallen waarin de rechter, bijvoorbeeld op basis van eerdere corespondentie tussen partijen, tot de conclusie komt dat van toestemming sprake is.²⁵

5 TOEPASSING VAN ART. 14BIS BMW IN DE RECHTSPRAAK

De nieuwe rechtsverwerkingsbepaling heeft nog niet tot veel jurisprudentie aanleiding gegeven. Ik laat een vijftal uitspraken van na 1 januari 1996 de revue passeren.

De President van de Rechtbank te Haarlem kreeg al snel na genoemde datum de gelegenheid art. 14bis BMW toe te passen, in een zaak rond het merk *Midland*. De President overwoog, geheel in lijn met het *Michelin*-arrest, dat het beroep op rechtsverwerking geen doel trof:

‘De feitelijke omstandigheden die naar de mening van gedaagde aanleiding geven tot de conclusie dat eiseres sub 1 haar recht om nietigheid van het depot van gedaagde in te roepen heeft verwerkt, hebben zich vóór inwerkingtreding van het sinds 1 januari 1996 geldende artikel 14bis BMW voorgedaan. Toepassing van het huidige artikel 14bis BMW, dat het tot 1 januari 1996 geldende recht heeft gewijzigd, zou in strijd zijn met het verbod van terugwerkende kracht. Het verweer van

23 Zie resp. art. L716-5 Loi du 1er juillet 1992 (Code de la propriété intellectuelle) ; sec. 8 Trade Marks Act (Consolidated Act No. 162 d.d. 21 februari 1997) ; art. 45 Law 17/2001 on Trademarks d.d. 17 december 2001; art. 215(1) Industrial Property Code : Decree Law No. 16/95 d.d. 24 januari 1995.

24 Vgl. het Gemeenschappelijk Commentaar van de Regeringen bij het Protocol houdende wijziging van de BMW d.d. 2 december 1992, Trb. 1993, 12, doc.nr. M (92)8, Bijlage 1, p. 13; E.J. Arkenbout, *Handelsnamen en merken* (diss. Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 152; Hagemans, a.w., art. 14bis BMW, aant. 1; Ch. Gielen, *Volghende het rechte oordeel van redene* (oratie Groningen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 17 (noot 69).

25 Vgl. de jurisprudentie vermeld in noot 13. Zie ook Hof Arnhem 15 oktober 2002, *BIE* 2003, 53 (Intermediair/VNU). In deze procedure werd, in eerste aanleg, afzonderlijk ingegaan op art. 14bis BMW enerzijds en het algemene leerstuk van rechtsverwerking anderzijds. Kennelijk ging de rechter er daarbij impliciet vanuit, dat de nieuwe wetsbepaling geen exclusieve werking heeft.

gedaagde dient derhalve beoordeeld te worden naar het voor 1 januari 1996 geldende recht.'

Volgens dat recht was van rechtsverwerking volgens de President echter

'(...) eerst sprake als gedragingen van de gerechtigde het vertrouwen wekken dat de merkhouder zijn recht niet zal uitoefenen. Het enkele talmen met de uitoefening van rechten of een gebrek aan voortvarendheid met het in rechte geldend maken van rechten levert niet zonder meer een grond op voor het aannemen van rechtsverwerking.'²⁶

Zoals in de vorige paragraaf al kort aangestipt, suggereert de President hier, als ik het goed zie, dat bij de toepassing van art. 14bis BMW het opgewekte vertrouwen *geen* rol meer zal spelen. De tekst van het artikel en van de onderliggende richtlijnbevestiging bevatten dit element inderdaad niet. Alleen al om deze reden is voor een dergelijke uitleg m.i. veel te zeggen.

Het Hof te Den Bosch gaf aan art. 14bis een ruimer toepassingsgebied. In de bewuste procedure was voldoende aannemelijk geworden dat gedaagde het merk *Jaguar* sinds het depot daarvan in 1984 voor schoenen had gebruikt, en dat eiseres gedurende vijf opeenvolgende jaren dat gebruik had gedoogd. Naar het oordeel van het Hof telden '(...) daarbij ook de jaren voor 1 januari 1996 mee, nu art. 14bis lid 1 BMW onmiddellijke werking heeft en slechts een speciale regeling van het voordien ook reeds geldende leerstuk van de rechtsverwerking geeft.'²⁷ Een uitspraak die, zo zou ik menen, op zijn minst op gespannen voet staat met *Michelin*.

Het Hof te Den Haag zat juist weer helemaal op één lijn met de Hoge Raad. Het college oordeelde, dat het beroep van gedaagde op rechtsverwerking faalde

'(...) nu het depot van het merk DE LUCIA in november 1995 heeft plaatsgevonden en artikel 14bis BMW eerst in werking is getreden op 1 januari 1996, terwijl door de scherpe breuk met het verleden op het punt van rechtsverwerking directe werking, anticipatie of richtlijnconforme interpretatie niet voor de hand ligt (verg. HR 17 december 1993, NJ 1994, 573). Zo hier al anders over gedacht zou moeten worden, faalt het beroep op artikel 14bis BMW al omdat niet is komen vast te staan dat De Lucia haar merk DE LUCIA gedurende vijf jaar voor de inleidende dagvaarding normaal heeft gebruikt en Galbani daarvan op de hoogte was of behoorde te zijn.'²⁸

26 Pres. Rb. Haarlem 30 januari 1996, *BIE* 1998, 18 (Midland e.a./Van Veen's Trading Company).

27 Hof Den Bosch 12 november 1996, *IER* 1996, 46 (United Fashion Makers e.a./Pinocchio Schoenen).

28 Hof Den Haag 27 juni 2002, *BIE* 2004, 63 (Galbani/De Lucia). In dezelfde zin Rb. Amsterdam 15 september 2004, *BIE* 2005, 41 (Tiziana Bucci/Laura Ashley). In deze laatste uitspraak neemt de Rechtbank zelfs uitdrukkelijk afstand van het hiervoor genoemde *Jaguar*-vonnis.

Met deze laatste woorden geeft het Hof m.i. tevens aan, dat het ‘bewust gedogen’ naar zijn mening geobjectiveerd moet worden: het gaat om het weten of behoren te weten.

Wat dit laatste aspect aangaat, oordeelde de Rechtbank te Den Haag anders. In een zaak betreffende het merk *Ashley* overwoog zij, dat voor een succesvol beroep op art. 14bis is vereist, dat de houder van het oudere merk

‘a. wist dat een ander een overeenstemmend merk had ingeschreven, b. ook wist dat die ander dat ingeschreven merk gebruikte, en c. desondanks gedurende vijf jaren nadat hij van het een en het ander wetenschap heeft gekregen niet tegen deze is opgetreden.’²⁹

Persoonlijk voel ik meer voor de interpretatie van het Hof op dit punt, nu het bewijs van het (subjectieve) ‘weten’ vaak niet of nauwelijks te leveren zal zijn en zulks de toepassing van art. 14bis ernstig zou kunnen bemoeilijken.³⁰ Misschien krijgt het Hof van Justitie nog eens de gelegenheid de woorden ‘bewust gedogen’ nader in te kleuren.

De Rechtbank te Den Haag moest, ten slotte, ook oordelen over de vraag, of rechten waren verwerkt ter zake van het merk *Marie Claire*. Zij kon in dit geval volstaan met de vaststelling dat gedaagde dit merk nog geen vijf opeenvolgende jaren had gebruikt, zodat niet aan de voorwaarden van art. 14bis was voldaan; eiseres had volgens de Rechtbank ook overigens niet in strijd met de redelijkheid en billijkheid gehandeld noch misbruik van haar bevoegdheden gemaakt door de vorderingen in te stellen.³¹

Een tweede tussenconclusie, naar aanleiding van de hier weergegeven rechtspraak, kan m.i. luiden dat de Nederlandse gerechten bij de toepassing van art. 14bis BMW nog niet geheel op één lijn zitten, al is dit ten aanzien van de vraag naar de directe werking vanzelfsprekend van voorbijgaande aard.

6 ANALOGE TOEPASSING VAN DE NIEUWE REGEL ELDERS IN HET INTELLECTUELE EIGENDOMSRECHT?

Gielen heeft opgemerkt, dat de nieuwe rechtsverwerkingsbepaling in het merkenrecht een reflexwerking kan (of zelfs: zal) hebben op de uitoefening van andere intellectuele eigendomsrechten.³² Voor deze gedachte zijn zeker

29 Rb. Den Haag 21 augustus 2002, *BIE* 2003, 11 (Laura Ashley/Tiziana Bucci).

30 In dezelfde zin Hof Den Bosch 12 november 1996, *IER* 1996, 46 (United Fashion Makers e.a./Pinocchio Schoenen). Zie ook Ch. Gielen & L. Wichers Hoeth, a.w., nr. 1001; anders kennelijk L. Wichers Hoeth, a.w., p.218: ‘Voor gedogen is nodig dat de merkhouder het gebruik van het merk gedurende vijf jaren heeft gekend.’

31 Rb. Den Haag 18 december 2002, *BIE* 2003, 43 (Marie Claire Album/Ipko-Amcor).

32 Zie resp. zijn eerdergenoemde oratie, p. 13 e.v. en zijn *NJ*-noot onder het Michelin-arrest, sub 4, slot.

argumenten aan te voeren. De rechtszekerheid die de nieuwe regel meebrengt zou ook in bijvoorbeeld het handelsnaam-, auteurs-, octrooi- of kwekersrecht goede diensten kunnen bewijzen. Bovendien is met betrekking tot *gemeenschaps*-merken al geldend recht, dat het gedurende vijf jaren bewust gedogen van dergelijke merken door houders van *andere* oudere tekens eveneens tot rechtsverwerking leidt (zie artt. 53 lid 2 en 107 lid 2 Gemeenschapsmerkenverordening).³³ Te denken valt hierbij bijvoorbeeld aan oudere handelsnamen, model- of auteursrechten, en mogelijk ook aan oudere rasbenamingen.

Daar staat tegenover, dat art. 9 van de Merkenrichtlijn alleen ziet op situaties, waarin (kort gezegd) sprake is van verwarrings- of associatiegevaar tussen een merk en een ander *teken*, en dus in het geheel geen betrekking heeft op bijvoorbeeld het bewust gedogen van inbreuk op een octrooi-, kwekers-, chips- of databankrecht. Bovendien zou men kunnen verdedigen dat reflexwerking in de rechtspraak niet voor de hand ligt, nu de wetgever (zij het dan in dit geval de *Benelux*-wetgever en niet de nationale) kennelijk bewust ervoor heeft gekozen *geen* gebruik te maken van een aantal facultatieve toepassingsmogelijkheden, genoemd in datzelfde art. 9 (zie paragraaf 4). De richtlijnbeoordeling heeft – uiteraard – evenmin betrekking op situaties, waarin uitsluitend andere tekens dan merken tegenover elkaar staan, zoals bijvoorbeeld een oudere en een jongere handelsnaam.

Toch zou het mij niet verbazen, en zou ik het ook toejuichen, als de Nederlandse rechter zich inderdaad de komende jaren zo nu en dan in andere dan merkenzaken zou laten beïnvloeden door de nieuwe rechtsverwerkingsregel. De rechtszekerheid die art. 14bis BMW biedt is nu eenmaal aantrekkelijk. Bovendien komt het steeds vaker voor dat, vooral met het oog op de bescherming van onderscheidingstekens, op verscheidene wettelijke regelingen tegelijkertijd een beroep wordt gedaan. Het uiterlijk van een product (zoals een logo en/of een bijzondere kleurencombinatie) kan bijvoorbeeld, indien aan de door deze regelingen resp. gestelde voorwaarden is voldaan, zowel op merken-, als op auteurs-, alsook op modellenrechtelijke bescherming aanspraak maken.³⁴ Wordt op een dergelijk uiterlijk inbreuk gemaakt, maar laat de rechthebber het er vijf jaar bij zitten, dan valt het m.i. aan een persoon die daarna alsnog wordt gedagvaard moeilijk uit te leggen, dat er ten aanzien van het merkrecht wel, maar ten aanzien van het auteurs- en modelrecht geen sprake van rechtsverwerking zou zijn.³⁵

33 Verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad inzake het Gemeenschapsmerk van 20 december 1993, *PbEG* d.d. 14 januari 1994, L11/1.

34 Daarnaast is zelfs ook nog zg. aanvullende bescherming denkbaar op basis van art. 6:162 BW; zie de expliciete verwijzingen in resp. art. 13A lid 1 BMW en art. 14 lid 1 BTMW. Deze vorm van bescherming blijft hier verder buiten beschouwing. Voor enkele voorbeelden zij verwezen naar L. Wichers Hoeth, a.w., p. 209, 127-129.

35 Zie voor een hiermee enigszins vergelijkbare 'gelijkschakeling' tussen het merken- en het auteursrecht HvJ EG 4 november 1997, *NJ* 2001, 132 (m.nt. J.H. Spoor) (Dior/Evora); R.A.M.

Voorzover mij bekend, is er echter nog geen jurisprudentie gepubliceerd waarin de bedoelde reflexwerking duidelijk een rol heeft gespeeld. Wel is recentelijk beslist, dat een wijziging van de omstandigheden waaronder van een handelsnaam gebruik wordt gemaakt, zoals een uitbreiding van de onder de naam verrichte activiteiten van regionaal naar landelijk, in ieder geval een beroep op rechtsverwerking al kan doen mislukken.³⁶

7 WETSWIJZIGING GEWENST?

Tot slot enige aandacht voor de vraag, of aanpassing (c.q. aanvulling) van de wet op het punt van rechtsverwerking, gezien de in het bovenstaande geschetste Europese ontwikkeling, wenselijk zou zijn. Men zou hierbij m.i. een onderscheid kunnen maken tussen wijziging van het Burgerlijk Wetboek enerzijds, en wijziging van de overige intellectuele eigendoms wetten anderzijds.

Wat het *vermogensrecht in het algemeen* betreft, heeft Hartkamp erop gewezen, dat het beginsel van de redelijkheid en billijkheid, waarvan zoals we zagen de rechtsverwerking een uitvloeisel is, zijn werking over alle vermogensrechtelijke rechtsverhoudingen uitstrekt, van welke, zeer uiteenlopende, rechtsverhoudingen hij vervolgens een niet-uitputtende opsomming geeft.³⁷ Daarnaast bevat het Burgerlijk Wetboek diverse bepalingen met betrekking tot verjaring waarin de in het voorgaande meermalen genoemde termijn van vijf jaar voorkomt, dikwijls gekoppeld aan de *bekendheid* van de schuldeiser of de benadeelde met bijvoorbeeld de schade, de opeisbaarheid van een vordering of van een bedongen boete, de identiteit van een bezitter of houder, resp. een tekortkoming; zie bijvoorbeeld de artt. 3:307, 308, 309, 310, 310b en 311. Een dergelijke stand van zaken zou een aanknopingspunt kunnen vormen voor opneming in de wet van een hiermee toch tot op zekere hoogte te vergelijken bepaling met betrekking tot rechtsverwerking. 'Bewust gedogen' veronderstelt immers evenzeer bekendheid met het bestaan van, in deze context, een jonger onderscheidingsteken; en enkel tijdsverloop (voldoende voor verjaring) en het gedurende enige tijd stilzitten (zoals bij rechtsverwerking) liggen, praktisch gezien, dicht bij elkaar.

Aan de andere kant zou men echter kunnen stellen, dat de Merkenrichtlijn een wel heel specifieke bepaling over rechtsverwerking bevat, voor een bijzonder geval, en dat het niet opportuun is om een dergelijke uitzondering maar meteen tot regel te verheffen, juist ook vanwege de consequentie dat zulk een regel dan zou gaan gelden voor allerlei zeer uiteenlopende rechtsbetrekkingen.

Quanjel-Schreurs, 'Dastar Corp.v. Twentieth Century Fox. Een Amerikaanse uitspraak over een poging tot verkapte verlenging van het auteursrecht met behulp van merkenrecht', *BIE* 2005, p. 133-141.

³⁶ Vgl. Hof Arnhem 15 oktober 2002, *BIE* 2003, 53 (Intermediair/VNU).

³⁷ A.S. Hartkamp, a.w., nr. 304 e.v.

Ik zou menen, dat voor dit laatste vooralsnog het meest te zeggen is, en dat het gevolg daarvan (een zekere doorbreking van de eenheid in het vermogensrecht) in dit geval maar voor lief genomen moet worden. Mogelijk echter leent het onderwerp rechtsverwerking zich in de toekomst voor uniformering in het kader van het Europees privaatrecht.³⁸

Voor het *intellectuele eigendomsrecht* zou wetsaanvulling m.i. wel overwogen kunnen worden. De Merkenrichtlijn heeft daartoe in art. 9 lid 2, zoals we zagen, in zekere zin al een aanzet gegeven en in enkele andere lidstaten is van deze mogelijkheid reeds gebruik gemaakt. Daarnaast zou wetswijziging – ook nationaal gezien – de rechtszekerheid ten goede komen, met name in gevallen waarin, zoals in de vorige paragraaf aangegeven, één en hetzelfde uiterlijk van een voortbrengsel tegelijkertijd door verscheidene intellectuele eigendomsrechten beschermd kan zijn.

38 Zie voor aanverwante onderwerpen bijv. K. Boele-Woelki, 'De verjaring van vorderingen uit internationale koopovereenkomsten', in: F.W. Grosheide & K. Boele Woelki (red.), *Europees Privaatrecht 1996, Opstellen over Internationale Transacties en Intellectuele Eigendom*, Den Haag: Koninklijke Vermande 1996, p. 99-146; M.W. Hesselink, 'The Concept of Good Faith', in: M.W. Hesselink, *The New European Private Law, Essays on the Future of Private Law in Europe*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International 2002, p. 195-223.

14 | De mens is niet octrooieerbaar, ontdekte delen ervan evenmin. Of toch wel?

De implementering van de Europese richtlijn op de octrooieerbaarheid van biotechnologische uitvindingen: middel tot uniforme interpretatie van begrippen?

M.C.E. van Gorkom-Meeuwsen[■]

‘Het doel van een harmonisatiemaatregel is immers de belemmeringen voor de werking van de interne markt die het gevolg zijn van uiteenlopende situaties in de lidstaten, waaraan deze ook zijn toe te schrijven, te verminderen. Wanneer er verschillen ontstaan of dreigen te ontstaan door een niet-eensluidende interpretatie van begrippen in volkenrechtelijke instrumenten waarbij de lidstaten partij zijn, is er in beginsel niets tegen vaststelling van een richtlijn als middel om een uniforme interpretatie van die begrippen door de lidstaten te verzekeren’.¹

1 BELANG BESCHERMING BIOTHECHNOLOGIE

In april 2002 meldt het tijdschrift *Science*² dat een Zwitsers bedrijf en een Chinees onderzoeksinstituut de genetische code voor rijst hebben ontdekt. Rijst is het belangrijkste dagelijkse voedselproduct in de wereld, vandaar dat de betekenis van die ontdekking uitermate groot is. Door deze genetische kennis te gebruiken kan de mens op ingrijpende wijze invloed uitoefenen op, en veranderingen aanbrengen bij rijst en andere granen.³ Met toepassing van de biotechnologie kan een betere bescherming tegen plantenziektes worden bereikt, evenals een betere weerstand tegen klimatologische omstandigheden en verbetering van de voedingswaarde.⁴ Planten met verbeterde eigenschappen kunnen nuttig zijn voor de hout- en groenvoorziening, voor de zuurstofproductie, voor de farmaceutische industrie en kledingindustrie.⁵ De productie kan worden verhoogd, nieuwe gewassen kunnen worden gerealiseerd en bestaande verbeterd.

■ M.C.E. van Gorkom-Meeuwsen is universitair docent, encyclopedie en filosofie van het recht, Universiteit Leiden.

1 HvJ EG 9 oktober 2001, zaak C-377/98 (Koninkrijk der Nederlanden, ondersteund door Italiaanse republiek en Koninkrijk Noorwegen tegen Europees Parlement en Raad van de Europese Unie ondersteund door Commissie van de Europese Gemeenschappen) r.o. 20.

2 Zie themanummer: The Rice Gnome, *Science*, vol. 296, 5 april 2002.

3 D. Kennedy, ‘The Importance of Rice’, *Science*, vol. 296, 5 april 2002, p. 13.

4 *Kamerstukken II* 1986/87, 19744 nr. 1. Brief van de Minister van Landbouw.

5 P.A.C.E. van der Kooij, ‘Een nieuwe lente, een nieuw geluid: de Zaaizaad- en Plantgoedwet gewijzigd’, *IER* 1999/1 p. 8.

Het economische belang van biotechnologie is tweërlei: vanwege de betekenis voor het voedselprobleem in de wereld en de betekenis bij tal van industriële activiteiten welke hogere opbrengsten tot gevolg hebben, waarvan indirect de hele samenleving profiteert. Onderzoek met betrekking tot ontwikkeling en veredeling van planten is een tijdrovend, moeizaam en kostbaar proces, met name werkzaamheden op het terrein van genetische modificatie, vergen zware risicodragende investeringen.⁶ Het lijkt dan ook niet rechtvaardig indien anderen van de gedane investeringen zonder meer mogen profiteren. Even cruciaal is de vraag of het juridisch en ethisch wel juist is dat personen en bedrijven geld kunnen verdienen met het toepassen van genetische kennis en daardoor de natuur voor eigen gewin mogen beïnvloeden. Vanuit Nederlandse wetgeving beschouwd is de wettelijke bescherming terzake terug te voeren tot het 'Kwekersbesluit', later vervangen door de 'Zaaizaaden Plantgoedwet', de ZPW.⁷ Op Europees niveau wordt met de 'Europese Verordening inzake het communautaire kwekersrecht' één kwekersrecht beoogd te verkrijgen voor de gehele Europese Unie.⁸

Aan de ene kant vindt bescherming van biotechnologische vindingen plaats via het *kwekersrecht*, aan de ander kant via het *octrooirecht*.⁹ Omdat de houder van een octrooi gaat boven een kweker met een recht, maakt het groot verschil of een rechthebbende onder de bescherming van het kwekersrecht valt dan wel onder die van de octrooiwetgeving. Voor bescherming van het kwekersrecht gelden de mogelijkheden die het algemeen vermogensrecht biedt, terwijl een octrooirecht een bijzondere rechtsbescherming kent. De octrooiwetgeving biedt een uitvinder bescherming om zijn uitvinding zelf commercieel te kunnen ontwikkelen tot een verkoopbaar product. Zodra de uitvinding in een octrooi is vastgelegd wordt dit het *intellectuele eigendom* van de uitvinder. Een octrooihouder heeft zodoende een voorsprong ten opzichte van de rechthebbende op een kwekersrecht waardoor inventieve burgers en ondernemingen worden gestimuleerd tot het doen van uitvindingen. Tot welke prijs? Bestaan er grenzen aan hetgeen een octrooihouder als zijn uitsluitende recht kan claimen? Het is de vraag of de EU-richtlijn betreffende de 'rechtsbescherming van bio-

6 Zie overweging 1 en 2 bij de preambule van Richtlijn 98/44/EG, Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 6 juli 1998, *PbEG* 1998 L 213/13.

7 Het Kwekersbesluit is van 1941, de ZPW is tot stand gekomen bij Wet van 6 okt. 1966, *stb.* 1966, 455 en *stb.* 1966, 266. Deze wet vindt haar grondslag in het in 1961 te Parijs gesloten Verdrag tot Bescherming van Kweekproducten, het UPOV. Dit verdrag is diverse malen gewijzigd waardoor ook de ZPW gewijzigd en aangepast werd. Een van de belangrijkste wijzigingen van de ZPW is het gevolg van het UPOV 1991 (i.w.tr. 24 april 1998, *Trb.* 1993, 153). Zie: Van der Kooij, *IER* 1999, p. 8–15.

8 *PbEG* 1994 L227/1, 1 sept. 1994; *PbEG* 1995 L258/3, 28 okt. 1995; zie: *Stcrt.* 1998, 150 p. 4.

9 De woorden *octrooi* en *patent* worden door elkaar gebruikt; evenals EOV en EPC voor het Europees Octrooi-verdrag resp. European Patent Convention. en de afkortingen EOB en EPO voor het Europees Octrooibureau, resp. European Patent Office; voor dit essay gebruik is gemaakt van de Engelstalige versie van het verdrag: <www.european-patent-office.org/legal/epc>.

technologische uitvindingen met betrekking tot planten en dieren' uitwassen voorkomt.¹⁰ Een richtlijn die eerst na het nodige gelobby tussen de Europese Commissie en het Europees Parlement werd aangenomen en vervolgens naar de lidstaten is gestuurd voor implementatie in hun nationale wetgeving.

In dit essay wordt ingegaan op de vraag in hoeverre begrippen in de richtlijn strijdig zijn met het Nederlandse recht en in hoeverre implementering van de richtlijn botst met hier geldende ethische en privaatrechtelijke normen. Anders gezegd, leidt (implementering van) de EU-biotechnologische richtlijn 98/44/EG tot een coherenter rechtssysteem of ontstaat er gevaar voor divergentie ten gevolge van uiteenlopende interpretaties van overeenkomstige begrippen uit de richtlijn enerzijds en het algemene vermogensrecht anderzijds?

2 WETTELIJK REGELEN BIOTECHNOLOGIE: EEN HEET HANGIJZER

De problematiek over de relatie tussen biotechnologie, octrooi-, kwekersrecht en vermogensrecht, vormt al jaren een principiële discussie tussen regering, parlement en wetenschap. In Nederland komt de discussie in 1986 op gang, met de brief die de minister van landbouw aan de Kamer stuurt over het onderwerp 'plantenveredeling en de relatie met het octrooi- en kwekersrecht'.¹¹ De daaropvolgende jaren wordt in de Kamer diverse malen het onderwerp in verband met de Ontwerprichtlijn inzake biotechnologische uitvindingen, aan de orde gesteld.¹² De discussie wordt voortgezet tijdens de behandeling van het 'Wetsvoorstel wijziging van de Rijsoctrooiwet 1995 en de Zaaizaad- en Plantgoedwet ten behoeve van de rechtsbescherming van biotechnologische uitvindingen'.¹³ Dit wetsontwerp diende ter implementering van richtlijn 98/44/EG op de octrooieerbaarheid van biotechnologische uitvindingen. Daartoe zijn in die richtlijn gepreciseerd, welke 'uitvindingen' met betrekking tot planten, dieren en het menselijk lichaam al dan niet octrooieerbaar zijn.

Op Europees niveau werd deze richtlijn in 1998 aangenomen en had door alle lidstaten in juli 2000 geïmplementeerd moeten zijn. De richtlijn draagt de lidstaten op, biotechnologische uitvindingen te beschermen door middel van hun nationale octrooirecht, met inachtneming van hun verplichtingen uit internationale verdragen. In Nederland is implementatie niet zonder slag of stoot gegaan vanwege het verzet van diverse parlementsleden. Dit was zo groot

10 Richtlijn 98/44/EG Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 6 juli 1998, *PbEG* 1998 L 213/13, 30 juli 1998.

11 *Kamerstukken II* 1986/87, 19744, nr. 1.

12 Volg de *Kamerstukken II* 1992/93, nr. 19 744, vooral *Kamerstukken II* 1992/93, 19 744.

13 *Kamerstukken II* en I 26 568 (R 1638).

dat pas begin november 2004 de vereiste Rijkswet¹⁴ door de Eerste Kamer werd aanvaard en de Europese Commissie uiteindelijk op 22 november 2004 op de hoogte kon worden gebracht van implementatie van de richtlijn.¹⁵ Daarmee ontkwam Nederland ternauwernood aan een veroordeling tot een hoge boete, wegens niet-nakoming van verplichtingen die krachtens art. 226 EG uit de richtlijn voortvloeien.¹⁶

Vernietigingsverzoek EU-Biotechnologische richtlijn: HvJ-EG, Zaak C-377/98

De implementatie is politiek een heet hangijzer geworden. Zo was in het parlement verzet gerezen tegen genetische manipulatie van dieren en planten en tegen de octrooieerbaarheid van producten van biotechnologische werkwijzen die zulke manipulaties kunnen bevorderen. Een meerderheid van de kamer, een 'getuigeniscoalitie' van PvdA, CDA, Christen Unie, SGP, Groen Links en SP, was tegen implementatie van deze richtlijn, zodat de regering het Hof van Justitie verzocht om de richtlijn in zijn geheel te vernietigen.¹⁷ Nederland voert zes middelen aan om haar verzoek te onderbouwen:

- 1 Onjuiste keuze voor art. 100 A EG-Verdrag [nu: art. 95] als *rechtsgrondslag* voor de richtlijn omdat deze geen maatregel betreft tot onderlinge aanpassing van wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten die de instelling en de werking van de interne markt betreffen.
- 2 Schending van het *subsidiariteitsbeginsel* omdat de Gemeenschap op gebieden die niet onder haar exclusieve bevoegdheid vallen, slechts mag optreden indien en voorzover de doelstellingen van dat optreden niet voldoende door de lidstaten kunnen worden verwezenlijkt en derhalve vanwege de omvang of de gevolgen van dat optreden beter door de Gemeenschap kunnen worden verwezenlijkt.
- 3 Schending van het *rechtszekerheidsbeginsel* omdat de richtlijn aan de nationale autoriteiten discretionaire bevoegdheden verleent bij de uitvoering van algemeen en dubbelzinnig geformuleerde *begrippen* als de openbare orde en goede zeden, terwijl een richtlijn juist tot harmonisatie en grotere eenheid tussen de nationale wetgevingen zou moeten leiden bij de interpretatie en afbakening van begrippen. Het rechtszekerheidsbeginsel wordt

14 Rijkswet van 10 november 2004, houdende wijziging van de Rijsoctrooiwet 1995 en de Zaaizaad- en Plantgoedwet ten behoeve van de rechtsbescherming van biotechnologische uitvindingen, *Stb.* 2004, 589, 590 en 592.

15 Zie bijlage bij de brief van de Staatssecretaris EZ aan de Vz van de Tweede Kamer 11 april 2005, *Kamerstukken II* 2004/05, 21 109, nr. 153. Nu is het wachten op de i.w.tr. van de Rijkswet en de aanpassingen van de ter zake doende wetten.

16 Beschikking Pres. 6^e Kamer HvJ 25 februari 2005, zaak C-395/03 (Commissie/Nederland) <www.curia.eu.int/jurisp>. Vgl. brieven van Minister en Staatssecretaris EZ resp. *kamerstukken II* 2003/04, 26 568 (R 1638), nr. 46 en *Kamerstukken II* 2004/05, 21 109, nr. 153.

17 HvJ EG 9 oktober 2001, zaak C-377/98 (Nederland/Europees Parlement en Raad van de Europese Unie) r.o. 20.

volgens Nederland ook geweld aangedaan doordat geen octrooi kan worden verleend voor een plantenras, maar weer wel voor een uitvinding waarvan de uitvoerbaarheid zich technisch gezien niet beperkt tot een bepaald plantenras.

- 4 Schending van volkenrechtelijke verplichtingen, in het bijzonder zou de richtlijn inbreuk maken op de Overeenkomst inzake handelsaspecten van de intellectuele eigendom (TRIP's verdrag), op de Overeenkomst inzake technische handelsbelemmeringen (OTH),¹⁸ op het Europees Octrooiverdrag (EPC) en op het Verdrag inzake biologische diversiteit (VBD). Zo zou de formulering die de richtlijn in art. 6 hanteert omtrent niet octrooieerbare uitvindingen, onverenigbaar zijn met de formulering van art. 53 EPC. Ook zou het doel van de richtlijn om biotechnologische uitvindingen in alle lidstaten octrooieerbaar te maken, ingaan tegen een van de doelstellingen van het VBD dat in art. 1 noemt: 'een eerlijke en billijke verdeling van de voordelen welke voortvloeien uit het gebruik van genetische rijkdommen, met inbegrip van passende toegang tot genetische rijkdommen en passende overdracht van desbetreffende technologieën'.
- 5 Schending van het fundamentele recht op eerbiediging van de menselijke waardigheid omdat art. 5 lid 2 van de richtlijn neerkomt op instrumentalisering van menselijke levende materie. Daardoor wordt de menselijke waardigheid aangetast en ook het zelfbeschikkingsrecht, omdat een bepaling ontbreekt die verificatie voorschrijft van de toestemming van donor of ontvanger van biotechnologisch verkregen producten.
- 6 Tot slot vreest Nederland voor schending van wezenlijke vormvoorschriften, daar nergens blijkt dat de richtlijn met collegiale beraadslaging is goedgekeurd.

Het gehele verzoek wordt door het Hof van Justitie van tafel geveegd, zodat Nederland moet overgaan tot implementatie. Volgens het Hof spoort de richtlijn met de diverse door Nederland aangevochten rechtsbeginselen en internationale verplichtingen. Verder geeft het Hof een extra toelichting bij de octrooieerbaarheid van planten en dieren en geïsoleerde delen van het menselijk lichaam.

3 DOELSTELLINGEN BIOTECHNOLOGISCHE RICHTLIJN

Aanvankelijk verstond men onder biotechnologie voornamelijk het 'toepassen van in de natuur aangetroffen micro-organismen voor het bewerken van chemische omzettingen'.¹⁹ Door de opkomst van nieuwe technieken, vooral

18 Het TRIP's verdrag en het OTH zijn respect. als bijlage 1C en 1A opgenomen bij de WTO-overeenkomst.

19 *Kamerstukken II 1998/99*, 26568 (R 1638), nr. 3, p. 1 (MvT).

op het terrein van genetische modificatie, één van de snelst groeiende technologieën van de laatste decennia, ontstonden problemen bij de toepassing van de octrooiwetgeving. Zo rees de vraag omtrent de reikwijdte van het in het Octrooiverdrag vastgelegde *beginsel van niet octrooieerbaarheid* van: ‘planten- en dierenrassen’ en ‘werkwijzen van wezenlijk biologische aard voor de voortbrenging van dieren en planten’. Een ander cruciaal probleem betreft de vraag wanneer het exclusieve recht van de octrooihouder is uitgeput, gelet op het feit dat biologisch materiaal zichzelf kan repliceren of in een biologisch systeem kan worden gerepliceerd. Verder speelt de vraag of iets een *ontdekking* is, of een *uitvinding*. Bezinning heeft geleid tot herdefiniëring van het *begrip biotechnologie*:

‘de integratie van biochemie, microbiologie en procestechnologie, waarbij biologische systemen worden toegepast ten behoeve van industriële processen en milieubeheer. Genetische modificatie kan worden begrepen als het toevoegen, verwijderen, vervangen of recombineren van erfelijk materiaal. Deze technieken vormen tezamen de <<moderne biotechnologie>>, die een scala van technieken en processen omvat, zoals celfusie (...), r-DNA-technologie (...) en biokatalyse (...)’.²⁰

De richtlijn beoogt biotechnologische uitvindingen in alle lidstaten octrooieerbaar te maken door: het vrije verkeer van geoctrooieerde biotechnologische producten te waarborgen middels harmonisatie van de nationale wetgeving van de lidstaten, teneinde een duidelijker wettelijk kader voor deze producten te creëren en belemmeringen die een goede werking van de interne markt in de weg staan, weg te nemen.²¹ Daartoe is vereist dat duidelijker het onderscheid wordt aangegeven tussen hetgeen wel en niet octrooieerbaar is met betrekking tot uitvindingen op het terrein van de biotechnologie.²² Het probleem is echter dat daarover in de diverse EU lidstaten verschillend wordt gedacht en de beperkingen die in de nationale wetgevingen zijn neergelegd door de richtlijn worden opgerekt waardoor tegenstrijdige interpretatie van wetgeving kan ontstaan.

4 KRITIEK AANGAANDE OCTROOIERING LEVEND MATERIAAL

De verschillende sectoren van de industrie die van biotechnologie gebruik maken en hun financiers hebben een cruciaal belang bij een eenduidige uitleg

20 *Kamerstukken II* 1998/99, 26568 (R 1638), nr. 3, p. 2-3 (MvT).

21 Zie overweging 5 en 6 preambule Richtlijn 98/44/EG.

22 Zie overweging 7 en 8 preambule Richtlijn 98/44/EG en *Kamerstukken II* 1998/99, 26 568 (R 1638), nr. 3, p. 1 (MvT).

van begrippen op het terrein van de biotechnologie.²³ Zodra biotechnologische producten octrooieerbaar zijn betekent dat meer zekerheid om investeringen te kunnen terugverdienen, hetgeen van belang is voor het voortbestaan van de onderneming. Aanvankelijk werd het logisch geacht dat op levend materiaal geen octrooirecht kon worden aangevraagd. Octrooiwetgeving was immers bedoeld voor materiële uitvindingen op technisch vlak. Gentechnologen wilden echter vanwege de kostbare onderzoeken, hun ontdekkingen en uitvindingen eveneens kunnen beschermen. Zij benaderen levende organismen als iets technisch, vandaar dat inmiddels octrooien zijn verleend op planten, dieren, bacteriën, genen en cellen. De stap naar octrooiëring van (delen van) het menselijk lichaam lijkt slechts een kwestie van tijd.

Het Edinburgh patent

Wordt aan de ene kant gesteld dat transgene planten en dierenrassen geoctrooieerd moeten kunnen worden, omdat de 'uitvinder' de wereld verrijkt met een plant of dier dat in die vorm nog niet bestond zodat de uitvinder een verbodsrecht krijgt op de namaak van zijn 'uitvinding', aan de andere kant stuit het velen tegen de borst. Zo werd het zogenaamde *Edinburgh patent*, waarvan de universiteit van Edinburgh rechthebbende is, door veertien landen waaronder Nederland, aangevochten voor het European Patent Office (EPO) te München, wegens *strijdigheid met de heersende morele normen*. Dit octrooi beschrijft een techniek om genetisch gemanipuleerde stamcellen – cellen die tot elk weefsel kunnen uitgroeien – van 'all animals' te verkrijgen.²⁴ De kritiek richtte zich op het feit dat het patent 'all animals' omvatte, welke omschrijving werd gelezen als aanduiding voor 'dieren én mensen'. Dit betekende dat het mogelijk werd om genetisch gemanipuleerde stamcellen van de mens te verkrijgen en op te kweken tot complete mensen, waardoor het 'klonen' van mensen dat nu in veel landen verboden is, via een andere weg wel mogelijk zou zijn. Het zou ook betekenen dat de mens octrooieerbaar wordt.

De protesterende landen²⁵ beriepen zich op het uitvoeringsreglement bij het EPC en een eerdere uitspraak van het EPO waarin wordt bepaald dat een patent niet zal worden erkend als de uitvinding tegen de heersende morele normen is, tegen de 'ordre public'. Bovendien zou het octrooi in strijd zijn met art. 5 EU-biotechnologische richtlijn. Het EPO besloot in juli 2002 om het *Edinburgh patent* sterk te beperken. Alles wat met de mens te maken heeft werd uit het octrooi geschrapt, ook de passage over het verkrijgen van stamcellen

23 In Nederland blijken ongeveer 300 bedrijven gespecialiseerd te zijn in biotechnologische technologieën dan wel zich in een 'opbouwfase' te bevinden, voornamelijk bedrijven in de farmaceutische, de agrarische sector en de voedings- en chemiebranche. *Kamerstukken II* 1998/99, 26 568 (R 1638), nr. 3, p. 4 (MvT).

24 European Patent Office, 8 dec.1999, patent No. EP 0695351 B1 application number 94913174.2, *Bulletin* 1999/49; <<http://12espacenet.com/espacenet/bnsviewer>>.

25 Zie voor de tegen het octrooi aangespannen procedure: <www.european-patent-office.org>.

uit embryo's van mens en dier werd verwijderd. Het verkrijgen van stamcellen uit volwassen dieren was nog wel mogelijk. In de beslissing wijst het Octrooi Bureau erop dat de EU-richtlijn in deze doorslaggevend is en niet de nationale wetgevingen.

Angst voor biopiraterij, machtsconcentratie, octrooiering van menselijk materiaal

Het ministerie van Economische Zaken is steeds voorstander geweest en gebleven van octrooiering van biotechnologische uitvindingen. Het gevaar voor misbruik ligt echter op de loer, zo laat het proces aangaande de *Neem-boom*²⁶ zien. De kritiek aangaande octrooiering van levend organisme is samen te vatten in de volgende punten:²⁷

- het bevordert biopiraterij²⁸ en vroeg of laat zullen alle planten en dieren-rassen octrooieerbaar zijn omdat in de veredelingspraktijk nauwelijks nog planten of dieren voor honderd procent op natuurlijke wijze worden verkregen;
- het bevordert dat er machtsconcentratie ontstaat bij een paar grote bedrijven;
- er ontstaat stagnatie in onderzoek terzake;
- levende organismen worden als menselijke uitvindingen beschouwd;
- het bevordert een sterkere bescherming voor gentechnologische gewassen dan voor niet- gentech gewassen;
- menselijk materiaal wordt octrooieerbaar.

Jurisprudentie met betrekking tot de morele aanvaardbaarheid van bepaalde octrooien is er nog nauwelijks, evenmin is er in de Europese landen sprake van consistente nationale wetgeving aangaande het gebruik van humane embryonale stamcellen. Vandaar dat bescherming van biotechnologie een groot probleem is, te meer daar het een onderwerp is dat politiek, wetenschap én ethiek raakt. Het Britse *Nuffield Council on Bioethics*, een wetenschappelijke raad van genetici, juristen, sociologen en filosofen publiceerde in juli 2002 een rapport met als conclusie dat octrooien op DNA, cellen en organismen veel te gemakkelijk aan bedrijven worden verleend, waardoor het publieke onderzoek wordt geblokkeerd. Dit Britse instituut vindt dat in de toekomst 'het

26 Een voorbeeld van biopiraterij was een octrooi op de Indiase *Neem-boom* (of: *Nim-boom*) die insecticide en medische eigenschappen heeft. Het octrooi van het Amerikaanse bedrijf Thermo Triology (dochteronderneming van W.R.Grace) werd met succes aangeklaagd. Op 8 maart 2005 vernietigt het Europees Octrooibureau het gewraakte octrooi. Het is de allereerste zaak aangaande biopiraterij, te vinden op: <www.european-patent-office.org>. Zie hierna par. 7.

27 Zie mededelingen van het NPG april 2001: <www.platformgentechnologie.nl>.

28 Tweede Kamerleden hadden ter voorkoming van biopiraterij een amendement ingediend dat van de Raad van State echter niet mocht. Zie: Advies Raad van State, *Kamerstukken II* 2000/01, 26 568 (R 1638).

erkennen van patenten op stukken DNA eerder uitzondering dan regel zou moeten zijn'.²⁹

5 WAT TE DOEN MET COMMUNAUTAIR RECHT DAT BOTST MET NATIONALE INZICHTEN?

5.1 Conflicterende nationale en Europese rechten

Octrooien worden door de overheid verleend aan degenen die een nieuwe werkwijze of een nieuw voortbrengsel op het gebied van de nijverheid hebben uitgevonden. Werkwijze en voortbrengsel moeten iets verrassends hebben en voor een deskundige niet voor de hand liggend zijn. Kort gezegd: de *uitvinding* moet *nieuw, inventief en industrieel toepasbaar* zijn, zo bepalen de nationale wet en het Europese Verdrag.³⁰

Een Nederlandse uitvinder kan op grond van de rijsoctrooiwet een nationaal octrooi aanvragen, maar de meeste aanvragen lopen via het Europees Octrooibureau.³¹ Ingevolge art. 2 EPC³² heeft een Europees octrooi in elk van de aangesloten landen dezelfde rechtsgevolgen en is het onderworpen aan dezelfde bepalingen als een nationaal octrooi dat in dat land is verleend. De ROW geeft in het eerste lid van art. 53 een limitatieve opsomming van de handelingen die uitsluitend aan de rechthebbende zijn voorbehouden en die hij anderen zonder zijn toestemming kan verbieden te verrichten. Eigenlijk betekent een octrooi bescherming tegen commerciële exploitatie door derden: de octrooihouder heeft het recht 'met uitsluiting van anderen' het geoctrooieerde voortbrengsel te vervaardigen en heeft verder het recht om de uitvinding te gebruiken, in het verkeer te brengen of anderszins te verhandelen.

In de Nederlandse wetgeving is het verlenen van octrooien op planten en dieren tot nu toe uitgesloten in art. 3 ROW³³ evenals in haar Europese equivalent dat in art. 53 EPC bepaalt:

'European patents shall not be granted in respect of:
(a) inventions the publication or exploitation of which would be contrary to "ordre public" or morality, provided that the exploitation shall not be deemed to be so

29 Zie daarover: *NRC Handelsblad* 23 juli 2002.

30 zie art. 2, 4, 6 en 7 ROW 1995 en art. 52, 54, 56 en 57 EPC.

31 Gevestigd te München met een afdeling in Den Haag, zie art. 75 EPC.

32 *Trb.* 1975, 108 en 1976; voor Nederland i.w.tr. 7 okt. 1977.

33 Art. 3 ROW 1995: 'Niet vatbaar voor octrooi zijn: a. uitvindingen waarvan de openbaarmaking of toepassing in strijd zou zijn met de openbare orde of goede zeden; b. planten- of dierenrassen, alsmede werkwijzen van wezenlijk biologische aard voor de voortbrenging van planten of dieren en hierdoor verkregen voortbrengselen, met uitzondering van microbiologische werkwijzen tenzij die op grond van het bij of krachtens de Gezondheids- en welzijnswet voor dieren bepaalde niet zijn toegestaan'.

contrary merely because it is prohibited by law or regulation in some or all of the Contracting States;

(b) plant or animal varieties or essentially biological processes for the production of plants or animals; this provision does not apply to microbiological processes or the products thereof.'

Daar komt verandering in nu de biotechnologische richtlijn op Europees niveau de lidstaten *verplicht* om octrooien op leven mogelijk te maken in de nationale wetgeving en ook in Nederland de Rijkswet tot implementatie van deze richtlijn³⁴ is aanvaard. Totdat de wet in werking treedt zal de richtlijn maatgevend zijn. Intussen bestaat er wel een merkwaardige tegenstrijdigheid tussen het Octrooiverdrag en de EU-richtlijn. Dit moest wel voor problemen zorgen. Het EPO heeft een poging gedaan om deze tegenstrijdigheid voorlopig op te heffen door het uitvoeringsreglement te wijzigen. Het hoeft geen betoog dat dergelijke 'gelegenheidswetgeving' de rechtszekerheid ondermijnt en niet bevorderlijk is voor de rechtseenheid in rechtssystemen.

Een andere discrepantie ontstaat door de invulling van de begrippen 'openbare orde of goede zeden'. Wat mag niet in strijd zijn met openbare orde of goede zeden: de aanvraag tot, de verlening van een octrooi of de exploitatie daarvan?

Sluiten art. 3 ROW en art. 53 EPC uitvindingen waarvan *openbaarmaking* of de *toepassing* strijdig is met de openbare orde of goede zeden van octrooiering uit, art. 6 richtlijn sluit uitvindingen daarvan uit indien de *commerciële exploitatie* in strijd is met de openbare orde of de goede zeden. Hoewel het zo zal zijn dat een uitvinding waarvan de *exploitatie* strijdig is met de openbare orde of de goede zeden tevens de *openbaarmaking* of de *toepassing* daarvan daarmee strijdig zal zijn, zal het verschil in formulering toch gevolgen kunnen hebben voor de rechten en verplichtingen die de richtlijn lidstaten oplegt. Het zou kunnen betekenen dat wel een octrooi verleend kan worden op zaken die strijdig zijn met de openbare orde en goede zeden zolang het octrooi maar niet feitelijk commercieel geëxploiteerd wordt. Het is een kwestie van interpretatie: is *fictieve* vooronderstelde strijdigheid van commerciële exploitatie voldoende om de vinding van octrooieerbaarheid uit te sluiten, of kan een octrooi dan in beginsel toch verleend worden zolang de uitvinding maar niet commercieel geëxploiteerd wordt? Met andere woorden wanneer neemt het in strijd zijn met openbare orde of goede zeden een aanvang, welk moment is beslissend? Het probleem is bovendien dat veel zaken pas achteraf uitsluitel geven omtrent de morele acceptatie, blijkend uit de reacties die worden opgeroepen in de samenleving. Dit bleek ook het geval bij het Edinburgh patent

34 Rijkswet van 10 nov. 2004, houdende wijziging van de Rijksoctrooiwet, de Rijksoctrooiwet 1995 en de Zaaizaad- en Plantgoedwet ten behoeve van de rechtsbescherming van biotechnologische uitvindingen. *Stb.* 2004, 589.

waarop aanvankelijk enthousiast gereageerd werd, doch bij nadere bestudering van de consequenties werd aan de bel getrokken.

De richtlijn schrijft totale harmonisatie van wetgeving voor, lidstaten mogen er niet naar eigen inzicht van afwijken en aanpassingen zijn slechts mogelijk voorzover de richtlijn daarin voorziet. In feite is dat in strijd met het *TRIP's-verdrag* dat in art. 27 lid 2 onder meer bepaalt dat lidstaten uitvindingen van octrooieerbaarheid kunnen uitsluiten:

‘(...) waarvan het beletten van de commerciële toepassing op hun grondgebied noodzakelijk is ter bescherming van de openbare orde of de goede zeden, met inbegrip van de bescherming van leven of de gezondheid van mensen dieren of planten (...) mits deze uitsluiting niet slechts plaatsvindt omdat de exploitatie door de nationale wetgeving is verboden.’

In art. 27 lid 3 sub b biedt het *TRIP's-verdrag* de keuze om een aanzienlijk aantal onderwerpen van octrooieerbaarheid uit te sluiten. Daarin zit enige speelruimte om weer iets terug te nemen van de door de richtlijn gecreëerde verschuiving van de grenzen, omdat voor de beoordeling van biotechnologische uitvindingen rekening mag worden gehouden met ‘de in elk land bestaande ethische, sociologische of filosofische context’.³⁵

Zo lijkt het er op dat het Europese balletje voorlopig rond gespeeld wordt en blijft het de vraag of het octrooiwetgeving wel voldoende strak geregeld is in die zin dat, indien het gaat om levende materie van menselijke oorsprong, deze ervoor kan zorgen dat het menselijk lichaam niet ter beschikking staat en *onvervreemdbaar* blijft. Aldus wordt immers de menselijke waardigheid gewaarborgd. Het Hof van Justitie heeft op dit punt wel voldoende vertrouwen in de nieuwe octrooiwetgeving.³⁶ De vindingrijkheid van creatieve geesten met kwade bedoelingen kan dit vertrouwen echter makkelijk beschamen op een met de handel in menselijke organen vergelijkbare wijze.

5.2 Oprekking van begrippen: ‘uitvinding’ en ‘strijd met openbare orde en goede zeden’

Art. 4 richtlijn 98/44/EG

Door de richtlijn wordt een poging gedaan om onduidelijkheden omtrent de toepasselijkheid van het kwekersrecht dan wel het octrooirecht als beschermingsregime op biotechnologische vindingen op te lossen door het begrip ‘uitvinding’ op te rekken. Het betreft onder meer de vastlegging van de regel dat uitvindingen betreffende de toepassing van planten octrooieerbaar zijn,

³⁵ Zie daarover: *Kamerstukken I* 2003/04, 26 568 (R 1638), nr. B, p. 19 en 29 (MvA).

³⁶ HvJ 9 oktober 2001, zaak C-377/98, r.o. 77.

indien de toepassing ervan technisch niet beperkt is tot een plantenras (art. 4 lid 1 sub a richtlijn). Een plantengeheel dat niet door zijn gehele genoom wordt gekenmerkt maar door een bepaald gen, valt niet onder het kwekersrecht en kan dus onder octrooibeschermt vallen aldus art. 4 lid 2 richtlijn. Volgens het derde lid van art. 4 richtlijn, is octrooieerbaarheid van uitvindingen die betrekking hebben 'op een microbiologische of andere technische werkwijze of op een met behulp van deze werkwijzen verkregen voortbrengsel' mogelijk, in tegenstelling tot hetgeen nu art. 3 sub b ROW nog bepaalt. De huidige octrooiwet bepaalt dat microbiologische werkwijzen in wezen werkwijzen van 'wezenlijk biologische aard' zijn en daarom niet octrooieerbaar. De richtlijn maakt een onderscheid tussen *microbiologische werkwijzen* waarbij sprake is van menselijk ingrijpen op een bepaald moment in het proces en *werkwijzen van wezenlijk biologische aard*. De eerste zijn volgens de richtlijn van technische aard en daarom wél octrooieerbaar.

Art. 5 richtlijn 98/44/EG

Voor octrooieerbaarheid gaan wetgeving en richtlijn uit van twee typen uitvindingen: *voortbrengselen* (producten, stoffen, samenstellingen) en *werkwijzen* (toepassingen). Dit onderscheid is belangrijk vanwege de in artikel 5 lid 1 en lid 2 geformuleerde uitgangspunten die de kern van de discussie vormen:

- de mens is *niet* octrooieerbaar en *ontdekte* delen daarvan evenmin, ook ontdekking van menselijke genen komen niet voor octrooi in aanmerking.

De niet-octrooieerbaarheid van het menselijk lichaam geldt vanaf het vroegste embryonale stadium en verder voor elk stadium van zijn ontwikkeling. Dat betekent dat octrooiering van een bevruchte eicel niet mogelijk is tot en met een volgroeid menselijk lichaam. De adder onder het gras zit in het tweede lid van artikel 5 dat bepaalt dat

- van de mens geïsoleerde gedeelten, voorzover het *uitvindingen* betreffen, in beginsel *wél* octrooieerbaar zijn, met inbegrip van een sequentie of een partiële sequentie van een gen, zelfs indien de structuur van dat deel identiek is aan die van een natuurlijk deel.

Beide uitgangspunten beïnvloeden ons nationale vermogensrecht: direct het intellectuele eigendomsrecht en indirect het vermogensrecht. Na implementatie zijn deze regelingen terug te vinden in de nieuwe artikelen 2a en 3 ROW zoals hierna omschreven.

Daar waar art. 5 lid 1 richtlijn zegt dat het menselijk lichaam *in zijn geheel* in de verschillende stadia van zijn vorming en zijn ontwikkeling met inbegrip van een sequentie of partiële sequentie van een gen niet-octrooieerbaar zijn, geeft lid 2 daarentegen aan dat een *geïsoleerd deel* van het menselijk lichaam, of een menselijk lichaamsdeel dat anderszins met een technische werkwijze werd verkregen, wél octrooieerbaar kan zijn, mits het gaat om een *uitvinding*

en niet om een *ontdekking*. Het onderscheid tussen octrooieerbaar en niet-octrooieerbaar wordt flinterdun immers, via microbiologische werkwijzen geïsoleerd (bio)materiaal uit het menselijk lichaam of van een menselijk embryo wordt op basis van het tweede lid wél degelijk octrooieerbaar.

Art. 2a en 3 ROW nieuw

Naast art. 5 hebben ook de art. 2, 4 en 6 richtlijn gevolgen voor het vermogensrecht en de ROW ten gevolge van een ruimere en andere toepassing van begrippen als: 'uitvinding' en 'strijd met openbare orde en goede zeden'. Geeft art. 2 ROW aan dat het begrip uitvinding impliceert dat iets nieuw is, inventief en toepasbaar moet zijn in de nijverheid. Na de implementatie geeft het *nieuwe art. 2a*³⁷ een uitbreiding van het begrip uitvinding en ontbreekt het vereiste van industriële toepasbaarheid. De oprekking van het begrip uitvinding zit hem hierin dat een *voortbrengsel* dat uit biologisch materiaal bestaat of dit bevat, en een *werkwijze* waarmee biologisch materiaal wordt verkregen, bewerkt of gebruikt, als octrooieerbare uitvindingen worden beschouwd. In *art. 2a* is de essentie van art. 2, 3, 4 en 5 richtlijn opgenomen:

- '1. Onder uitvindingen (...) worden ook verstaan uitvindingen die betrekking hebben op een voortbrengsel dat uit biologisch materiaal bestaat of dit bevat, of die betrekking hebben op een werkwijze waarmee biologisch materiaal wordt verkregen, bewerkt of gebruikt. (vgl. art. 2 lid 1 sub a en b richtlijn)
2. Onder uitvindingen (...) in het eerste lid worden in ieder geval begrepen uitvindingen met betrekking tot:
 - a. biologisch materiaal dat met behulp van een technische werkwijze uit zijn natuurlijke milieu wordt geïsoleerd of wordt verkregen, ook indien dat materiaal in de natuur voorhanden is, (vgl. art. 3 lid 2 richtlijn)
 - b. een deel van het menselijk lichaam dat wordt geïsoleerd of dat anderszins met behulp van een technische werkwijze wordt verkregen, met inbegrip van een sequentie of een partiële sequentie van een gen, ook indien de structuur van dat deel identiek is aan die van een natuurlijk deel, (vgl. art. 5 lid 2 richtlijn)
 - c. planten of dieren, mits de uitvoerbaarheid van die uitvinding zich in technisch opzicht niet beperkt tot een bepaald planten- of dierenras, (vgl. art. 4 lid 2 richtlijn) of
 - d. een microbiologische of andere technische werkwijze waarmee biologisch materiaal wordt verkregen, verwerkt of gebruikt, of een hierdoor verkregen voortbrengsel. (Vgl. art. 4 lid 3 richtlijn)

Het *nieuwe art. 3 ROW*³⁸ dat aangeeft welke uitvindingen niet octrooieerbaar zijn geeft letterlijke fragmenten uit art. 2, 4, 5 en 6 van de richtlijn te zien:

³⁷ Zie: *Stb* 2004, 589.

³⁸ Zie: *Stb* 2004, 589.

- ‘1. Niet vatbaar voor octrooi zijn:
- a. uitvindingen waarvan de commerciële exploitatie in strijd zou zijn met de openbare orde of goede zeden, (vgl. art. 6 lid 1 richtlijn)
 - b. het menselijk lichaam in de verschillende stadia van zijn vorming en zijn ontwikkeling, alsmede de loutere ontdekking van een van de delen ervan, met inbegrip van een sequentie of partiële sequentie van een gen, (vgl. art. 5 lid 1 richtlijn)
 - c. planten- of dierenrassen, (vgl. art. 4 lid 1 sub a richtlijn)
 - d. werkwijzen van wezenlijk biologische aard, geheel bestaand uit natuurlijke verschijnselen zoals kruisingen of selecties, voor de voortbrenging van planten of dieren alsmede de hierdoor verkregen voortbrengselen, (vgl. art. 2 en 4 lid 1 sub b richtlijn)
 - e. uitvindingen waardoor inbreuk wordt gemaakt op de artikelen 3, 8, onderdeel j, 15, vijfde lid, en 16, vijfde lid, van het Biodiversiteitsverdrag.
2. Onder uitvindingen waarvan de commerciële exploitatie in strijd zou zijn met de openbare orde of goede zeden als bedoeld in het eerste lid, onderdeel a, worden in ieder geval verstaan:
- a. werkwijzen voor het klonen van mensen, (vgl. art. 6 lid 2 sub a richtlijn)
 - b. werkwijzen tot wijziging van de germinale genetische identiteit van de mens, (vgl. art. 6 lid 2 sub b richtlijn)
 - c. het gebruik van menselijke embryo's, (vgl. art. 6 lid 2 sub c richtlijn)
 - d. werkwijzen tot wijziging van de genetische identiteit van dieren die geëigend zijn deze te doen lijden zonder aanzienlijk medisch nut voor mens of dier op te leveren, alsmede de hierdoor verkregen voortbrengselen, (vgl. art. 6 lid 2 sub d richtlijn)
 - e. planten of dieren en
 - f. werkwijzen die het leven of de gezondheid van mensen, dieren of planten in gevaar brengen of die ernstige schade voor het milieu veroorzaken.
3. Commerciële exploitatie van een uitvinding is niet strijdig met de openbare orde of goede zeden op grond van het loutere feit dat de exploitatie bij of krachtens wettelijk voorschrift is verboden. (vgl. art. 6 lid 1 richtlijn)
4. Bij algemene maatregel van rijksbestuur kan de lijst, bedoeld in het tweede lid, worden aangevuld met andere uitvindingen waarvan de commerciële exploitatie in strijd wordt geacht met de openbare orde of de goede zeden.’

6 INTERPRETATIE VAN BEGRIPPEN: OPENBARE ORDE EN GOEDE ZEDEN

Art. 6 richtlijn 98/44 9 (art. 3 ROW nieuw) versus art. 3:40 BW

De weergegeven nieuwe bepaling art. 3 ROW is interessant vanwege de met art. 3:40 BW vergelijkbare criteria *openbare orde* en *goede zeden*. Maakt het verschil vanuit welk perspectief invulling wordt gegeven aan deze criteria?

In 1920 schreef Petit over de invulling van de goede zeden dat normen van ongeschreven recht zijn te beschouwen als normen van gerechtigheid, ‘inhoudende wat de volksovertuiging voor het concrete geval juist en recht-

vaardig acht'.³⁹ Deze volksovertuiging was naar zijn mening de ongeschreven goede zeden norm die in het bewustzijn van de rechter tot stand komt doordat de rechter die beslissing neemt die naar zijn overtuiging het rechtsbewustzijn zal bevredigen:

'De rechter anticipeert (...) de ontwikkeling van het rechtsgevoel. In het bewustzijn van de rechter komt dan de volksovertuiging tot stand'.⁴⁰

Anders gezegd, wat de goede zeden inhoudt is te herleiden tot fundamentele, morele opvattingen die in een samenleving overheersen. Ook de invulling van het criterium openbare orde is in beginsel terug te voeren op heersende morele opvattingen in een maatschappij. Ligt het accent bij goede zeden op *morele* normen, bij openbare orde staat de wijze waarop de maatschappij is ingericht centraal, in het bijzonder de betekenis van wettelijke normen en de handhaving daarvan als instrument voor maatschappelijke ordening.⁴¹ Het probleem bij beide criteria is echter om de inhoud daarvan zo zuiver mogelijk vast te stellen. Opvattingen daaromtrent zullen in Nederland anders zijn dan in mediterrane landen en verschillen van die van de onlangs tot de EU toegetreden Oost-Europese landen. Het kan dan ook niet anders dan dat toepassing van deze begrippen uit de EU-biotechnologische richtlijn niet op eenduidige wijze zal geschieden in de lidstaten. Het is zelfs de vraag of toepassing van deze begrippen in het Nederlandse rechtssysteem op eenduidige wijze zal plaatsvinden. Het gevaar van divergentie tussen toepassing van deze begrippen in het licht van het nieuwe octrooirecht na implementatie van de richtlijn enerzijds en invulling daarvan in het licht van art. 3:40 BW is niet denkbeeldig.

Strijd met de wet, openbare orde en goede zeden in de zin van art. 3:40 BW

Art. 3:40 BW geeft een algemene regel die bepaalt wanneer een rechtshandeling van rechtswege nietig is, maar geeft niet de normen die de nietigheid bewerkstelligen.⁴² De bepaling ziet op drie aspecten: het *verrichten*, de *strekking* en de *inhoud* van een rechtshandeling.⁴³ Het verrichten betreft de totstandkoming

39 C.J.J.M. Petit, *Overeenkomsten in strijd met de goede zeden* (diss. Leiden) 1920, p. 41; zie daarover V. van den Brink, *De rechtshandeling in strijd met de goede zeden* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 271.

40 Petit, diss. 1920, p. 39.

41 Vgl. Hijma, (T & C BW), art. 3:40 BW, aant. 2 sub a.

42 TM en MvA II, *Parl. Gesch. boek 3*, p. 190-192; M.W. Scheltema, *Onverschuldigde betaling* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1997, p. 227.

43 Meijers verwijst in zijn toelichting naar de onderscheidingen die het oude BW in art. 1373 j° 1371 'niet op duidelijke wijze' voor overeenkomsten maakt en merkt op dat zowel het verrichten van de rechtshandeling op zichzelf verboden kan zijn als ook de prestatie waartoe zij verplicht. *Parl. Gesch. boek 3*, TM p. 190 en 191. Vgl. E.M. Meijers, *De Algemene begrippen van het Burgerlijk Recht*, Leiden: Universitaire Pers, 2^e druk 1958, p. 221-226 en p. 227-235. Cruciale uitspraken: HR 11 mei 1951, NJ 1952, 127 (Flora/Van der Kamp); HR 11 mei 1951,

van de rechtshandeling, de inhoud wordt gevormd door hetgeen partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaring en gedragingen hebben mogen afleiden.⁴⁴ De strekking wordt bepaald door de ook voor anderen kenbare motieven en voorzienbare gevolgen van de rechtshandeling.⁴⁵ Bij alle drie aspecten kan sprake zijn van strijd met de *wet*, de *openbare orde* of de *goede zeden*. Rechtshandelingen die in strijd zijn met een dwingende wetsbepaling worden geacht tevens in strijd te zijn met de openbare orde of de goede zeden. Bedoeld is een wet in formele zin; bij overtreding daarvan wordt met voorbijgegaan van lid 2 direct uitgegaan van 'strijd met openbare orde of goede zeden'.⁴⁶ In de regel is het gevolg dan ook hetzelfde, nietigheid van de rechtshandeling:

'Het in het tweede en derde lid bepaalde heeft op de rechtshandeling, de overeenkomst zelve, betrekking. Is een prestatie, waartoe de overeenkomst volgens haar inhoud of strekking een der partijen verplicht, door de wet verboden, dan zal de overeenkomst volgens het eerste lid nietig zijn. Het is immers als in strijd met de openbare orde te achten om zich tot prestaties te verplichten, die de wet verbiedt. Dit is zelfs het geval, wanneer de prestatie in het verrichten van een rechtshandeling bestaat, die wel verboden is, maar niet als sanctie haar nietigheid kent. Is bijv. een overeenkomst van borgtocht van een notaris, niettegenstaande de Notariswet haar verbiedt, als geldig te beschouwen, zo is desalniettemin een overeenkomst, waarbij een notaris zich zou verbinden zich borg te stellen, onverbindend of nietig'.⁴⁷

Indien de nietigheidssanctie uitsluitend het belang beschermt van één der partijen leidt overtreding van de wet slechts tot vernietigbaarheid (lid 2). Hoofregel is nietigheid, vernietigbaarheid is uitzondering. Doch zelfs een rechtshandeling die in strijd is met een dwingende wetsbepaling kan volgens lid 3 toch geldig zijn indien de nietigheidsnorm niet de strekking heeft de geldigheid van de rechtshandeling aan te tasten:

'Er bestaan immers nog steeds in het recht *leges imperfectae*, hetzij doordat iedere sanctie ontbreekt, hetzij doordat de overtreding enkel door een schadevergoedingsplicht of een straf gevolgd wordt, doch de handeling zelf rechtsgeldig blijft'.⁴⁸

NJ 1952, 128 (Burgman/Aviolanda), annotatie van beide arresten: J Drion, AA 1951, p. 29 e.v.; HR 16 nov. 1984, NJ 1985, 624 (Buena Vista) annotatie J. Nieuwenhuis, AA 1985, p. 214-218. Zie voorts: ASSER-HARTKAMP 4-II 2001, nr. 251 en Van den Brink, diss. Amsterdam UvA 2002, p. 14-25.

44 Vgl. Meijers, *Algemene begrippen* 1958, p. 223-226.

45 Vgl. Huydecoper, conclusie bij HR 7 mei 2004, L/JN AO3868-C03/061HR (Samen-spanning/Allied Breweries).

46 Zie: TM, *Parl. Gesch. boek 3*, p. 190-191; Scheltema 1997, p. 228; Van den Brink 2002, p. 20-25.

47 TM, *Parl. Gesch. boek 3*, p. 191.

48 TM, *Parl. Gesch. boek 3*, p. 191.

De redenering van de wetgever is al te vinden in oude uitspraken⁴⁹ van de Hoge Raad, welke lijn het college in de 21^e eeuw voortzet onder meer inzake *Onderlinge ziektekostenfonds 1950/AZL en AZL/erven A.*⁵⁰

‘Weliswaar strookte de handelwijze van het AZL en OZF niet met het in de WTC neergelegde budgetstelsel, doch gelet op voormelde omstandigheden en in aanmerking genomen hetgeen het AZL en OZF daarmee beoogden, kan niet worden gezegd dat hun handelwijze een inbreuk opleverde op zo fundamentele beginselen van de rechtsorde, dat op de voet van art. 3:40 BW strijd met de openbare orde moet worden aangenomen’.⁵¹

Doordat maatschappelijke opvattingen wijzigen kan een wetsbepaling, die wél de strekking heeft om de geldigheid van een ermee strijdige rechtshandeling aan te tasten, die strekking verliezen. In 1985 is het bordeelverbod⁵² nog van kracht. Lamet kocht in dat jaar van Sibelo de goodwill en inventaris van *Club 13*. De koopprijs was voornamelijk bepaald door de waarde waarop de goodwill werd getaxeerd. Toen hij werd aangesproken tot betaling van de koopprijs verweerde de koper zich met een beroep op het ontbreken van een geoorloofde oorzaak. De Hoge Raad besliste, anticiperend op een wetsontwerp dat voorziet in afschaffing van het bordeelverbod en gezien het gedoogbeleid, dat ‘in het licht van de maatschappelijke ontwikkelingen’ de betreffende regeling niet meer tot nietigheid van dergelijke overeenkomsten kan leiden.⁵³

De inhoud van goede zeden en openbare orde is sterk afhankelijk van tijd en plaats. Gewoonte en cultuur dragen aan deze visie bij, zo laat de *Catoochi*⁵⁴ zaak zien. De Arubaanse loterij onder deze naam was bij verordening verboden, maar werd op Aruba ‘in brede lagen van de bevolking niet meer als onwenselijk, illegaal of strafwaardig ervaren’ en door de overheid gedoogd. Een beroep van de verkoper van loten, die verwijzend naar de nietigheid van de overeenkomst weigerde het bedrag uit te betalen aan de houdster van de winnende nummers, ging dan ook niet op.

49 Zie: HR 13 januari 1938, *NJ* 1938, 600 (Oppenoorth q.q./Amsterdamsche Bank) waarin de Hoge Raad de gevolgen van overtreding van art 73b sub 2 Wet op het Notarisambt onderzocht. Deze bepaling verbiedt de notaris zich borg te stellen voor schulden van anderen. In zijn annotatie zegt Meijers: ‘(...) dat het gevolg van een door de Notariswet verboden borgstelling op grond der geschiedenis en de strekking der bepaling moet worden vastgesteld’. Vgl. HR 11 mei 1951, *NJ* 1952, 127 (Flora/Van der Kamp); HR 11 mei 1951, *NJ* 1952, 128 (*Burgman/Aviolanda*), annotatie: J Drion, *AA* 1951, p. 29 e.v.

50 HR 11 mei 2001, *LJN* AB1555, resp. zaaknr. C99/152HR en C99/186HR.

51 De Hoge Raad verwijst daarbij naar *Parl. Gesch. Boek 3 Inv.*, p. 1140 -1141.

52 Art. 250bis Sr (oud).

53 HR 2 febr 1990, *NJ* 1991, 265 (*Club 13*). De Hoge Raad verwijst naar wetsontwerp *Kamerstukken II* 18 202 waarin de minister onder meer als argument voor afschaffing van het bordeelverbod aangeeft dat art. 250bis SR nauwelijks wordt toegepast.

54 HR 7 sept. 1990, *NJ* 1991, 266 (*Catoochi*).

Sommige auteurs zien in de veranderende maatschappelijke opvattingen een reden om ongeoorloofde rechtshandelingen *in beginsel geldig* te verklaren tenzij het algemeen belang zich tegen geldigheid verzet. Zo stelt Hijma voor om de rechtshandeling in beginsel in stand te laten,⁵⁵ een ratio-onderzoek te doen naar het algemeen belang dat de geschonden norm beoogt te beschermen,⁵⁶ om op basis daarvan vervolgens te differentiëren naar ‘formele’ (wettelijke) en ‘materiële’ (concluderende) nietigheid.⁵⁷ Van Schaick komt tot hetzelfde resultaat via de ‘nietigheidsecartering’ waarbij ‘betrekkelijke geldigheid van de rechtshandeling resultaat maar niet ook aanknopingspunt’ is.⁵⁸ Wetgever en Hoge Raad hanteren voorts nog als hoofdregel: nietigheid, tenzij.

Strijd met de wet, openbare orde en goede zeden in de zin van richtlijn 98/44/EG

Is de interpretatie van openbare orde en goede zeden als communautaire begrippen gelijk aan de uitleg in het kader van art. 3:40 BW? In zijn advies terzake benadrukt de Raad van State dat de term openbare orde en goede zeden ‘een onderdeel vormt van de richtlijn en in die context moet worden uitgelegd’.⁵⁹ In die zin ziet de Raad dit begrippenpaar als een communautair begrip, waarvan invulling via nationale regelgeving dient te geschieden binnen het kader van de richtlijn. Enerzijds mogen de lidstaten zelf invulling geven aan de begrippen openbare orde en goede zeden. De richtlijn stelt daaromtrent in overweging 39:

‘dat de openbare orde en goede zeden (...) overeenstemmen met ethische en morele beginselen die in een lidstaat worden erkend en die in het bijzonder op het gebied van de biotechnologie moeten worden gerespecteerd’.

Anderzijds vormen deze termen onderdeel van de richtlijn en moeten zij in het licht daarvan worden geïnterpreteerd. Toetsing door het Hof van Justitie

55 Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988, p. 82. Hijma sluit zich aan bij Van Hamel die in zijn proefschrift *De leer der nulliteiten in het burgerlijk recht* (diss. Amsterdam UvA) 1902, de non-existentie van nietige rechtshandelingen bestrijdt. Zie daarover: Hijma, diss. Leiden, 1988, p. 54-56; p.72-110 en Hijma, ‘Nietigheden in het vermogensrecht’, *RMTh* 1992, p. 415-417. Instemmend: A.C. van Schaick, *Contractsvrijheid en nietigheid* (diss. Tilburg) 1994, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 234-253, p. 261, 297-298; Van den Brink, diss. Amsterdam UvA 2002, p. 35-36 en 224-229. Anders: Brunner en Vranken in hun bespreking van diss. Hijma, respectievelijk in: *WPNR* 1989 (5941), p. 777-781 en *NJB* 1990, p. 485-489.

56 Gaat men uitsluitend af op de tekst van het wettelijk voorschrift, dan loopt men kans anders uit te komen dan wanneer via onderzoek wordt vastgesteld waarop het wettelijk verbod nu eigenlijk betrekking heeft, zo concludeert Hijma n.a.v. HR 11 mei 1951, *NJ* 1952, 127 (Flora/Van der Kamp) diss, p. 84-87; vergelijkbare conclusies n.a.v. HR 11 mei 1951, *NJ* 1952, 128 (Burgman/Aviolanda) p. 99-103; zie verder p. 76-80 en p. 92-110.

57 Hijma 1988, p. 110.

58 Van Schaick 1994, p. 297; vgl. p. 261.

59 *Kamerstukken II* 2000/01, 26 568, (R 1638) nr. 29, par. 3 C, p. 3 – 4.

zal nodig blijven om een te grote vrijheid van interpretatie en daardoor misbruik te voorkomen. De richtlijn geeft daartoe zelf een eerste aanzet door in art. 6 lid 2 (art. 3 lid 2 ROW nieuw) een opsomming te geven van uitvindingen die in ieder geval niet vatbaar zijn voor octrooi omdat de commerciële exploitatie daarvan in strijd zou zijn met de openbare orde of goede zeden. Hoewel het een niet limitatieve opsomming betreft gaat het toch om een afbakening waarvan gedacht wordt dat daarover in de gehele Europese Unie overeenstemming bestaat. In die zin is deze lijst van uitzonderingen als het ware een communautaire leidraad voor wat ethisch en moreel onwenselijk wordt geacht.⁶⁰ Het is dus niet zo, ook al lijkt uit de preambule bij de richtlijn het tegengestelde te volgen, dat de lidstaten op nationaal niveau een absolute discretionaire bevoegdheid hebben bij de invulling van deze begrippen. De lidstaten hebben wél enige speelruimte maar géén beoordelingsvrijheid, zo geeft het Hof van Justitie aan:

‘Bovendien houdt de aan de lidstaten gelaten speelruimte geen beoordelingsvrijheid in, aangezien de richtlijn die begrippen afbakt door enerzijds de precisering dat de commerciële exploitatie van een uitvinding reeds wegens een wettelijk of bestuursrechtelijk verbod in strijd is met de openbare orde of de goede zeden, en anderzijds vermelding van vier voorbeelden van werkwijzen en toepassingen die niet octrooieerbaar zijn. Aldus verschaft de gemeenschapswetgever voor de toepassing van die begrippen een leidraad die elders in het algemeen octrooirecht niet bestaat’.⁶¹

De nationale manoeuvreervrijheid om uitvindingen niet octrooieerbaar te achten wegens strijd met de openbare orde of goede zeden is dus begrensd. Dit betekent dat, ofschoon het octrooirecht een territoriaal recht is in die zin dat bij (nationale) toetsing van de vraag of sprake is van een uitvinding waarvan de commerciële exploitatie strijdig zal zijn met de openbare orde of goede zeden, de nationale opvattingen doorslaggevend zijn, doch met inachtneming van hetgeen de richtlijn daarover bepaalt. Dit moet voorkomen dat er situaties ontstaan waarbij de ene lidstaat bijvoorbeeld octooiëring van het gebruik van menselijke embryo's toelaat en een andere lidstaat niet.

Daar waar de wetgever probeert ethische normen in een juridisch kader te vatten, zijn het de veranderende maatschappelijke opvattingen die de interpretatie van terzake doende begrippen beïnvloeden en de grenzen verleggen zoals de zeewind de contouren van de duinen verandert. De verkoop van een bordeel werd lange tijd gezien als een inbreuk op de sexuele moraal⁶² en in die zin als een verstoring van de maatschappelijke orde. Veranderende maatschappelijke opvattingen hebben geleid tot andere inzichten daaromtrent. Het is niet denkbeeldig dat een grensverschuiving over wat ethisch toelaatbaar

60 *Kamerstukken I* 2003/04, 26568, (R 1638) B, p. 3-4 (MvA).

61 HvJ EG 9 oktober 2001, zaak C-377/98, r.o. 39.

62 HR 2 februari 1990, NJ 1991, 265 (Club 13).

is in het kader van biotechnologische uitvindingen, zich nog sneller zal voordoen, in die zin dat biotechnologische ontwikkelingen snel als uitvinding gekwalificeerd zullen worden en niet snel als in strijd met de goede zeden, openbare orde of de wet van octrooieerbaarheid zullen zijn uitgesloten.

Het gebruik van menselijke embryo's is in Nederland inmiddels geregeld in de Embryowet. Verder kunnen de bepalingen van de Wet op de Geneeskundige Behandelingsovereenkomst, de Wet op de Orgaandonatie, de Wet medisch- wetenschappelijk onderzoek met mensen en de Wet bijzondere medische verrichtingen mede van belang zijn bij het bepalen of, en zo ja onder welke voorwaarden en voor welke doeleinden, isoleren van delen van de mens is toegestaan. Deze wetten zullen mede bepalend zijn bij de ontwikkeling van in het geding zijnde waarden en normen voor biotechnologische ontwikkelingen. Het menselijk genoom bevat belangrijke informatie voor wetenschap en geneeskunde. Maar wie ziet er op toe dat deze wetenschap niet wordt misbruikt om het menselijk lichaam of delen daarvan tot voorwerp van toeëigening te maken? Wat is de waarde van deze wetten als in navolging van art. 6 lid 1 richtlijn art. 3 lid 3 ROW gaat bepalen:

‘Commerciële exploitatie van een uitvinding is niet strijdig met de openbare orde of goede zeden op grond van het loutere feit dat de exploitatie bij of krachtens wettelijk voorschrift is verboden.’

Hierdoor bestaat een gerede kans dat op nationaal niveau de rechtsonzekerheid toeneemt. Op basis van art. 3:40 BW is uitgangspunt dat met het overtreden van de wet, strijd met openbare orde of goede zeden gegeven is, en daarmee in beginsel de nietigheid van een rechtshandeling. In de nieuwe octrooiwet wordt het tegengestelde uitgangspunt neergelegd.

7 MEERVOUDIGE INTERPRETATIE LEIDT TOT DUBBELE MORAAL

De mens of delen daarvan, planten en dierenrassen blijven vooralsnog van octrooiering uitgesloten. In zoverre lijkt de doelstelling van de richtlijn om tot harmonisatie te komen geslaagd. Lijkt, immers deze doelstelling is niet nieuw en was al geformuleerd in het EPC en diverse nationale wetgevingen. Door de implementatie van de biotechnologische richtlijn worden micro-organismen en cellen van mens, plant en dier wél octrooieerbaar. Zo worden onder de dekmantel van harmonisatie in feite mogelijkheden tot het verkrijgen van octrooien aanzienlijk uitgebreid. Nog afgezien van de vraag of er nog wel planten- en dierenrassen bestaan die voor 100% op natuurlijke wijze zijn verkregen daar gentech-bedrijven al jaren bezig zijn met het ‘uitvinden’ van transgene planten en dieren, is het probleem wat onder het begrip ‘op natuurlijke wijze verkregen’ moet worden verstaan om (een deel van) de mens, een plant of dier nog van octrooieerbaarheid uit te kunnen sluiten.

Aan het *Canadese* Hof van Justitie werd de vraag voorgelegd of een muis waarin een menselijk kankergen was ingebouwd als 'uitvinding' was te beschouwen en daardoor octrooieerbaar. Het Canadese Hof oordeelde hierover als volgt:

'het in te bouwen gen-construct kan beschouwd worden als een uitvinding en daarmee octrooieerbaar. De muis waar dit gen-construct wordt ingebouwd valt niet onder het octrooi omdat voor de vermenigvuldiging van de muis een aantal biologische stappen nodig zijn die niet als uitvindingen kunnen worden beschouwd.'⁶³

Dit lijkt een heel plausibele redenering, die de EU-richtlijn helaas niet toepast blijkens art. 5 lid 2 en art. 6 lid 2, zodat ook de landen die de richtlijn hebben geïmplementeerd een octrooiaanvraag op de muis als zodanig wel kunnen, misschien zelfs moeten honoreren. Voor Nederland volgt dit uit art. 2a en 3 ROW nieuw. Er zijn overigens al diverse onderzoeksinstituten die in het bezit zijn van een octrooi op de zogenaamde onco-muis.⁶⁴ De stap naar een octrooi op een mens met kunsthartkleppen, kunstbeen enzovoorts, ligt in het verlengde hiervan en is niet denkbeeldig. Een 'sequentie of een partiële sequentie van een gen' van een mens kan octrooieerbaar zijn. Dat industriële toepassing daarvan in bijvoorbeeld medicamenten octrooieerbaar is, is evident. Wat is het gevolg indien dit gen ingebracht wordt bij een ander mens, om een vergelijking met de onco-muis te maken? Hoe eenvoudig is het om onder art. 3 lid 1 sub d ROW (art. 2 en 4 lid 1 sub b richtlijn) uit te komen en octrooimogelijkheden verder op te rekken.

Het is algemeen bekend dat farmaceutische bedrijven reeds bloedmonsters verzamelen van inheemse volkeren vanwege hun grote zuiverheid. Daarom is dit bloed zo geschikt om er farmaceutische producten van te maken. Leg de bloedmonsters onder een microscoop en er kan octrooi op worden aangevraagd. Bij microbiologische werkwijzen is altijd sprake van menselijk ingrijpen op een bepaald moment in het ontwikkelingsproces, daardoor zijn het werkwijzen van technische aard en octrooieerbaar.

Wie mag profiteren van de 'vrije boom'?

Regelmatig worden octrooien aangevraagd en verleend op materialen en kennis die eigenlijk aan niet-Westerse volken toebehoren die daardoor uitgerangeerd raken. Sterker nog, mogelijk moeten zij gaan betalen voor kennis die hun voorvaderen al eeuwen toepasten, zo laat het proces aangaande de *Neem-boom*⁶⁵

63 Zie daarover: W. de Lange, 'Octrooi op leven?', *Ravage* 5 febr. 1999. Vgl. Supreme Court of Canada 21 mei 2002, (Harvard College/Canada, Commissioner of Patents), [2002]4 S.C.R.

64 Soms verdient de Engelse benaming voorkeur voor de Nederlandse terminologie.

65 De Indiase benaming *Azad-Darakth* betekent *vrije boom*. De *Neem-boom* is al 4000 jaar geleden beschreven.

zien. Deze boom is in India overal aanwezig en wordt als een wonderboom beschouwd vanwege zijn insecticide en medische eigenschappen.

Producten van deze boom waren in India goedkoop of zelfs gratis verkrijgbaar totdat Japanse en Amerikaanse bedrijven interesse in de Neem-boom kregen en octrooiaanvragen indienden voor substanties van de boom. Een aantal octrooien is toegekend, bijvoorbeeld in 1994 aan de Amerikaanse chemiegigant *W.R.Grace*. Zij verkopen 'hun' insecticide in Amerika maar betalen geen vergoedingen aan de Indiase boeren die nooit exclusieve rechten hebben opgeëist omdat in India vrij van de boom gebruik mag worden gemaakt.

Sinds 1995 is dit octrooi aangevochten door drie vrouwen: de Indiase Vandana Shiva, de Belgische Magda Aelvoet en de Duitse Linda Bullard.⁶⁶ Zij claimen dat de vele producten van de Neem-boom al eeuwen gebruikt worden en dat dit een schrijnend voorbeeld is van hoe het octrooisysteem misbruikt wordt om biologische rijkdom in handen te spelen van enkele grote bedrijven en wetenschappers. Op wereldvrouwendag 2005 krijgen de vrouwen gelijk en vernietigt het Europees Octrooibureau in hoger beroep het gewraakte octrooi.⁶⁷ De rechters erkennen dat de kennis van de schimmelwerende kracht van de olie gewonnen uit zaden van de Neem-boom al 'eeuwenlang is vergaard door de Indiase landbouwbevolking'. Inmiddels was het bedrijf begonnen met het produceren van pesticiden voor de Indiase markt. Als het octrooi niet was vernietigd, zou de situatie zijn ontstaan dat Indiase boeren een buitenlands bedrijf moeten betalen voor een geoctrooieerd product, dat uit hun eigen omgeving afkomstig is en dankzij hun eeuwenlange kennis beschikbaar is.⁶⁸

8 IMPLEMENTERING VAN RICHTLIJN 98/44/EG: GEVAAR VOOR TEGENSTRIJDIGHEDEN

'De mens is *niet* octrooieerbaar en *ontdekte* delen daarvan evenmin, maar van de mens geïsoleerde gedeelten zullen in beginsel *wél* octrooieerbaar zijn (voorzover het *uitvindingen* betreffen) zelfs indien de structuur van dat deel identiek is aan die van een natuurlijk deel'. Hoe vaker je deze formulering leest hoe duidelijker het wordt dat te eniger tijd toepassing daarvan tot verstoring van het rechtssysteem moet leiden, zeker als aan het begrip uitvindingen een steeds ruimere interpretatie wordt gegeven. Die verstoring vloeit noodzakelijker wijze voort uit het ontbreken van een eenduidige interpretatie van de begrippen: uitvinding, openbare orde en goede zeden, én het ontbreken van een regeling ten aanzien van

66 Resp. lid van het Indiase Research Foundation for Science, oud minister van milieu, gezondheid en consumentenzaken in België, lid van de International Federation of Organic Agriculture Movements (IFOAM). Zie hiervoor par. 5 en noot 26.

67 EPO 8 maart 2005 (Thermo Trilogy Corporation & United States Department of Agriculture), zie: <www.european-patent-office.org>.

68 Zie daarover: Background Paper on the Neem Patent Challenge, op: <www.ifoam.org>.

het verkrijgen van eigendom terzake. Althans, nergens wijst de richtlijn op vermogensrechtelijke consequenties die toch uit een octrooirecht voortvloeien.

Eigendomsrechten op planten en dieren zijn algemeen aanvaard, desalniettemin bleek uit de parlementaire discussie over de implementering van de biotechnologische richtlijn wel aversie te bestaan tegen octrooiëring van planten en dieren. Hoe zit het met geïsoleerde gedeelten van de mens die in beginsel octrooieerbaar zullen zijn? Worden menselijke harten en nieren daarmee ook zaken in de zin van art. 3:2 BW en daardoor handelswaren? Handelen in strijd met bijvoorbeeld de Wet op de Orgaandonatie impliceert immers niet strijd met de openbare orde.⁶⁹

Zoals onderzoeksinstituten en bedrijven nu reeds het ongestoorde genot⁷⁰ van de onco-muis hebben, kunnen zij naast een octrooirecht even goed de eigendom van geïsoleerde gedeelten van de mens verkrijgen. Vervolgens ontstaat een oncontroleerbare situatie, immers, volgens art. 5 BW is eigendom het *meest omvattende recht* dat een persoon op een *zaak* kan hebben (lid 1), staat het de eigenaar met uitsluiting van een ieder vrij van de zaak gebruik te maken (lid 2) en wordt de eigenaar van de zaak (...) eigenaar van de afgescheiden vruchten (lid 3).

Er zijn wel karakteristieke verschilpunten tussen het vermogensrechtelijke eigendomsrecht en het octrooirecht als intellectueel eigendomsrecht aan te wijzen.⁷¹ Zo is het *octrooirecht* primair een verbodsrecht terwijl het *eigendomsrecht* op een zaak een absoluut recht is. Het *octrooirecht* is territoriaal recht, het geldt slechts in de landen waarvoor het is verleend, het is een tijdelijk recht en het is uitgeput als het eenmaal in het verkeer is gebracht. Het *eigendomsrecht* daarentegen is niet gebonden aan een bepaald land of in duur beperkt, noch is het uitgeput als het eenmaal in het verkeer is gebracht.

Dit geeft aan dat een octrooirecht weliswaar een zwakker recht is dan het eigendomsrecht maar beide rechten zijn vermogensrechten in de zin van art. 3:6 BW: overdraagbaar en bedoeld om de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen. Art. 64 ROW geeft wel aan dat het octrooi een vermogensobject is maar laat verder de vermogensrechtelijke positie daarvan ongeregeld. Doch omdat het octrooi een *vermogensrecht* is, is het vatbaar voor overdracht of andere overgang zoals erfopvolging, kan het onderwerp zijn van een licentie-

69 Over de ethische begrenzing van het menselijk lichaam, embryo's en lichaamsmateriaal als rechtsoBJECTEN J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsoBJECTEN, een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten*, (diss. Leiden), Kluwer 2003, p. 211-237.

70 art 1 eerste protocol EVRM " (...) ieder natuurlijke of rechtspersoon heeft recht op ongestoord genot van zijn eigendom (...)".

71 Zie J.C. van der Steur 2003, schema p. 15.

overeenkomst⁷² en kan de octrooihouder op het octrooi een beperkt recht vestigen zoals een pandrecht of een recht van vruchtgebruik.⁷³

Dit betekent dat, hoe je het ook wendt of keert, geïsoleerde gedeelten van de mens verhandelbaar zullen worden zoals nu planten en dieren. Biologisch materiaal, ook van de mens, wordt in laboratoria getransformeerd tot 'uitvindingen' en daarna de privé-eigendom van universiteiten of bedrijven. Het *Gen* is de nieuwe kip met de gouden eieren, vooral een monopolie daarop. Op effectieve wijze zal via de criteria strijd met openbare orde, goede zeden of de wet geen begrenzing aangebracht kunnen worden, vanwege het *ontbreken van coherentie* in betekenis en toekennen van gevolgen aan deze begrippen, vanuit vermogensrechtelijk perspectief in vergelijking met de nieuwe octrooi-wetgeving waarin deze criteria uit de biotechnologische richtlijn worden overgenomen.

72 art. 56 ROW 1995. Ingevolge de licentieovereenkomst verkrijgt de licentiehouder de bevoegdheid handelingen te verrichten die volgens het octrooi tot het uitsluitende recht van de octrooihouder behoren.

73 Voor zowel verpanding als voor het vestigen van een recht van vruchtgebruik is een akte vereist, zie art. 65 ROW 1995 j° 3:98 BW in samenhang met art. 3:236 lid 2 resp. 3:201 BW.

Deel III

CONSTITUTIONALISERING

Constitutionalisering: een overschat vraagstuk?

B.J. de Vos[■]

‘When people talk about ‘human rights’, I usually get the impression that they’re being ironic’

M. Houellebecq, *Platform*.

1 INLEIDING

Grondrechten zijn *en masse* de Rubicon overgestoken.¹ Zo wil althans een moderne juridische legende het. Vanuit de veilige thuishaven van het publiekrecht zijn ze doorgedrongen tot het terrein van het privaatrecht en hebben dit met hun aanwezigheid verrijkt hetzij gecontamineerd, al naargelang de waardering die men aan deze evolutie wenst te hechten. De tot enige decennia geleden gekoesterde opvatting van het privaatrecht als zijnde een glorieus autarkisch systeem lijkt definitief voorbij. Wat rest is slechts de herinnering aan een roemloos ontcrachte mythe. Onderworpen aan de heerschappij van de grondrechten zou het burgerlijk recht nog slechts kunnen bestaan binnen een kader waarvan de omtrek wordt bepaald door het publiekrecht. Een evolutie (of zelfs een loutere vaststelling) die doorheen geheel Europa bekend staat als constitutionalisering van het privaatrecht.²

Wanneer deze evolutie zich inderdaad daadwerkelijk zou hebben voorgedaan dan impliceert dit ook haast noodzakelijk dat het aanzicht van het privaatrecht merkelijk wijzigingen heeft ondergaan. Een toevlucht tot aan het privaatrecht systeemvreemde elementen zoals publiekrechtelijke grondrechten lijkt immers slechts verklaarbaar en verantwoordbaar als *ultimum remedium*. Zij vereist de tweevoudige preliminaire observatie dat het privaatrecht zekere lacunes vertoonde doordat bepaalde fundamentele waarden hierin onvoldoende vertegenwoordigd en beschermd werden enerzijds en anderzijds dat het

■ B.J. de Vos is onderzoeker in het EU-RTN ‘Fundamental Rights and Private Law in the European Union’.

1 Voor deze bijdrage wordt onder grondrechten slechts verstaan de rechten die als dusdanig in de grondwet of internationale rechtsdocumenten zijn neergelegd.

2 Zie terzake O. Cherednychenko, ‘Constitutionalization of contract law: Something new under the sun?’, *EJCL* 2004, volume 8.1; F.W. Grosheide, ‘Constitutionalisering van het burgerlijk recht?’, *Contracteren* 2001, p. 48; J.H. Nieuwenhuis, ‘De constitutie van het burgerlijk recht’, *RM Themis* 2000, p. 203-211; J.M. Smits, ‘Constitutionalisering van het vermogensrecht’, in: *Preadviezen uitgebracht door de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking* 2003, Deventer: Kluwer 2003, p. 1-163.

privaatrecht louter op eigen kracht niet voldoende bij machte was deze bescherming ten volle te realiseren. De consequentie van deze laatste factor is drastischer dan op het eerste zicht lijkt. Zij impliceert dat de desbetreffende fundamentele waarden zelfs niet uit de onuitgesproken grondvesten van het privaatrecht afgeleid konden worden. Mocht dit laatste wel tot de mogelijkheden behoren zou een loutere ontwikkeling en uitwerking van het privaatrecht binnen de grenzen door dit systeem uitgezet immers de geëigende weg tot het invullen van de aangemerkte lacunes zijn. Slechts in zoverre de grondrechten nieuwe waarden importeren die (voorheen) aan het burgerlijk recht vreemd waren is hun introductie in het privaatrecht noodzakelijk en slechts in zoverre is dan ook de excursie naar het terrein van het publiekrecht verantwoordbaar. Neemt men hierbij in rekening dat grondrechten per definitie een expressie vormen van waarden die als essentieel worden aangemerkt in het huidige mens- en maatschappijbeeld en dan in principe ook geacht worden hun uitdrukking te kennen binnen alle deelterreinen van het contemporaine recht, dan kan slechts geconcludeerd worden dat vermelde lacunes aanzienlijk geweest dienen te zijn en de opvulling duidelijk merkbaar.

In wat volgt wordt nagegaan of deze constitutionalisering inderdaad dergelijke belangrijke evolutie betreft als vaak wordt voorgestaan en in welke mate ze werkelijk een innovatie van het privaatrecht uitmaakt. De nadruk wordt hierbij voornamelijk gelegd op de zogenaamde horizontale werking van grondrechten als de meest radicale variant van constitutionalisering. Deze laatste term dekt immers twee onderscheiden fenomenen. In de eerste plaats verwijst constitutionalisering louter naar de techniek van de wetgever om de publiekrechtelijke grondrechten als inspiratiebron te gebruiken bij de creatie van nieuwe wetgeving.³ Een tweede variant is dan de horizontale werking

3 Hoewel deze vorm soms ten onrechte evenzeer als horizontale werking wordt gekwalificeerd (meestal in navolging van de aanzet gegeven door Boesjes die in zijn glijdende schaal 'de opdracht aan de wetgever of de overheid om een nader geformuleerd belang of beginsel ook in particuliere verhoudingen te verwezenlijken' als de minst verregaande vorm van doorwerking van grondrechten in horizontale verhoudingen aanmerkte (R. Boesjes, 'De horizontale werking van grondrechten', *NJB* 1973, p. 911) hetwelk letterlijk werd overgenomen door de wetgever (*Kamerstukken II* 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 15-16)). Deze vorm kan echter niet als horizontale werking erkend worden om de eenvoudige reden dat in dit geval de grondrechtsnorm zich duidelijk tot de overheid en niet tot de burger richt. Daarenboven zal wanneer deze opdracht uitvoering heeft verkregen, het de wetgeving en niet het grondrecht zijn dat werking tussen burgers onderling verkrijgt. (In deze zin M.C. Burkens, *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 175; F. De Graaf & M.J.O.M. De Haas, 'Horizontale werking van grondrechten: een heilloos leerstuk', *NJB* 1984, p. 1354; C.J.A.M. Kortmann, *De grondwetshervormingen 1983 en 1987*, Deventer: Kluwer 1987, p. 48-49). De creatie van een specifiek wettelijke bepaling die eenzelfde waarde als een grondrecht belichaamt impliceert immers juist dat aldus de weg wordt vergrendeld voor een aanwending van publiekrechtelijke bepalingen in een horizontale context. Door de creatie van een dergelijke bepaling verschaft het privaatrecht aldus juist *zelf* afdoende garantie dat een zeker aspect van de menselijke waardigheid tegen inbreuken van medeburgers beschermd wordt. Daarenboven is deze

van grondrechten, de werking van grondrechten tussen twee (of meer) private partijen.⁴ De invloed van grondrechten treedt bij deze laatste variant des te sterker naar voor aangezien ze hierbij in zuivere vorm binnen het kader van het privaatrecht treden en dit effect dient dan ook aanzienlijk sterker te worden beschouwd dan de aanwending van grondrechten als loutere inspiratiebron van wetgeving. Daarenboven kunnen de conclusies die uit de analyse van de rechtsfiguur van horizontale werking volgen deels analoog worden toegepast op deze eerste verschijningsvorm van constitutionalisering.

2 HORIZONTALE WERKING

Horizontale werking van grondrechten is in actuele Nederlandse jurisprudentie onmiskenbaar een vaak voorkomend verschijnsel. Na een aarzelande introductie in de jaren '60 had zij reeds twee decennia later haar bestaansrecht onbetwist verworven en kende sindsdien een explosieve groei.⁵ Opvallend is hierbij evenwel dat deze evolutie nauwelijks kon terugbuigen op een behoorlijke doctrinaire onderbouwing. Integendeel, het is treffend hoezeer binnen de (toenmalige en huidige) rechtsliteratuur technisch-juridische argumenten

garantie vrijwel steeds hoogwaardiger dan dewelke eventueel onttrokken zou kunnen worden aan een fundamenteel recht: de nauwkeurige formulering van de wettelijke bepaling die tot stand kwam na een afweging door de wetgever in een specifieke context van de welbepaalde waarde ten overstaan van andere behartenswaardige belangen staat in schril contrast tot de vage 'waardenverklaring' van een fundamenteel recht dat bovendien geformuleerd is voor een verhouding tussen de burger en de overheid. De stelling van Verhey dat deze figuur niet per definitie verworpen mag worden als zijnde een variant van horizontale werking in die zin dat het grondrecht eventueel een nog een rol kan spelen wanneer de wettelijke bepaling onvoldoende nauwkeurig is lijkt al te onwaarschijnlijk (zie L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder het recht op privacy* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 138-139 en genuanceerder J.M. De Meij e.a., *Uitingsvrijheid – De vrije informatiestroom in grondwettelijk perspectief*, Amsterdam: Cramwinkel 2000, p. 83).

⁴ Met uitsluiting van de overheid zo deze als private partij optreedt.

⁵ Weliswaar was het vraagstuk van horizontale werking van grondrechten reeds in 1900 aan de orde gebracht (zie M.B.W. Biesheuvel, 'Horizontale werking van grondrechten (I)', *NJCM-bulletin* 1981, p. 148-153; M.B.W. Biesheuvel, 'Burgerlijk recht en grondrechten: 'Een constitutioneel vraagstuk van den eersten rang'', in: *Burgerlijk recht en grondrechten* (Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht), Lelystad: Koninklijke Vermande 1986, p. 41) doch met weinig resultaat. Slechts de belangstelling die de introductie van het EVRM begeleidde bracht opnieuw het leerstuk van horizontale werking onder de aandacht en leidde er ook toe dat deze leer occasioneel voor de rechter werd opgeworpen, zij het voorlopig met weinig succes. Slechts de jaren '70 brachten een kentering in deze afwachtende houding in de jurisprudentie, doch deze ommekeer voltrok zich dan ook bijzonder grondig. Zo merkte Biesheuvel reeds in 1981 op dat het 'thans een anachronisme geworden [is] de vraag aan de orde te stellen, of grondrechten horizontale werking kunnen hebben' (M.B.W. Biesheuvel, 'Horizontale werking van grondrechten (II)', *NJCM-bulletin* 1981, p. 217). Hieraan dient evenwel toegevoegd te worden dat ook in de rechtspraak van de jaren '80 nog enkele sporadische afwijzingen van dit leerstuk konden worden geconstateerd.

ten voordele van horizontale werking ontbreken en louter pragmatische overwegingen de toon zetten. Veelal blijft de argumentatie beperkt tot de conclusie dat horizontale werking eenvoudigweg noodzakelijk is (in die zin dat grondrechten gezien hun autoriteit, hun intrinsieke waarde en hun bijdrage tot ontplooiing van het individu niet meer veronachtzaamd mogen worden binnen het privaatrecht temeer daar sommige private entiteiten niet zelden een even grote bedreiging voor de handhaving van de grondrechten van een individu vormen als de overheid) of verzandt ze zelfs in de loutere observatie dat deze figuur nu eenmaal niet meer weg te denken is uit de jurisprudentie.

Dit laatste argument gaat trouwens niet zelden gepaard met de aanwending van een bijzonder ruimhartige invulling van de notie horizontale werking, met als gevolg dat het aantal waargenomen horizontaal effect zaken plots tot ongekende hoogten stijgt. Een eenvoudige kunstgreep, doch van bedenkelijke waarde. Zo aarzelen sommige auteurs in hun enthousiasme voor deze rechtsfiguur niet om een breed scala aan burgerlijke rechtsgedingen waarin geredetwist wordt rond fundamentele waarden zonder dat hierin evenwel gerefereerd wordt aan gecodificeerde grondrechten aan te merken als zijnde rechtspraak met horizontale werking.⁶ Een dergelijke tactiek is echter dubieus: ofwel treedt men hierdoor buiten het traditionele kader van constitutionalisering in die zin dat men geen interesse meer vertoont voor de vraagstelling in hoeverre

6 Illustratief in dit opzicht is bijvoorbeeld Hof Arnhem 25 oktober 1948, *NJ* 1949, 331 dat vrij frequent wordt geciteerd als een der eerste zaken met horizontale werking. De zaak betrof een pachtcontract waarbij de pachtgever een organisatie was die tot doel had het protestantisme te ondersteunen. In het contract was gestipuleerd dat de pachter diende mee te werken aan de doelstellingen van deze organisatie, op straffe van ontbinding van het contract. De pachter kon hieraan niet voldoen aangezien hij een getuige van Jehova werd. Bijgevolg vorderde de organisatie ontbinding van het contract. De pachter voerde aan dat voormelde stipulatie strijdig was met de wet, of op zijn minst met de goede zeden, en in ieder geval nietig. De rechtbank en nadien het hof stemden hiermee in en verklaarden de clausule nietig aangezien ze de vrijheid van religie in gevaar bracht. Nergens wordt naar een grondrecht verwezen doch slechts naar een onbepaalde 'godsdiensstige gewetensvrijheid'/'geloofs- en gewetensvrijheid' die het Hof blijkbaar ook zonder een toevlucht tot het publiekrecht als een in het privaatrecht te beschermen belang aanmerkt. Waarom dit als een zaak met horizontale werking dient te worden beschouwd is mij bijgevolg onduidelijk. (In diezelfde zin F. De Graaf & M.J.O.M. De Haas, 'Horizontale werking van grondrechten: een heilloos leerstuk', *NJB* 1984, p. 1354; A.K. Koekkoek, 'De betekenis van grondrechten voor het privaatrecht', *WPNR* 1985, p. 408, 'Niet het rechtsbeginsel zoals vervat in artikel 181 Grondwet (oud), maar het in privaatrechtelijke begrippen opgenomen rechtsbeginsel beschermde de pachter'; A.G. Maris, *Dient de wet bijzondere regelen te bevatten ten aanzien van de civielrechtelijke werking van de grondrechten, en, zo ja, welke?* (Preadvies NJV 1969), Zwolle: Tjeenk Willink 1969, p. 42. Verhey blijft meer op de oppervlakte 'Of hier bedoeld wordt op het grondrecht blijft onduidelijk' (L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder het recht op privacy* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 184)). Opgemerkt kan trouwens worden dat datzelfde hof in een gelijkaardige casus tien jaar later zelfs een verwijzing naar deze vrijheid niet meer noodzakelijk acht en niettemin tot een gelijkaardige conclusie komt (Hof Arnhem (pachtkamer) 15 november 1958, *NJ* 1959, 472).

grondrechten uit het publiekrecht doorwerken in het privaatrecht en is de ambitie slechts aan te tonen dat fundamentele waarden een rol spelen in het privaatrecht (wat zelfs met de beste wil niet echt als een verbijsterende onthulling kan worden beschouwd) ofwel blijft men trouw aan deze vraagstelling doch is men impliciet zo boud te beweren dat het burgerlijk recht *in se* waardevol is.⁷ Nog radicaler worden eventueel ook gedingen waarbij bijvoorbeeld overwegingen terzake contractsvrijheid of testeervrijheid de twistappel uitmaken als rechtspraak met horizontale werking aangemerkt.⁸ Het vraagstuk van constitutionalisering wordt hier volledig over boord gegooid. Contractsvrijheid en testeervrijheid kennen immers als dusdanig geen expressie in de (publiekrechtelijke) grondrechten. Integendeel, zij vormen juist onderliggende waarden in het contract- respectievelijk erfrecht, doch zijn vreemd aan het publiekrecht. Door middel van dergelijke referenties reduceert men uiteindelijk onbedoeld het vraagstuk rond horizontale werking tot een inhoudsloze schelp. Wat is binnen het kader van constitutionalisering immers het nut van het dusdanig oprekken van de definitie van grondrechten (en bijgevolg ook horizontale werking) zodat men hieronder niet enkel de rechten erkent die als dusdanig in nationale of internationale rechtsdocumenten zijn neergelegd, doch alle beginselen die het recht dient te beschermen tot vrijwaring van de menselijke waardigheid? Teneinde hieruit de conclusie te onttrekken dat horizontale werking overal doorheen het privaatrecht massaal vertegenwoordigd is terwijl men vooraf reeds elke mogelijke waarde aan deze bewering heeft ontnomen door deze term uit te hollen door elk in rekening nemen van fundamentele waarden onder deze bannier te scharen? Meent men dat de conclusie dat privaatrecht (toch) niet waardenvrij is een schokkende openbaring is? Of is het een twijfelachtige poging opdat het privaatrecht deelachtig zou mogen worden aan de mandorla van gezag en waardering die grondrechten omkranst?

Zoals duidelijk blijkt is horizontale werking hoe dan ook allerm minst een eenduidig begrip en wordt het debat terzake dan gekenmerkt door een duide-

7 Immers, men gaat dan uit van de veronderstelling dat deze waarden niet inherent aan het privaatrecht zelf kunnen zijn. Bestempelt men deze zaken als horizontale werking dan impliceert dit immers dat men aanneemt dat de rechter deze waarden stilzwijgend onttrekt aan de publiekrechtelijke grondrechten.

8 Blijft men consistent dan dient men volgens deze opvatting te erkennen dat er horizontale werking van grondrechten plaats vond vooraleer fundamentele waarden zelfs maar in een grondrechtencatalogus gecodificeerd werden (zie bijvoorbeeld de referentie in C. Asser & S. Perrick, *Erfrecht en Schenking* (6A), Deventer: Kluwer 2002, p. 187, voetnoot 181 naar een uitspraak van de Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland *de dato* 13 December 1747 in dewelke een testamentaire voorwaarde niet van religie te veranderen nietig werd geacht (en waarin dus duidelijk een collisie tussen testeervrijheid en vrijheid van religie kan gelezen worden)).

lijke communicatiestoornis.⁹ Dit is des te pijnlijker aangezien, zoals reeds aangevoerd, de kwantiteit van horizontaal effect zaken juist wordt gehanteerd als een (zij het zeer zwak) argument ten voordele van deze rechtsfiguur. Wil men dit argument daadwerkelijk met enig gezag invoeren dan is noodzakelijk dat men een strikte definitie van horizontale werking hanteert, namelijk de normatieve werking van grondrechten tussen burgers onderling waarbij als grondrechten slechts worden beschouwd de rechten die als dusdanig in de grondwet of internationale¹⁰ rechtsdocumenten zijn neergelegd, en alle retorische rookgordijnen achterwege laat.¹¹ Doet men dit niet kan men eenvoudigweg geen uitspraak doen over de infiltratie van het publiekrecht in het privaatrecht. Ten tweede is vereist dat men een verdere analyse uitvoert van de kwaliteit van deze 'werking'. Deze notie veronderstelt immers een daadwerkelijk effect en kan niet beperkt worden tot een louter formele applicatie van grondrechten. Dit punt hangt dan ook samen met het andere hoofdargument ten voordele van horizontale werking, namelijk het feit dat de introductie van grondrechten in het privaatrecht onvermijdelijk want noodzakelijk is. Indien de feitelijke werking van grondrechten binnen horizontale context kan gerelativeerd worden impliceert dit *ipso facto* evenzeer dat een introductie van grondrechten niet zo onontbeerlijk is als door de pleitbezorgers vaak wordt voorgestaan.

Hierna zal aangevoerd worden dat de horizontale werking van grondrechten in grote mate een figuur is die slechts weinig daadwerkelijk effect heeft.

9 Th. A. Van Baarda, *Oordeelsvorming in casus van botsende grondrechten*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 75; G.J.M. Van Wissen, *Grondrechten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 41 'Zo blijkt de vraag of er sprake is van horizontale werking, in belangrijke mate een definitiekwestie te zijn'.

10 Hierbij dient wat de Nederlandse rechtspraktijk aangaande horizontale werking betreft primair gedacht te worden aan het EVRM en secundair aan het IVBPR (zie L.F.M. Verhey, 'De horizontale werking van het IVBPR', *NJCM-Bulletin* 1994, p. 828-840, in het bijzonder p. 840) en het Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind. Andere soortgelijke documenten worden slechts occasioneel in rekening genomen. Het belang van deze internationale grondrechten kan trouwens amper overschat worden. Wat de toepassing in een horizontale context betreft worden de grondwettelijke grondrechten immers compleet overschaduwd door deze uit het EVRM. Dit is uiteraard deels te wijten aan het verbod op constitutionele toetsing. Verder is dit deels te wijten aan het feit dat de grondwettelijke grondrechtencatalogus in 1983 slechts ontwikkeld werd in zoverre ze een additionele bescherming bood in vergelijking met de reeds gevestigde internationale grondrechten (of hetzij in zoverre ze gericht waren op specifiek nationale factoren). (Zie A.W. Heringa, 'Grondrechten in de Grondwet – Een evaluatie na twintig jaar in het licht van het toetsingsrecht en verdragsontwikkelingen', *NJCM-Bulletin* 2003, p. 282-283; L.F.M. Verhey, 'Het grondwettelijk beperkingssysteem: handhaving of herbezinning', *NJCM-Bulletin* 2003, p. 222-223; X., 'Twintig jaar grondrechten in hoofdstuk 1 van de Grondwet', *NJCM-Bulletin* 2003, p. 214). Uiteindelijk kennen enkel art. 6, 7, 10 en 11 Grondwet een regelmatige horizontale toepassing, zij het dan nog veelal in combinatie met hun equivalent uit internationale grondrechtencatalogi.

11 Vgl. M.C. Burkens, *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 176-177.

Vooreerst wordt erop gewezen dat de wijze waarop grondrechten binnen de horizontale dimensie gehanteerd worden al niet getuigt van een extreme toegeeflijkheid aan deze grondrechten zelf. De aanwending is namelijk eerder indirect dan direct van aard, hetwelk de grondrechten reduceert tot vertegenwoordigers van waarden in plaats van dat ze gehanteerd worden als positieve voorzieningen. Hierbij lijkt het grondrecht de loutere functie als kenbron van fundamentele waarden op geen op geen enkel vlak te overstijgen. Vervolgens zal worden aangegeven dat zelfs deze beperkte rol in een aantal gevallen nog een overschatting blijkt daar aanwending van het grondrecht slechts van retorische aard blijkt.

2.1 Het grondrecht als kenbron

Traditioneel wordt aangaande horizontale werking een onderscheid gehanteerd tussen directe en indirecte werking.¹² Onder directe werking wordt verstaan dat de gecodificeerde grondrechtelijke bepaling als dusdanig (en dus in haar geheel) in een horizontale verhouding wordt toegepast zodat ze (in theorie) bijgevolg exact dezelfde werking verkrijgt als in de verticale verhouding het geval zou zijn.¹³ De belangrijkste implicatie is dat hierbij dan ook de beperkingsclausules een dwingende toepassing kennen.¹⁴ Afwijkingen van de algemene regel die het grondrecht neerlegt kunnen bijgevolg ook in de horizontale context slechts worden toegestaan mits ze tot deze beperkingsclausules herleidbaar zijn.¹⁵ Van indirecte werking wordt daarentegen gewag gemaakt wanneer

12 Hoewel niet de gehele doctrine dit noodzakelijk of zelfs wenselijk acht. O.a. J.L.M. Elders, 'Burgerlijk recht en grondrechten: 'Een integratieve benadering'', in: *Burgerlijk recht en grondrechten* (Preadvies voor de Vereniging van Burgerlijk Recht), Lelystad: Koninklijke Vermande 1986, p. 36 (ten gevolge van een afwijkende opvatting van het begrip grondrechten); M.B.W. Biesheuvel, 'Horizontale werking van grondrechten (II)', *NJCM-Bulletin* 1981, p. 218. Zie evenzeer referenties bij L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder het recht op privacy* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 143, voetnoot 38.

13 Dit brengt sommige auteurs dan ook tot de conclusie dat directe werking uiteindelijk onmogelijk is daar de toetsing aan een beperkingsclausule in een horizontale context niet gelijkaardig is aan deze in een verticale (zie bijvoorbeeld J.A. Hofman, J.W. Sap & I. Sewandono, *Grondrechten in evenwicht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 246-247).

14 J.A. Hofman, J.W. Sap & I. Sewandono, *Grondrechten in evenwicht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 246.

15 P.W.C. Akkermans, C.J. Bax & L.M.F. Verhey, *Grondrechten – Grondrechten en grondrechtsbescherming in Nederland*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 171; M.A.J. Leenders, 'Horizontale werking van grondrechten: een heilloos leerstuk in de communautaire rechtsorde?', in: L.M.F. Besselink & H.R.B.M. Kummeling (red.), *Grenzen aan grenzenloosheid – Algemene leerstukken van grondrechtenbescherming en de Europese Unie*, Deventer: Tjeenk Willink 1998, p. 149; G.J.M. Van Wissen, *Grondrechten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 42. Cf. niveau 5 op de glijdende schaal van Boesjes (R. Boesjes, 'De horizontale werking van grondrechten', *NJB* 1973, p. 911).

het grondrecht niet als dusdanig doorwerkt in horizontale context doch zich als representant van een fundamenteel principe als het ware inschrijft binnen een reeds duidelijk uitgezet privaatrechtelijk kader. In hoofdzaak fungeert het grondrecht dan slechts als leidraad tot interpretatie van privaatrechtelijke bepalingen en meer in het bijzonder tot de invulling van open normen zoals ‘maatschappelijke zorgvuldigheid’ en ‘redelijkheid en billijkheid’.

Evaluatie van jurisprudentie wijst uit dat de rechterlijke macht weinig initiatief tot toepassing van directe werking vertoont.¹⁶ Dit kan deels verklaard worden door het feit dat de beperkingsclausules van grondrechten zich eenvoudigweg nauwelijks lenen tot aanwending in een horizontale context (hoewel erkend dient te worden dat deze bewering in mindere mate opgaat voor de internationale grondrechten¹⁷).¹⁸ De geloofwaardigheid van de *rari nantes* waarbij de directe werking wel toepassing vond strandde dan ook veelal door een gefrustreerde toepassing van deze uitsluitingsclausules.¹⁹ Anderzijds speelt in het voordeel van indirecte werking dat het Nederlandse recht, onder andere wegens een overvloed aan open normen, hiertoe bijzonder receptief blijkt. Dit vormt een indicatie, die blijkbaar ook binnen de jurisprudentie wordt

16 Hoewel erkend dient te worden dat het onderscheid in praktijk niet altijd even duidelijk gemaakt kan worden. (In diezelfde zin A.S. Hartkamp, ‘De Nederlandse rechter en het EVRM’, in A.W. Heringa (ed.), *40 jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (Bijzondere editie NJCM)*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 1990, p. 30) en ook hier weer het gebrek aan een eenduidige definitie de doctrine duidelijk parten speelt. Illustratief in dit opzicht is bijvoorbeeld de (dubieus onderbouwde) stelling van Alkema dat met uitzondering van arbeidsrechtelijke grondrechten directe horizontale werking niet voorkomt (E.A. Alkema, ‘Fundamentele rechten – nationale en internationale dimensies’, in: *De reikwijdte van fundamentele rechten* (Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 29; zie tevens C.A.J.M. Kortmann & P.T. Bovend’Eert, *Dutch Constitutional Law*, The Hague (etc.): Kluwer Law International 2000, p. 147, no. 358 ‘Fundamental rights only enter into the relationships between citizens indirectly’).

17 A.S. Hartkamp, ‘Europese mensenrechten en nationaal dwingend recht – De Nederlandse rechter en het EVRM’, in A.W. Heringa (ed.), *40 jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (Bijzondere editie NJCM)*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 1990, p. 27-28; L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder het recht op privacy* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 188.

18 Vgl. E.A. Alkema, ‘Fundamentele rechten – nationale en internationale dimensies’, in: *De reikwijdte van fundamentele rechten* (Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 57; M.A.J. Leenders, ‘Horizontale werking van grondrechten: een heilloos leerstuk in de communautaire rechtsorde?’, in: L.M.F. Besselink & H.R.B.M. Kummeling (red.), *Grenzen aan grenzenloosheid – Algemene leerstukken van grondrechtenbescherming en de Europese Unie*, Deventer: Tjeenk Willink 1998, p. 149; L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder het recht op privacy* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 188. Zie tevens C.A.J.M. Kortmann, ‘Grondrechten in de nieuwe grondwet: vijf jaren toepassing in wetgeving en rechtspraak’, in L. Heyde e.a. (red.), *Begrensdde vrijheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 236 terzake de grondwettelijke grondrechten.

19 In dergelijke zin L.F.M. Verhey, ‘De horizontale werking van het EVRM’, in A.W. Heringa (ed.), *40 jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (Bijzondere editie NJCM)*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 1990, p. 38.

gedeeld, dat het privaatrechterlijk kader alvast voldoende potentieel bezit tot het incorporeren en beschermen van door grondrechten beschermde fundamentele belangen zonder dat een direct beroep op de grondrechten dient te worden gedaan.

Belangrijker dan de verklaring van de populariteit van indirecte werking is de conclusie wat dit nu betekent voor de analyse van de doorwerking van grondrechten in het privaatrecht.²⁰ Het feit dat deze werking indirect is reduceert immers ten eerste de invloed die de publiekrechtelijke grondrechten uitoefenen op het privaatrecht. Deze aanwending heeft in vergelijking tot directe werking namelijk als belangrijke implicatie dat ze de grondrechten reduceert tot loutere vertegenwoordigers van de waarden waarvan ze de expressie vormen. Immers, de enige kwalitatieve meerwaarde die grondrechten benevens hun gecodificeerd karakter bezitten, namelijk hun uitgebalanceerd karakter door middel van beperkingsclausules (als richtlijnen die aangeven onder welke voorwaarden het belang dat de grondrechten voorstaan kan wijken voor andere beschermingswaardige belangen), wordt bij indirecte

20 Vanuit de optiek van een kwalitatieve analyse van de doorwerking van grondrechten speelt wel degelijk een rol of deze werking van directe hetzij indirecte aard is. Vgl. Lindenbergh stellende 'De controverse over directe of indirecte werking is volgens mij voor een groter deel van rechtspolietieke aard dan van praktisch belang [...] Vanuit technisch-juridisch oogpunt hoeft de ene visie in praktijk evenwel niet tot 'meer doorwerking' te leiden dan de andere'. Dit standpunt is echter geformuleerd vanuit een behoorlijk liberale invulling van de begrippen directe en indirecte werking, en de opvatting van constitutionalisering als een proces dat de invloed van fundamentele rechten behelst. Introduceert men de argumenten die hij aangeeft binnen een strikt kader dan treffen ze alvast weinig doel. Lindenbergh argumenteert enerzijds dat ten gevolge van de ruimhartige acceptatie van de Hoge Raad om open normen te interpreteren met behulp van grondrechten (hetwelk impliceert dat voor de rechter steeds de mogelijkheid voorhanden is om aan deze grondrechten betekenis toe te kennen) enerzijds en de applicatie van het algemene persoonslijkeidsrecht anderzijds het kwalitatieve onderscheid tussen directe en indirecte naar de achtergrond wordt verdrongen (S.D. Lindenbergh, 'Constitutionalisering van contractenrecht. Over de werking van fundamentele rechten in contractuele verhoudingen', *WPNR* 2004, p. 979). Het eerste argument doet geen afbreuk aan het feit dat bij indirecte werking het grondrecht tot loutere kenbron van fundamentele waarden is herleid en de draagwijdte van haar effect deze rol bijgevolg niet kan overstijgen. Het grondrecht is met andere woorden hoogstens een element in de afweging, namelijk als (meestal niet noodzakelijke) bron van een waarde of een belang dat de rechter in zijn afweging dient mee te nemen, naast verscheidene andere elementen (zie *infra*). Het tweede argument faalt doordat het algemene persoonslijkeidsrecht zelf juist buiten de context van horizontale werking van grondrechten treedt. Noch het algemene persoonslijkeidsrecht noch de rechten die hieruit kunnen worden afgeleid behoren tot het domein van het publiekrecht. Zo stelt ook Lindenbergh zelf dat de persoonslijkeidsrechten kunnen worden beschouwd als een 'civielrechtelijke variant van grondrechten of mensenrechten' (S.D. Lindenbergh, 'De positie en de handhaving van persoonslijkeidsrechten in het Nederlandse privaatrecht', *TPR* 1999, p. 1701). Het algemene persoonslijkeidsrecht maakt dus juist deel uit van de route die het mogelijk maakt horizontale werking te vermijden daar het doel van deze werking op basis van dit algemene persoonslijkeidsrecht evenzeer voor een aanmerkelijk deel gerealiseerd kan worden binnen een louter privaatrechtelijk kader zonder enige referentie naar de publiekrechtelijke grondrechten.

werking volkomen genegeerd. De enige functie die voor het grondrecht rest is bijgevolg die van kenbron van fundamentele waarden.

De vraag die dan rijst is in hoeverre deze werking dan nog een daadwerkelijk effect dekt. Van effect kan immers slechts gewag gemaakt worden indien het grondrecht impact heeft op de uiteindelijke rechterlijke besluitvorming. Daar bij indirecte werking de enige functie van grondrechten deze van kenbron is impliceert deze impact dat de rechter zonder deze bron de in het geding zijnde fundamentele waarden niet als dusdanig zou herkennen. Dergelijke bewering neigt uiteraard naar het absurde. De jurisprudentie getuigt wel van de bekwaamheid om ongeschreven louter privaatrechtelijke equivalenten van grondrechten (zoals contractsvrijheid) te herkennen zodat deze kunde zeker aanwezig geacht moet worden voor de minder exclusief privaatrechtelijke fundamentele rechten die tevens geëxpliciteerd zijn in de publiekrechtelijke grondrechtencatalogi. Voor de opkomst van de horizontale effect theorie is de rechter steeds in staat geweest deze fundamentele rechten op te sporen uit de algemene rechtsbeginselen die mede aan de grondrechten ten grondslag liggen²¹ en deze vaardigheid is niet verleerd.²² Het effect van het grondrecht als kenbron lijkt dan ook betrekkelijk twijfelachtig. Nee, meestal ligt de enige waarde die het grondrecht bij indirecte horizontale werking heeft nog een niveau lager. Het grondrecht fungeert niet tot herkenning doch louter tot erkenning van fundamentele rechten. De aanwending heeft slechts tot betekenis dat aldus de erkenning van het fundamentele recht op gezaghebbende wijze wordt gemotiveerd. Dergelijke toepassing is op zich niet als bezwaarlijk aan te merken, doch het plaatst op zijn minst het grote verhaal over de intrusie van grondrechten in het privaatrecht in een ironisch daglicht. De werking is immers geen 'effect' in de gangbare betekenis, het is geen invloed, geen inwerking. Daarenboven kan de vraag gesteld worden of zelfs deze louter formele aanwending steeds noodzakelijk is. Zo kan m.i. de erkenning van fundamentele rechten in het leeuwendeel der horizontaal effect casussen evenzeer met betrekkelijk gezag worden gevestigd op bijvoorbeeld het algemene persoonlijkheidsrecht. *In abstracto* is de meerwaarde van een verwijzing naar bijvoorbeeld art. 10 EVRM in plaats van de 'vrijheid van meningsuiting' (zoals in het verleden gebeurde) trouwens ook niet echt treffend te noemen. Meer nog, frequent

21 Vgl. bijvoorbeeld Advies van de Raad van State, *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr. 4, 'In de civiele rechtspraak is daarentegen vrijwel steeds steun gezocht in algemene rechtsbeginselen die mede aan de grondrechten ten grondslag liggen en juist niet in de positiefrechtelijke formulering der grondrechten. [...] De rechtsverhouding tussen burgers onderling dient naar 's Raads oordeel te blijven beheerst door algemene rechtsbeginselen, welke uitwerking voor de verhouding tussen overheid en burger haar positivering dient te vinden in – onder meer – de grondrechten'.

22 Zie bijvoorbeeld het Valkenhorst arrest: 'Uitgangspunt voor de beoordeling van het middel is dat het aan grondrechten als het recht op respect voor het privé leven, het recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst en het recht op vrijheid van meningsuiting ten grondslag liggende algemene persoonlijkheidsrecht mede omvat het recht om te weten van welke ouders men afstamt.' (HR 15 april 1994, NJ 1994, 608, r.o. 3.2).

vertrekt de rechtspraak nog steeds van dergelijke 'vrijheden' en beperkt de horizontale werking zich tot het feit dat binnen deze context vaagweg wordt gerefereerd aan grondrechten.²³ Zo eindigt grondrecht binnen de horizontale dimensie dan ook veelal roemloos als een gekroonde doch overbodige kenbron van fundamentele waarden. *Sic transit gloria*.

Of is deze conclusie te voorbarig en dient de werkelijke waarde van grondrechten gezocht te worden voorbij de letterlijke bewoordingen? Dergelijke waarde zou kunnen liggen op twee terreinen.²⁴ In eerste instantie doordat de aanwending van een grondrecht ook maakt dat hierdoor een beroep kan worden gedaan op de theorievorming die zich hierrond in rechtspraak en rechtsleer heeft ontwikkeld. In tweede instantie in de 'nobeles' herkomst van de grondrechten, de autoriteit die ze ontleen aan de hoogstaande bronnen waarin ze zijn neergelegd.

Wat de eerste factor betreft is alvast weinig waarde naspeurbaar. Dit is uiteraard te verklaren door het feit dat de theorievorming rond grondrechten nu eenmaal volledig is vorm gegeven binnen de traditionele verticale context zodat hiervan weinig overblijft bij een projectie op het horizontale vlak. De rechter kan hier dan ook weinig zo niet geen houvast aan ontleen.²⁵ Illustratief in dit opzicht is dat de leer terzake grondrechten zelfs geen redding kan brengen uit de traditionele impasse waarin horizontale werking meestal verzeild raakt: de collision van grondrechten. In praktijk kunnen namelijk veelal beide litiganten een grondrecht invoeren ter bescherming van hun respectieve belangen. Tot de oplossing van een dergelijk conflict schiet de theorie terzake grondrechten te kort, ontwikkeld als ze is voor de verticale context waarin een conflict tussen grondrechten per definitie uitgesloten is. Een beslissing *in abstracto* is in elk geval uitgesloten daar zowel de wetgever,²⁶ de recht-

23 Vb. 'een recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer [...] dat naar zijn inhoud mede wordt bepaald door art. 8 EVRM' (HR 9 januari 1987, NJ 1987, 928 m.n. EAA en HR 1 juli 1988, NJ 1988, 1000 m.n. LWH).

24 Buiten beschouwing blijft hierbij de waarde die het gebruik van grondrechten eventueel kan hebben op het vlak van unificatie van het recht binnen Europese context. Dit is immers een element van rechtspolitieke aard dat weinig invloed kan hebben op de praktijk van de individuele nationale rechter. Daarenboven is m.i. ook op dit vlak weinig heil te vinden in het leerstuk van horizontale werking.

25 Slechts op het vlak van familierecht, waar de verticale en horizontale context meer op elkaar zijn betrokken (cf. vraagstukken rond wetgeving terzake het statuut van de persoon die eventueel een soort van derdenwerking kunnen verkrijgen) is wel een invloed merkbaar. Met name de uitwerking die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens aan de grondrechten van het EVRM geeft, wordt regelmatig aangehaald om binnen een horizontale context invulling te geven aan de grondrechten (zonder dat hier evenwel een doorslaggevende werking aan wordt verleend).

26 Zie o.a. *Kamerstukken II* 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 6.

spraak²⁷ en de meerderheid in de doctrine^{28/29} geen hiërarchie tussen grondrechten aanvaarden.³⁰ Meer zelfs, een primauteit van een van de grondrechten over de andere zou zelfs ongrondwettelijk worden geacht.³¹ Er rest de rechter dan ook niets anders dan zich te verlaten op privaatrechtelijke middelen (zoals bijvoorbeeld de applicatie van de schadebeperkingsplicht)³² zo deze voorhanden zijn, doch meestal wordt een collisie afgehandeld door middel van een gewone afweging van belangen die gedomineerd wordt door de ‘omstandigheden van het geval’. De botsing van grondrechten wordt dan ook herleid tot een loutere botsing van belangen.

Het feit dat de rechter hiermee zo vrijmoedig omgaat geeft duidelijk de indicatie dat ook de tweede hypothese niet in rekening kan worden genomen. Dit wordt trouwens ondersteund door de constatacie dat tevens in gedingen waarin slechts een enkele partij een grondrecht inroept dit grondrecht evenzeer

27 Verwezen kan bijvoorbeeld worden naar de uitspraak van de Hoge Raad *de dato* 21 januari 1994 waar het argument dat het grondrecht op privacy in principe zwaarderwichtiger is dan enig ander grondrecht afgewezen werd (althans in verhouding tot het recht op vrijheid van meningsuiting, maar niets verzet zich ertegen het recht op vrijheid van meningsuiting hier te zien als een *pars pro toto* voor grondrechten in het algemeen).

28 T.L. Bellekom, ‘Botsing van grondrechten: de vrijheid van meningsuiting contra het gelijkheidsbeginsel’, *NJCM-Bulletin* 1983, p. 271; Vgl. evenzeer D.J. Elzinga, ‘Botsing van grondrechten: de vrijheid van meningsuiting contra het gelijkheidsbeginsel’, *NJCM-Bulletin* 1983, p. 274.

29 Hoewel wel degelijk suggesties in andere zin zijn aangereikt. Zo zien sommige auteurs in het verbod op discriminatie zoals neergelegd in het eerste artikel van de grondwet (wegens de plaats of de inhoud van dit artikel) een leidend beginsel, een primus (Th. Van Boven, ‘Het discriminatieverbod van artikel 1 van de Grondwet’, in: T.C. Van Boven (red.), *Het discriminatieverbod van artikel 1 Grondwet: nationale en internationale perspectieven*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 2003, p. 2)(inter pares (Alkema E., ‘Artikel 1 Grondwet in de Nederlandse constitutionele orde en de relatie met andere internationale gelijkheidsgeboden’, in: T. Van Boven (red.), *Het discriminatieverbod van artikel 1 Grondwet: nationale en internationale perspectieven*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 2003, p. 8; contra D.J. Elzinga, ‘Botsing van grondrechten: de vrijheid van meningsuiting contra het gelijkheidsbeginsel’, *NJCM-Bulletin* 1983, p. 274) hetwelk eventueel alle andere grondrechten begrenst (T. Gerbranda, ‘Botsing van grondrechten: is een rangorde onvermijdelijk?’, in M. Kores, J.P. Loof & H.-M.T.D. ten Napel (red.), *Gelijkheid en rechtvaardigheid. Staatsrechtelijke vraagstukken rondom ‘minderheden’*, Deventer: Kluwer 2002, p. 130-131). Dit is echter incorrect, of tenminste onverenigbaar met de intentie van de grondwetgever die niet enkel poneerde dat er geen hiërarchie bestaat tussen de grondwettelijk grondrechten, maar evenzeer expliciet het idee verwierp van primauteit van het discriminatieverbod (zie P.W.C. Akkermans, C.J. Bax & L.M.F. Verhey, *Grondrechten – Grondrechten en grondrechtsbescherming in Nederland*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 185 en P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt, ‘Grondrechten’, in: C.C. de Fey, A. Kellermann & J.W. Nieuwboer, *Met recht discriminatie bestrijden*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 51). Ook een preferente positie voor vrijheid van meningsuiting kende trouwens reeds zijn voorstanders (nl. J.A. Peters, *Het primaat van de vrijheid van meningsuiting*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1981, p. 213).

30 H.A. Groen, ‘De reikwijdte van fundamentele rechten in burgerlijke zaken’, in: *De reikwijdte van fundamentele rechten* (preadvies NJV), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 168.

31 Zie *Kamerstukken I* 1992/93, 22 014, nr. 212c, p. 9.

32 Vgl. HR 18 juni 1993, NJ 1994, 347.

wordt gereduceerd tot een belang dat daarom niet eens primeert over de andere in het geding zijnde belangen.³³

Blijft dus de conclusie van voorheen: het grondrecht fungeert soms als kenbron doch meestal louter als motivering. Het grondrecht wordt gereduceerd tot de waarde waarvan ze de expressie vormt en waarvan ze in niets meer verschilt behalve in naam. *Nomina nuda tenemus*.

2.2 Loutere retorische werking?

Tot daar de waarde van horizontale werking van grondrechten. Het vormt een tegengif voor het spook van irrationaliteit dat anders door het vonnis schijnt te dwalen wanneer de rechter louter *in abstracto* bepaalde belangen aanmerkt als zijnde fundamenteel van aard. Wanneer een nieuwe casuspositie voorligt waarin fundamentele belangen aan de orde zijn kan de rechter deze duidelijk uitspelen door zich te sterken met een (formeel) beroep op grondrechtencatalogi. Door de wildernis kan hij zich een pad banen met behulp van de grondrechten. Waar reeds een duidelijk weg ligt lijkt dit uiteraard overbodig.

Er blijkt evenwel een tendens te signaleren waarbij gedingen steeds meer uitgedrukt worden in termen van grondrechten die hierbij in het spel zijn (hetgeen meestal resulteert in de vaststelling dat men geconfronteerd wordt met een botsing van dergelijke rechten) waar dit voorheen niet het geval was. Illustratief is bijvoorbeeld de jurisprudentie terzake de plaatsing van (schotel)-antennes.³⁴ De typische casuspositie is hierbij dat een huurder een (schotel)-antenne wil installeren terwijl dit in principe verboden wordt door het huurcontract. De huurder stapt dan naar de rechtbank om niettemin toestemming af te dwingen van de verhuurder waarbij hij zijn belangen tot het plaatsen van dergelijke installatie uit de doeken doet (wat meestal neerkomt op het ontvangen van informatie uit zijn land van herkomst). De verhuurder plaatst hiertegenover dan de argumenten dat dergelijke installatie een verhoogde kans op schade meebrengt ten gevolge van beschadiging aan het gehuurde en/of ten gevolge van het ontstaan van gevaarlijke situaties waarbij ook derden schade kunnen ondervinden, dat het afbreuk doet aan de gehele esthetiek van

33 Zie tevens E.A. Alkema, noot onder HR 18 juni 1993, *NJ* 1994, 347. Vgl. T. Gerbranda/M. Kroes, *Grondrechten evaluatie-onderzoek eindrapport*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 1993, p. 136-137 'Wanneer de andere belangen geen grondrechtelijke belangen uitdrukken en er geen sprake van botsing van grondrechten is, laat de rechter de grondrechtsnorm meewegen als zijnde een rechtsbelang, waarvan alleen op min of meer zwaarwegende gronden mag worden afgeweken'.

34 Een probleem dat doorheen gans Europa nog al eens wordt opgelost aan de hand van overwegingen op basis van fundamentele rechten. Zo bijvoorbeeld in Italië (Cass. 16 september 1983, n. 7418, *Foro It.* 1984, I, 415; Tribunale di Latina 16 november 1992; *Giurisprudenza di merito* 1993, 945).

het verhuurde gebouw, dat het gevaar oplevert voor precedentenwerking en eventueel ook het element dat de huurder evenzeer door middel van andere, aanvaardbare alternatieven zijn drang tot informatiegaring kan bevredigen. De meer recente rechtspraak plaatst (hiertoe al dan niet verplicht door de conclusies van de litiganten) deze zaken op een meestal behoorlijk vrijblijvende wijze binnen het kader van art. 10 EVRM.³⁵ De oudere rechtspraak daarentegen niet.³⁶ Treffend is dat uiteindelijk tussen beide benaderingswijzen geen substantieel verschil is te constateren. Verwonderlijk hoeft dit niet te zijn. De recentere rechtspraak treedt immers na een omweg langs het grondrecht op het pad waar de oudere rechtspraak startte, namelijk een afweging van belangen,³⁷ en bij deze afweging worden dezelfde parameters op eenzelfde manier gehanteerd zonder dat de eventuele verwijzing naar een grondrecht hierop een impact heeft. Geconstateerd kan alvast worden dat de huurder geen betere kans op succes maakt in jurisprudentie die vanuit een grondrechtelijke invalshoek vertrekt.³⁸

Dergelijke praktijk (en verscheidene andere voorbeelden zijn te noemen) geeft duidelijk aan dat men heden in belangrijke mate geconfronteerd wordt met een loutere retorische werking van grondrechten. Veelal is er geen noodzaak te refereren aan een grondrecht of biedt dit althans geen bijkomende dimensie. Weliswaar dient toegejuicht te worden dat de rechter duidelijk onderkent dat fundamentele belangen in het geding zijn, doch het is de vraag of dit werkelijk steeds op dergelijke wijze tot uitdrukking dient te worden gebracht.

Alvast lijkt het bijzonder omslachtig om steeds eerst op te stijgen tot het abstracte niveau van grondrechten om daarna, zonder enige verrijking terug

35 Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 18 juni 2003, *WR* 2003, 60 (m.nt. C.L.J.M. de Waal); Ktr. Delft 22 februari 2001 en 31 mei 2001, *WR* 2001, 77; Rb. Arnhem 28 januari 1999, *WR* 1999, 47 (tevens Rb. Arnhem 11 september 1997, *WR* 1998, 12); Rb. Arnhem 10 december 1998, *WR* 1999, 37, *Prg.* 1999, 5097; Pres. Rb. Amsterdam 1 juli 1996, *WR* 1997, 34; Ktr. Rotterdam 10 februari 1995, *WR* 1995, 53; Ktr. Gouda 15 december 1994, *WR* 1995, 52; Ktr. Sittard 3 december 1993, *WR* 1995, 85; HR 3 november 1989, *NJ* 1991, 168, *RvdW* 1989, 242, *AB* 1990, 150; Ktr. Assen 25 maart 1986, *NJ* 1987, 15.

36 Zie bijvoorbeeld Ktr. Amsterdam 20 februari 1964, *NJ* 1964, 219.

37 Vgl. bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 18 juni 2003, *WR* 2003, 60 (m.nt. C.L.J.M. de Waal): 'Dit grondrecht heeft horizontale werking en kan door contractueel overeengekomen verbodsbepalingen opzij worden gezet. Het recht op uitingsvrijheid is dus niet absoluut. In het tweede lid van artikel 10 EVRM worden onder bepaalde voorwaarden beperkingen toegestaan. In dit geding dienen dan ook de belangen van beide partijen tegen elkaar te worden afgewogen: [...]'.
 38 Het verzoek werd in de meerderheid van de horizontaal effect zaken afgewezen (namelijk Rb. Amsterdam 18 juni 2003, *WR* 2003, 60 (m.nt. C.L.J.M. de Waal); Ktr. Delft 22 februari 2001 en 31 mei 2001, *WR* 2001, 77; Rb. Arnhem 28 januari 1999, *WR* 1999, 47 (tevens Rb. Arnhem 11 september 1997, *WR* 1998, 12); Pres. Rb. Amsterdam 1 juli 1996, *WR* 1997, 34; Ktr. Rotterdam 10 februari 1995, *WR* 1995, 53; Ktr. Gouda 15 december 1994, *WR* 1995, 52; HR 3 november 1989, *NJ* 1991, 168, *RvdW* 1989, 242, *AB* 1990, 150) terwijl het in de 'reguliere' zaak (Ktr. Amsterdam 20 februari 1964, *NJ* 1964, 219) werd toegekend.

te keren tot het loutere niveau van het privaatrecht. Ernstiger is evenwel dat deze tendens niet enkel een veelal nodeloze doch ook gevaarlijke praktijk kan uitmaken. In eerste instantie is er uiteraard een risico dat grondrechten hierdoor devalueren. Wanneer steeds meer conflicten tussen burgers te pas en te onpas in termen van grondrechten worden uitgedrukt lijkt dit onvermijdelijk. In tweede instantie ligt het probleem voor dat men ook steeds meer geconfronteerd wordt met de heikele oefening in het afhandelen van botsingen tussen grondrechten. Een loutere belangenafweging is weliswaar steeds onvermijdelijk en kan niet met mathematische precisie worden afgehandeld, doch wanneer men hierbij ook nog eens grondrechten betreft wordt het beeld nog enigmatiger.³⁹ Naast de component van loutere belangenafweging verdient het immers ten sterkste aanbeveling dat de rechterlijke motivering eveneens ingaat op de relatieve waarde van grondrechten in hun onderlinge verhouding (zo niet kan dit de credibiliteit van deze rechtspraak op termijn aantasten).⁴⁰ Dergelijke overwegingen blijven echter noodgedwongen op een abstract niveau steken en de interactie tussen deze overwegingen en de eigenlijke belangenafweging maakt veelal dat het onduidelijk wordt in welke mate de onderscheiden factoren die in het geding een rol spelen een impact hebben op de uiteindelijke besluitvorming. Het hoeft geen betoog dat dit vanuit het oogpunt van begrijpelijkheid van de rechtspraak behoorlijk frustrerend kan werken. Een nodeloze retoriek rondom grondrechten dient dan ook zoveel mogelijk te worden vermeden.⁴¹

39 In een bijzonder zuivere grondrechtelijke benadering van een collisione gaat de rechter in eerste instantie de grondrechten afzonderlijk toetsen: aangeven in welke mate ze spelen en op basis van welke parameters ze in die specifieke casus aan kracht inboeten of winnen. Van deze eendimensionale toetsing springt hij daarna over naar een meerdimensionale afweging zonder hiervoor echter een duidelijke onderbouw te verschaffen (Vgl. P.W. Brouwer, 'Grenzen aan de juridische rationaliteit', in P.B. Cliteur e.a. (red.), *It ain't necessarily so* (Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. H. Franken), s.l.: Kluwer 2001, p. 12). De relatieve waarde kracht van de onderscheiden grondrechten wordt wel afgewogen, maar de afweging van deze grondrechten *ten aanzien van elkaar* blijft schijnbaar in een transcendentale sfeer vastzitten die niet vatbaar lijkt voor een (juridische) motivering. De uiteindelijke uitspraak is weliswaar steeds acceptabel op basis van de voorgaande argumentatie, doch volgt daar niet noodzakelijkerwijze uit voort. Hoe meer de beoordeling het uitdrukkelijk kader der grondrechten verlaat en meer treedt in het kader van een duidelijke afweging van belangen, een *confrontatie* van belangen, hoe inzichtelijker het oordeel dan ook wordt.

40 Zie trouwens de nota *Grondrechten in een pluriforme samenleving* van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties waarin het belang van de communicatie rondom belangenafweging in geval van botsende grondrechten met het oog op de geloofwaardigheid van de rechtspleging sterk wordt benadrukt (Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, *Nota grondrechten in een pluriforme samenleving*, 18 Mei 2004, p. 10).

41 Theoretisch kan ook worden gesteld dat het gevaar bestaat dat de rechtspraak steeds verder zou opstijgen tot het abstracte niveau van grondrechten en het privaatrecht, dat uiteindelijk beter geschikt is tot het afhandelen van conflicten tussen burgers, uit het oog zou worden verloren. Dit gegeven doet zich alvast niet voor en is ook bijzonder onwaarschijnlijk (hoewel decennia geleden wel frequent aangevoerd werd als een argument tegen horizontale werking).

3 CONCLUSIE

Horizontale werking lijkt vanuit een kwalitatieve evaluatie een schromelijk overdreven vraagstuk. In het leeuwendeel der horizontaal effect casussen beperkt de rol van het grondrecht zich immers in het beste geval tot loutere kenbron van fundamentele waarden doch meestal maakt ze slechts een louter formeel element van motivatie (al dan niet ten overvloede) uit.

Wat haar functie als kenbron betreft lijkt de impact van het grondrecht verwaarloosbaar en haar introductie overbodig. Een kenbron van fundamentele waarden komt behoorlijk overbodig over. Het lijkt alvast betrekkelijk contradictoir te gewagen van fundamentele waarden die meestal reeds eeuwen⁴² geacht worden de essentiële structuur van de westerse maatschappij uit te maken, waaraan zelfs reeds werd mogelijk geacht een universeel karakter toe te kennen, die *in se* frequent te herleiden zijn tot het meest enkelvoudig kenbegrip (menselijke waardigheid) of meest enkelvoudige regel (de gouden regel) van interactie binnen de mensenstaat, en anderzijds te betogen dat de rechter tot herkenning hiervan de grondrechtencatalogi nodig heeft. In de functie als element van motivering kan wel nut worden gezien, doch van een werkelijke impact kan dan niet worden gesproken. Daarenboven betreft het hier frequent ook een overbodige vernislaag, daar het gebruik louter retorisch is. Van de fundamentele lacunes die het grondrecht zou opvullen geven deze functies alvast geen blijk.

Waarin trouwens de waarde schuilt waarden die voorheen reeds in het privaatrecht in aanmerking werden genomen opnieuw te ontdekken binnen het kader van grondrechten is onduidelijk.⁴³ Immers, ook al voor de storm van horizontale werking nam de jurisprudentie deze rechten, voorzover ze niet reeds duidelijk binnen het privaatrecht gecodificeerd waren, in rekening door zich te richten naar de aan de grondrechten ten grondslag liggende rechtsbeginselen.⁴⁴ Vanuit die optiek is het traditionele argument ten voordele van horizontale werking stellende dat grondrechten dusdanige essentiële waarden vertegenwoordigen dat zij ook niet veronachtzaamd kunnen en mogen worden in het privaatrecht dan ook bijzonder dubieus. Waaraan werking dient te worden gegeven zijn de fundamentele waarden die aan de

42 De grondrechten die werking krijgen binnen een horizontale context zijn immers bijna uitsluitend de klassieke. De moderne sociale grondrechten komen amper aan de orde.

43 In diezelfde zin F.W. Grosheide, 'Constitutionalisering van het burgerlijk recht?', *Contracteren* 2001, p. 48.

44 Vanuit historisch standpunt lijkt horizontale werking trouwens een wonderlijke techniek. Veel van de fundamentele rechten die heden in grondrechtencatalogi neergelegd zijn werden immers in het privaatrecht geëerbiedigd lang voor ze hun codificatie kenden in publiekrechtelijke documenten (Vgl. M.B.W. Biesheuvel, 'Horizontale werking van grondrechten (I)', *NJCM-bulletin* 1981, p. 217: 'Voor een deel was hier overigens sprake van een schijnprobleem, waar het ging om rechten, die binnen particuliere verhoudingen in acht werden genomen reeds lang voordat het in dit deel van de wereld tot staatsvorming was gekomen').

grondrechten ten grondslag liggen (hetwelk uiteraard niet te vereenzelvigen is met werking geven aan het grondrecht zelf) en deze werking was reeds aanwezig.⁴⁵

Weliswaar dient voorzichtig geconcludeerd te worden dat de laatste decennia fundamentele rechten binnen privaatrechtelijke conflicten steeds meer naar de voorgrond lijken te treden. Wanneer men dit evenwel automatisch toeschrijft aan de impact van grondrechten (wat duidelijk de tendens aan het worden is) ontkent men de eigen dynamiek van het privaatrecht. Zo bijvoorbeeld vindt binnen het contractenrecht heden een verschuiving plaats van het onderliggende paradigma hetwelk proces zich onder andere uit in het feit dat een steeds sterkere nadruk wordt gelegd op solidariteit tussen de contractspartijen (een tendens die trouwens doorheen geheel Europa speelt⁴⁶). Wanneer de partijen geacht worden meer rekening te houden met elkaars belangen opent dit uiteraard per definitie de deuren voor een steeds omvangrijkere afweging van wederzijdse fundamentele rechten. Soortgelijke evolutie is louter privaatrechtelijk van aard.

Hoe dan ook blijkt duidelijk dat horizontale werking in aanzienlijke mate neerkomt op de aanwending van de naakte naam van het grondrecht en weinig meer. In deze optiek kan dan ook teruggekomen worden op de eerste variant van constitutionalisering: het gebruik van grondrechten als inspiratiebron tot creatie van privaatrechtelijke wetgeving. Uiteindelijk betreft het hier ook frequent een uitwerking van waarden die reeds in het privaatrecht vertegenwoordigd zijn, doch onder de precieze noemer van een welbepaald grondrecht. Wat geëxpliciteerd wordt is meestal reeds een fundamenteel belang in het privaatrecht, het feit dat de wetgever zich dan eventueel beroept op publiekrechtelijk grondrecht doet hieraan niet af. Het grondrecht en de theorievorming hier rond zijn gericht op de verticale sfeer en dragen dan ook weinig meer bij. De verdere uitwerking, de articulatie van de fundamentele waarde in het privaatrecht komt zelden toe aan het grondrecht.

Geconcludeerd kan worden dat constitutionalisering alvast een overschat vraagstuk lijkt. Dat het eerder van een formele dan substantiële natuur is en het privaatrecht in essentie in aanzienlijke mate onaangetast blijft.

⁴⁵ Zie voetnoot 749.

⁴⁶ Zie bijvoorbeeld D. Mazeaud, 'Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle?', in F. Terré (red.), *L'avenir du droit : mélanges en hommage à François Terré*, Paris: Dalloz 1999, p. 603-634; C. Thibierge-Guelfucci, 'Libres propos sur la transformation du droit des contrats', *RTDC* 1997, p. 357-385; T. Wilhelmsson, 'Questions for a Critical Contract Law – and a Contradictory Answer : Contract as Social Cooperation', in T. Wilhelmsson (red.) *Perspectives of Critical Contract Law*, Aldershot (etc.) : Dartmouth 1993, p. 9-54.

Ros: It's possible
Guil: But it wouldn't make any difference
Ros: But it's possible
Guil: Pointless
Ros: It's allowed
Guil: Allowed, yes, We are not restricted.
No boundaries have been defined,
no inhibitions imposed.

*T. Stoppard, *Rosencrantz and Guildenstern Are Dead*.*

16 | Schending en schade. Over aantasting van fundamentele rechten en eenheid in het schadevergoedingsrecht

S.D. Lindenberg[■]

1 WEERLOOS RECHT(?)

In 1986 wees de Goudse kantonrechter één gulden toe aan een sollicitante die op grond van haar geslacht was gediscrimineerd tijdens een sollicitatieprocedure.¹ In 1996 oordeelde de Hoge Raad dat er bij de bepaling van de schadevergoeding voor een psychiatrische patiënt ten aanzien van wie procedurevoorschriften waren geschonden rekening mee diende te worden gehouden dat in het enkele feit dat de rechter de schending van voorschriften vaststelt reeds een zekere genoegdoening is gelegen.² In 2005 werd door de Amsterdamse voorzieningenrechter de vordering tot schadevergoeding van de voor commerciële doeleinden misbruikte minister-president Balkenende afgewezen met als motivering dat hij met een verklaring voor recht werd geacht voldoende schadeloos te zijn gesteld.³

Fundamentele rechten staan in hoog aanzien, maar als het gaat om hun handhaving lijken zij dikwijls weerloos. Het kwaad is bij schending vaak al geschied, zodat een verbodsactie te laat komt en kennelijk is de rechter terughoudend met het toewijzen van schadevergoeding. Vaak wordt geen vermogensschade van betekenis geleden.⁴ Dikwijls is de wél geleden schade niet

■ S.D. Lindenberg was tot 1 december 2005 als universitair hoofddocent verbonden aan de Universiteit Leiden en was tevens fellow bij het E.M. Meijers Instituut voor rechtswetenschappelijk onderzoek. Per die datum is hij benoemd als hoogleraar privaatrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Met dank aan Willem van Boom, Michiel van Emmerik en Ton Hartlief voor suggesties n.a.v. een eerdere versie en aan Adriaan Versluis voor onderzoeksondersteuning.

1 Ktg. Gouda 13 maart 1986, *Prg.* 1987, 2667.

2 Hoge Raad 13 december 1996, *NJ* 1997, 682 m.nt. JdB (W/Staat), *A&V* 1997, p. 46-47 (W.H. van Boom).

3 Rb. Amsterdam 2 februari 2005, LJN AS4748 (Minister President/Kijkshop B.V.).

4 Soms is dat niettemin wel degelijk het geval. Men denke aan gevallen waarin schending van art. 6 EVRM (eerlijk proces) leidt tot de teloorgang van een bedrijf. Vgl. voor een dergelijk geval waarin overigens geen causaal verband werd aangenomen EHRM 27 oktober 1993, *NJ* 1994, 534 (Dombo). Vgl. bijv. voorts m.b.t. reputatieschade, waar het vermogensschade-aspect ten onrechte nogal eens uit het oog wordt verloren, R.P.J.L. Tjittes, 'Enige opmerkingen over het karakter van reputatieschade', in: J. Spier en W.A.M. van Schendel (red.), *Schadevergoeding: een eeuw later, een bundel opstellen aangeboden aan mr. A.R. Bloembergen*, Deventer: Kluwer 2002, p. 139-150.

eenvoudig in beeld te brengen met behulp van traditionele aanduidingen op het gebied van personenschade zoals lichamelijk en geestelijk letsel, en is het ook overigens niet eenvoudig aan te geven waaruit de schade precies bestaat. Niettemin is doorgaans wel aannemelijk dat er (enige) schade is geleden en bestaat er een behoefte om de schending rechte tens niet onbeantwoord te laten. Die behoefte hangt samen met de hoge waardering die fundamentele rechten genieten en het gebrek aan andere passende sancties, waardoor de aandacht naar het schadevergoedingsrecht uitgaat.

Het voorgaande roept de vraag op welke rol is weggelegd voor het schadevergoedingsrecht als het gaat om de sanctionering van schendingen van fundamentele rechten. Het nationale schadevergoedingsrecht staat hier niet op zichzelf, maar wordt geïnspireerd en beïnvloed door ontwikkelingen in ons omringende landen en door aanwijzingen vanuit 'Europa'.

Het Engelse en Duitse recht laten met betrekking tot de rol van het schadevergoedingsrecht bij schending van fundamentele rechten ieder een eigen benadering zien die sporen nalaat in het nationale schadevergoedingsrecht.⁵ Volgens het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap moet het nationale schadevergoedingsrecht voldoende krachtig zijn om schendingen van bijvoorbeeld het recht op gelijke behandeling tegemoet te treden.⁶ Volgens het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) heeft de rechter een discretionaire bevoegdheid om al dan niet een billijke genoegdoening toe te wijzen, en kan de vaststelling van een schending door de rechter als zodanig reeds een billijke genoegdoening meebrengen.⁷

Deze verschillende ontwikkelingen en invalshoeken roepen de vraag op hoe het Nederlandse schadevergoedingsrecht omgaat met aantastingen van fundamentele rechten en hoe de eenheid en coherentie van het nationale schadevergoedingsrecht op de proef worden gesteld door deze 'externe' invloeden. De vraag die in deze bijdrage centraal staat is of het Nederlandse schadevergoedingsrecht – mede in dit 'transnationale' perspectief – in staat en adequaat is om de schending van fundamentele rechten tegemoet te treden.

Onder fundamentele rechten versta ik rechten die fundamentele aspecten van de menselijke persoon beogen te beschermen. In een traditioneel vocabulaire gaat het hier om mensenrechten en grondrechten.⁸ Ik beschouw deze rechten hier vooral in een civielrechtelijk kader. Het kan daarbij gaan om verticale werking (tussen overheid en burger), om horizontale werking (werking tussen private partijen) van dergelijke grondrechten en mensenrechten, maar ook om

⁵ Zie nader hierna onder 2 en 3.

⁶ Zie nader hierna onder 4.3.1.

⁷ Zie nader hierna onder 4.3.2.

⁸ Zie over schadevergoeding bij schending van mensenrechten uitvoerig M.L. van Emmerik, *Schadevergoeding bij schending van mensenrechten. De rechtspraak onder het EVRM vergeleken met die in Nederland* (diss. Leiden), Leiden: NJCM-Boekerij 1997.

een eigen privaatrechtelijke invulling in de vorm van persoonlijkheidsrechten.⁹ Het gaat steeds om rechten die essentiële elementen of belangen van de menselijke persoon beogen te waarborgen, zoals het leven, de persoonlijke levenssfeer, gelijke behandeling, et cetera.

Om te laten zien op welke wijze de eenheid van het nationale schadevergoedingsrecht op de proef kan worden gesteld als het gaat om de bescherming van fundamentele rechten schets ik hierna eerst markante ontwikkelingen ten aanzien van de wijze waarop schadevergoedingsrechtelijke kwesties met betrekking tot de schending van fundamentele rechten in Engeland en Duitsland worden aangevat. Daarna ga ik in op de wijze waarop in het Nederlandse recht met dergelijke schendingen wordt en kan worden omgegaan. In dat kader besteed ik aandacht aan de eisen en wensen die vanuit 'Europa' aan ons recht worden gesteld, alsmede aan ontwikkelingen die momenteel in het eigen schadevergoedingsrecht plaatsvinden.

2 ENGELS RECHT

Het Engelse recht kent een in beginsel gesloten stelsel van 'torts' met ieder hun eigen sanctieregime. Fundamentele rechten vinden daarin bescherming voor zover schending ervan voldoet aan de vereisten die het nationale recht aan een dergelijke 'tort' stelt. De bescherming van fundamentele rechten heeft in Engeland evenwel recentelijk een belangrijke impuls gekregen door de invoering per 2 oktober 2000 van de Human Rights Act 1998. Deze wet maakt de nationale Engelse rechter bevoegd om kennis te nemen van vorderingen tot schadevergoeding wegens schending door 'public authorities' van bepaalde uit het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) voortvloeiende verplichtingen.¹⁰ De gedachte hierachter is dat de slachtoffers van dergelijke schendingen door rechtstreeks de nationale rechter te adieren niet langer de weg naar Straatsburg hoeven te gaan. De bedoeling is dan ook dat de burger aanspraak kan maken op hetzelfde beschermingsniveau als hem door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) zou zijn geboden.¹¹

Een belangrijk gevolg van de gekozen methode is dat de Engelse rechter zich indringender dan voorheen moet gaan afvragen hoe het eigen nationale schadevergoedingsrecht zich verhoudt tot het door het EHRM op dit terrein vormgegeven recht. Een eerste tendens op dat punt wordt gesignaleerd door Martin Spencer QC:

9 Zie over dit begrip nader S.D. Lindenberg, 'De positie en handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Nederlandse privaatrecht', *TPR* 1999, p. 1665-1707.

10 Zie uitvoerig Law Commission, *Damages Under the the Human Rights Act*, Law Com. No. 266, London, HMSO 1998.

11 Human Rights Act 1998, section 8 (4).

‘(...) early indications are that there are in fact going to be significant differences between the approach of the English courts and the approach of the ECHR, with a more analytical stance being taken in the English courts, more in keeping with other actions for damages pursuant to domestic law.’¹²

Met name omdat het Engelse schadevergoedingsrecht ver is geëvolueerd, en dat van het EHRM in feite, zeker in ‘analytisch’ of dogmatisch opzicht, nog in de kinderschoenen staat, zijn van de Engelse rechter op dit punt vermoedelijk fundamentele(re) beschouwingen te verwachten.

Een interessant punt is in dit verband dat de Human Rights Act 1998 het recht op schadevergoeding kwalificeert als laatste middel, in die zin dat alleen schadevergoeding wordt toegewezen indien de rechter – alle omstandigheden, zoals overige mogelijke sancties, in aanmerking genomen – ervan overtuigd is dat de vergoeding nodig is om passende genoegdoening te verschaffen,¹³ waarbij de rechter de door het EHRM in het kader van art. 41 EVRM aanvaarde ‘principles’ in ogenschouw dient te nemen.¹⁴ Dat betekent dat de Engelse rechter in feite gehouden is de rechtspraak van het EHRM op dit punt te volgen, waarbij wordt opgemerkt dat die rechtspraak niet steeds even heldere lijnen uitzet:

‘The [EHRM, sl] tends to award global sums on an ‘equitable’ basis, and its judgments do not analyse the basis of calculation (often not identifying the period of delay which is the basis of the claim) or give a breakdown between different items of damages. They may even not distinguish between damages and the costs and the expenses of proceedings (as in *Van Leer v Netherlands* (1990) 12 E.H.R.R. 567 (...)). These characteristics render it difficult to identify more than very general principles. It may be understandable that a court of so many members from different legal backgrounds should express its conclusions on damages in such general terms. Our own jurisprudence and legal culture require a more analytical approach.’¹⁵

Eén van de bijzondere ‘principles’ met betrekking tot de schadevergoeding wegens schending van het EVRM – waarop de Engelse rechter bij toepassing van de Human Rights Act derhalve acht dient te slaan – is dat het hier niet

12 H. McGregor, *McGregor on Damages*, London: Sweet & Maxwell 2003, p. 1530.

13 HRA 1998, section 8 (3): ‘No award of damages is to be made unless, taking account of all the circumstances of the case, including (a) any other relief or remedy granted, or order made, in relation to the act in question (by that or any other court), and (b) the consequences of any decision (of that or any other court) in respect of that act, the court is satisfied that the award is necessary to afford just satisfaction to the person in whose favour it is made.’

14 HRA 1998, section 8 (4): ‘In determining (a) whether to award damages (...) the court must take into account the principles applied by the [EHRM, sl] in relation to the award of compensation under Article 41 of the Convention.’

15 Aldus Stanley Burnton J. in R. (KB) v Mental Health Review Tribunal [2003] 2 All E.R. 209, par. 28.

gaat om een *recht* op schadevergoeding dat van rechtswege ontstaat, maar om het resultaat van een 'discretionary power' van de rechter. De rechterlijke vrijheid betreft hier niet (alleen) de omvang van de vergoeding, maar eerst de vraag of een vergoeding 'necessary' is, waarbij in ogenschouw dient te worden genomen dat het EHRM de mogelijkheid aanvaardt dat reeds de vaststelling van de schending door de rechter voldoende kan zijn om een 'just satisfaction' te bewerken.¹⁶ Hoewel wordt erkend dat de Engelse rechter deze gedachtegang dient te volgen,¹⁷ tast hij ten aanzien van criteria op dit punt wegens gebrek aan aanwijzingen van het EHRM vooralsnog in het duister. Lord Woolf legt het beginsel als volgt uit:

'Turning to possible principles, the first principle could well be that if there is any other appropriate remedy in addition to damages, that other remedy should usually be granted initially and damages should only be granted if and to the extent that an additional award of damages is necessary to afford just satisfaction. This principle appears to accord with the approach envisaged by s. 8 itself. In many cases what will be primarily required is an order which will result in the decision being taken again or an injunction to restrain the unlawful conduct or a declaration to establish the unlawfulness of that conduct. There should be no automatic right to compensation.'¹⁸

Wat precies bepaalt of een schending een vergoeding rechtvaardigt is evenwel nog onduidelijk. Vooral de aard van het geschonden recht lijkt relevant. Zo lijkt het EHRM eerder een vergoeding toe te kennen wanneer het gaat om schending van een inhoudelijk recht dan wanneer het gaat om schending van een procedurele regel.¹⁹ Een open liggende kwestie is of bijvoorbeeld ook de *wijze van schending* beslissend is,²⁰ een aspect dat – wanneer eenmaal een schadevergoeding wordt aanvaard – wel van invloed is op de *omvang* van de vergoeding.

Voor wat betreft de vaststelling van de *omvang* van de vergoedingen wordt voor het Engelse recht een benadering bepleit waarin het nationale schadevergoedingsrecht wordt gekozen als uitgangspunt, 'but subject to every true principle which emerges from the jurisprudence and consistent practice of the ECHR which may apply to the case and which a party is successfully able

16 EHRM 21 februari 1975, 4451/70, par. 46 (Golder; NJ 1975, 462 m.nt. E.A. Alkema).

17 In R. (KB) v Mental Health Review Tribunal [2003] 2 All E.R. 209, is bijv. de stelling verworpen dat de rechter onder omstandigheden gedwongen is schadevergoeding toe te wijzen.

18 Lord Woolf C.J. in: O'Keefe (ed.) *Judicial Review of European Union Law. Liber amicorum in honour of Lord Slynn of Hadley*, The Hague: Kluwer International Law 2000.

19 Zie bijv. EHRM 27 september 1995, Reports 1996-I, 97 (McCann/Verenigd Koninkrijk), par. 219. Zie voor een uitgebreid overzicht van jurisprudentie op dit punt D. Shelton, *Remedies for international human rights law*, Oxford: Oxford University Press 2005, p. 259-260.

20 Zie voor uiteenlopende gedachten Scorey & Eicke, *Human Rights Damages*, par. A2-43 en McGregor 2003, p. 1546-1547.

to argue displaces the practice of the domestic courts.²¹ In dat verband geldt bijvoorbeeld als 'principle' dat bij schendingen van de conventie geen 'exemplary' of 'punitive damages' worden toegewezen. Als 'principle' worden in ieder geval aanvaard het beginsel van volledige vergoeding (restitutio in integrum) en het beginsel dat slechts de door de schending veroorzaakte schade dient te worden vergoed.²² Verder worden als toepasselijke Engelse 'principles' genoemd het beginsel dat de benadeelde zijn schade dient te bewijzen en het beginsel dat de schade niet kan worden afgewenteld voor zover zij is veroorzaakt door de benadeelde zelf. Bij gebrek aan consistente rechtspraak van het EHRM ten aanzien van de toepassing van deze beginselen wordt de Engelse rechter vrij geacht hier zijn nationale recht toe te passen. Met betrekking tot de daadwerkelijke omvang van de vergoedingen wordt in *R. (KB) v Mental Health Appeal Tribunal*²³ opgemerkt:

'It is understandable that the European Court of Human Rights should apply a constant scale of damages to all cases that come before it. The English court should take account of the scale of damages awarded by the European Court of Human Rights, but should be free to depart from it in order to award adequate, but not excessive, compensation in United Kingdom terms.'

De invoering van de Human Rights Act 1998 wordt verder gezien als bron van nieuwe ontwikkelingen in het eigen schadevergoedingsrecht. Zo wordt als markante uitbreiding van het nationale recht gesignaleerd dat volgens het EHRM ook rechtspersonen aanspraak kunnen maken op vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade.²⁴ Voorts wordt in de rechtspraak van het EHRM ten aanzien van het recht op leven een aanknopingspunt gezien om de beperkte kring van gerechtigden en de gefixeerde vergoedingen bij overlijden aan de kaak te stellen.²⁵ Verder wordt de mogelijkheid onder ogen gezien dat de door het EHRM toegewezen bedragen een verhogende invloed hebben op door nationale rechters toe te wijzen bedragen, alsmede op in andere gevallen toe te wijzen smartengeldbedragen.²⁶ Ten slotte wordt in het via de Human Rights Act beschermde recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer een belangrijke invloed gezien op de 'law of confidentiality', die in het Engelse recht bij gebrek aan een 'tort of privacy' een belangrijke rol speelt bij de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. In dat verband wordt nu in de rechtspraak geëxperimenteerd met de botsing tussen het recht op bescherming

21 McGregor 2003, p. 1551.

22 EHRM 28 mei 2002, *Reports* 2002-II, 10, par. 40 (*Kingsley v United Kingdom*, NJ 2005, 73, m.nt. EAA).

23 [2003] *All E.R.* 209, par. 23.

24 EHRM 6 april 2000, *Reports* 2000, 31 (*Comingersoll SA v Portugal*; NJ 2002, 612).

25 McGregor 2003, p. 1561.

26 McGregor 2003, p. 1563.

van de persoonlijke levenssfeer enerzijds en het recht op vrijheid van meningsuiting anderzijds.²⁷

Met de invoering van de Human Rights Act wordt de Engelse rechter aldus uitgenodigd gedachten te vormen over de vormgeving en toepassing van het schadevergoedingsrecht waar het gaat om de schending van fundamentele rechten. Vooral omdat de Engelse rechter gewend is zich tamelijk fundamenteel rekenschap te geven van kwesties van schadevergoeding, ligt het in de rede om hier de komende jaren een zekere 'fine-tuning' te verwachten die op zijn beurt instructief zou kunnen zijn voor de rechtspraak van het EHRM.

3 DUITSE RECHT

Het Duitse privaatrecht kent sinds de Tweede Wereldoorlog met de invloed van het Grundgesetz een eigen ontwikkeling ten aanzien van de bescherming van fundamentele rechten met behulp van een recht op schadevergoeding. In die ontwikkeling valt een drietal aspecten in het bijzonder op. In de eerste plaats pleegt in het privaatrecht amper aandacht te worden besteed aan de invloed van het Grundgesetz.²⁸ In de tweede plaats is via een beroep op het Grundgesetz een recht op schadevergoeding erkend in gevallen van schending van het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht' waarin dat volgens het reguliere schadevergoedingsrecht niet bestond. In de derde plaats is deze actie geëvolueerd tot een sanctie met een geheel eigen karakter. Beide laatste aspecten verdienen hier enige uitwerking.

Het Duitse recht werkt ten aanzien van de vraag of er een recht op smartengeld bestaat in par. 847 BGB met gesloten categorieën, waaronder schendingen van fundamentele rechten als zodanig niet worden begrepen. De behoefte aan een sanctie bij schending van persoonlijkheidsrechten heeft de Duitse rechter er evenwel toe gebracht om, aanvankelijk via analogie met de in par. 847 BGB neergelegde 'Freiheitsentziehung' en later met een rechtstreeks beroep art. 1 en 2 van het Grundgesetz, een recht op schadevergoeding te accepteren.²⁹ De vraag of er plaats is voor een dergelijk recht wordt door de Duitse rechter beantwoord aan de hand van de aard van het geschonden belang, de ernst van de schending en de mate van schuld, terwijl het handhavingskarakter van de sanctie tevens meebrengt dat relevant is of de schending op andere wijze, bijv. door 'Widerruf' kan worden goedge maakt.³⁰ Hoewel deze rechts-

27 Vgl. *Campbell v Mirror Group Newspapers Ltd* 27 maart 2002, *Law Reports* 2003, QB 633.

28 Niet voor niets is de gedachte van constitutionalisering van privaatrecht van Duitse afkomst. Vgl. J.M. Smits, *Constitutionalisering van het vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2003.

29 Zie voor deze ontwikkeling BGH 25 mei 1954, BGHZ 13, 334; NJW 1954, 1404 (Schachtbrief); BGH 14 februari 1958, BGHZ 26, 349, NJW 1958, 827 (Herrenreiter); BGH 16 september 1961, BGHZ 35, 363, NJW 1961, 2059 (Ginsengwurzel) en BVerfGE 34, 286, NJW 1973, 1221.

30 BGH 16 september 1961, BGHZ 35, 363, NJW 1961, 2059 (Ginsengwurzel); BGH 7 december 1976, NJW 1977, 626 en BGH 15 november 1994, JZ 1995, 360.

ontwikkeling vooral is ingegeven door schendingen van de persoonlijke levenssfeer door de entertainmentpers, worden binnen het ‘allgemeine Persönlichkeitsrecht’ verschillende ‘Sphäre’ van de persoonlijkheid aangenomen, die langs deze weg bescherming kunnen genieten.³¹

De gedachte dat de sanctie in geval van ernstige schending van persoonlijkheidsrechten haar oorsprong vindt in een ‘Lücke im Persönlichkeitsschutz’ en in de behoefte om een vuist te maken naar de Duitse entertainmentpers die ‘rücksichtslose Zwangskommerzialisierung’ van bekende persoonlijkheden niet uit de weg gaat, hebben de Duitse rechter ertoe gebracht deze sanctie een eigen karakter toe te dichten:

‘Bei einer Entschädigung wegen einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts handelt es sich im eigentlichen Sinn nicht um ein Schmerzensgeld nach par. 847 BGB, sondern um einen Rechtsbehelf, der auf den Schutzauftrag aus Art. 1 und 21 GG zurückgeht (...). Die Zubilligung einer Geldentschädigung beruht auf dem Gedanken, dass ohne einen solchen Anspruch Verletzungen der Würde und Ehre des Menschen häufig ohne Sanktion blieben mit der Folge, dass der Rechtsschutz der Persönlichkeit verkummern würde.’³²

Deze achtergrond brengt mee dat bij deze sanctie, anders dan bij het reguliere smartengeld dat vooral ter compensatie van geleden pijn dient, ‘Genugtuung des Opfers’ op de voorgrond treedt en dat zij bovendien preventie van onrecht beoogt te bewerkstelligen. Het eigen karakter van deze sanctie houdt voorts in dat bij de vaststelling van de omvang rekening mag worden gehouden met het winstoogmerk van de inbreukmaker³³ – om een echte winstafdracht gaat het volgens het Bundesgerichtshof niet – en dat van de omvang een ‘echter Hemmungseffekt’ dient uit te gaan. Hoewel deze vorm van sanctionering derhalve het niveau van compensatie van schade te buiten kan gaan, wordt zij door het Bundesgerichtshof niet als poenale maatregel in de zin van art. 103 GG aangemerkt, omdat zij haar oorsprong vindt in het Verfassungsrecht en in het privaatrecht en wordt opgelegd ten behoeve van het slachtoffer en niet – zoals een straf – ten behoeve van het algemeen belang. Dat betekent bijvoorbeeld dat het ‘ne bis in idem-beginsel’ er niet aan in de weg staat dat ter zake van dezelfde handeling (publicatie van een foto) aan verschillende personen een vergoeding wordt toegekend, terwijl het eigen karakter van de sanctie bovendien meebrengt dat door anderen verrichte betalingen niet in mindering behoeven te worden gebracht op de verplichting van een later

31 Larenz/Canaris 1994, par. II 80.

32 BGH 15 november 1994, *BGHZ* 128, 1 (Caroline von Monaco I) en BGH 5 december 1995, *NJW* 1996, 984 (Caroline von Monaco II).

33 Bij de beoordeling van de ‘Vermögensverhältnisse’ van de aansprakelijke is mede bepalend de ‘Wirtschaftsmacht der hinter ihr stehenden Gruppe’, aldus BGH 5 oktober 2004, *VersR* 2005, 125 m.nt. Ina Ebert (Alexandra).

aangesprokene.³⁴ In zoverre geldt hier dus niet de gebruikelijke regeling van par. 840 BGB inzake 'Gesamtschuldner'.

In de praktijk heeft deze ontwikkeling van een eigensoortige sanctie wegens schending van persoonlijkheidsrechten aanleiding gegeven tot toewijzing van forse bedragen. Dat heeft de vraag opgeroepen hoe deze toewijzingen zich verhouden tot relatief bescheiden bedragen in gevallen van letsel en andere persoonsaantastingen. Deze kwestie is principieel aan de orde gesteld door ouders die leden aan ernstige psychische stoornissen als gevolg van het feit dat zij door een verkeersongeval hun drie kinderen hadden verloren en ter zake DM 70.000 (vader) respectievelijk DM 40.000 (moeder) aan smartengeld toegewezen hadden gekregen. Zij beriepen zich op schending van het in art. 3 GG neergelegde recht op gelijke behandeling en op schending van hun persoonlijkheidsrecht, omdat de hun toegewezen bedragen in geen verhouding stonden tot het aan Prinses Caroline van Monaco toegewezen bedrag van DM 180.000 wegens een in de entertainmentpers gepubliceerd verzonnen interview en tot de doorgaans in gevallen van dwarslaesies toegewezen bedragen van (toen) ongeveer DM 400.000.

Het Duitse Bundesverfassungsgericht heeft dit onderscheid niet in strijd met art. 3 GG geoordeeld, omdat de sanctie bij schending van persoonlijkheidsrechten een andere grondslag (namelijk het Grundgesetz in plaats van par. 847 BGB) heeft waardoor daarbij voor de vaststelling van de omvang andere factoren beslissend zijn, zoals het winstoogmerk en het perspectief van preventie, die tot een aanzienlijke verhoging van de vergoeding kunnen leiden. Met betrekking tot de aansprakelijkheid voor letsel als gevolg van verkeersongevallen worden deze factoren niet beslissend geacht. Ook het onderscheid met gevallen van lichamelijk letsel acht het Bundesverfassungsgericht niet ongrondwettelijk.³⁵

Het Duitse recht laat aldus zien dat het privaatrecht substantieel kan worden beïnvloed door de grondwet, maar ook dat schending van fundamentele rechten een privaatrechtelijke sanctie met geheel eigen karaktertrekken kan rechtvaardigen die tot een zeker spanningsveld met het reguliere schadevergoedingsrecht aanleiding geeft.

4 NEDERLANDS RECHT

4.1 Systematiek

Ten opzichte van Engeland en Duitsland neemt Nederland in dit verband een eigen positie in die – niet alleen in geografisch opzicht – in zekere zin tussen de beide beschreven stelsels in gelokaliseerd kan worden.

34 BHG 5 oktober 2004, *VersR* 2005, 125 m.nt. Ina Ebert (Alexandra).

35 BverfG 8 maart 2000, *VersR* 2000, 897.

Met het Engelse recht heeft het Nederlandse recht, vanwege het hier geldende toetsingsverbod aan de Grondwet, de oriëntatie op het Europese mensenrechtenrecht gemeen. Anders dan de Engelse rechter is de Nederlandse rechter evenwel niet gebonden aan een gesloten stelsel van 'torts' en kan de Nederlandse burger zonder nadere wetgeving bij de nationale rechter een vordering tot schadevergoeding aanhangig maken wegens schending van een fundamenteel recht.³⁶ Ook de Nederlandse rechter moet zich in dat verband afvragen of het Nederlandse schadevergoedingsrecht 'spoort' met de eisen die daaraan vanuit 'Europees' perspectief worden gesteld.

Met het Duitse recht heeft het Nederlandse recht gemeen dat het algemene onrechtmatige daadsrecht in beginsel als bruikbaar toetsingskader wordt aangemerkt om de bescherming van fundamentele rechten vorm te geven en dat het niet naar oorsprong van de aansprakelijkheid gedifferentieerde schadevergoedingsrecht zich daar in beginsel evenzeer voor leent. Anders dan het Duitse recht kent het Nederlandse recht evenwel geen bijzondere grondwettelijke bron voor een sanctie met eigen karaktertrekken zoals de Duitse rechter die in verband met de bescherming van het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht' heeft geïntroduceerd.

De bijzondere aspecten van de bescherming van fundamentele rechten via het schadevergoedingsrecht en de overeenkomsten en verschillen met de Engelse en de Duitse aanpak nodigen uit tot een nader onderzoek van het Nederlandse recht op een aantal kernpunten. Ik ga daarom hierna achtereenvolgens kort nader in op de inbedding van de bescherming van fundamentele rechten in het Nederlandse civiele recht in het algemeen en iets uitvoeriger op enkele schadevergoedingsrechtelijke kwesties in het bijzonder.

4.2 Inbedding in het civiele recht

Over de doorwerking van fundamentele rechten in privaatrechtelijke verhoudingen is veel geschreven.³⁷ Steeds meer wordt duidelijk dat het hier niet alleen gaat om de formele aspecten van een beroep op grondrechten en mensenrechten (op welke rechten kan in welke verhoudingen onder welke omstandigheden een beroep worden gedaan?), maar ook om een materieelrechtelijke inpassing van een beroep op een fundamenteel recht in een privaatrechtelijke verhouding (hoe kan een beroep op een fundamenteel recht in een contractuele of buitencontractuele verhouding concreet recht worden gedaan?).

In verband met het laatste valt in de eerste plaats op dat het royale gebruik van open normen in het huidige recht naar zijn aard veel ruimte biedt voor

³⁶ Ongeacht of dit nu een mensenrechtelijke- of een EU-oorsprong heeft.

³⁷ Zie recentelijk uitvoerig T. Barkhuysen, M. van Emmerik & H.D. Ploeger, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht*, Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht 2005, Deventer: Kluwer 2005.

inpassing van een beroep op één of meer fundamentele rechten in een privaatrechtelijk geschil. Klassiek zijn inmiddels de afwegingen van het recht op vrijheid van meningsuiting tegen het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer in het kader van de vraag naar onrechtmatigheid van publicaties,³⁸ maar ook het contractenrecht blijkt met art. 6:2 en 6:248 BW en andere open normen een geschikt toetsingskader te bieden.³⁹

In de tweede plaats valt op dat het privaatrecht naast deze inpassing in bestaande civielrechtelijke figuren en constructies geleidelijk ook een eigen 'variant' van fundamentele rechten is gaan aanvaarden. Het gaat hier om subjectieve rechten die betrekking hebben op fundamentele persoonsbelangen en die plegen te worden aangeduid als persoonlijkheidsrechten.⁴⁰

Het gaat in beide gevallen om een vorm van inbedding van ogenschijnlijk 'systeemvreemde' rechtsfiguren in het privaatrecht, althans om de inpassing van fundamentele waarden die op het eerste gezicht geen privaatrechtelijke afkomst lijken te hebben. Dit laatste kan overigens worden betwijfeld, omdat verschillende fundamentele rechten juist lijken te zijn geïnspireerd door het privaatrecht en tenminste mede aan kernwaarden in het civiele recht (zoals autonomie en contractvrijheid) ten grondslag hebben gelegen. Juist deze gedachte pleit veeleer voor een 'inburgering' van fundamentele rechten in bestaande privaatrechtelijke figuren, dan hen aan te merken als 'vreemde eenden' die een eigensoortige behandeling verdienen in de privaatrechtelijke bijt. Zo bezien vormt de problematiek ook geen bedreiging voor de eenheid van het nationale schadevergoedingsrecht, maar veeleer een versteviging van de fundamentele van het privaatrecht. De meerwaarde van fundamentele rechten voor het privaatrecht ligt mijns inziens vooral in hun vermogen om hoogwaardige persoonsbelangen te articuleren en hen aldus in privaatrechtelijke verhoudingen tot (hun) recht te laten komen.⁴¹

4.3 Schadevergoedingsrechtelijke kwesties

Meer specifiek met betrekking tot het schadevergoedingsrecht roept de handhaving van fundamentele rechten enkele interessante vragen op. Zo is bijvoorbeeld de vraag of ons nationaalrechtelijke schadevergoedingsrecht voldoende

38 Zie uitvoerig Onrechtmatige daad VII (Schuijt), aant. 6 e.v.

39 Zie uitvoerig S.D. Lindenberg, 'Constitutionalisering van contractenrecht. Over de werking van fundamentele rechten in contractuele verhoudingen', *WPNR* 6602 (2004), p. 977-986.

40 Zie bijv. HR 15 april 1994, *NJ* 1994 m.nt. WH-S (Valkenhorst). Zie voorts uitvoerig S.D. Lindenberg, 'De positie en de handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Nederlandse privaatrecht', *Preadvies Vereniging voor de vergelijkende bestudering van het recht van België en Nederland* 1999, *TPR* 4-99, p. 1665-1707.

41 Zie uitvoerig S.D. Lindenberg, 'Constitutionalisation of Private Law in the Netherlands', in: Tom Barkhuysen & Siewert Lindenberg (ed.), *Constitutionalisation of Private Law*, Leiden 2005.

geëquipeerd is om de aanwijzingen en eisen die vanuit EU- en EVRM-hoek klinken recht te doen, maar ook hoe het Nederlandse schadevergoedingsrecht zelf schendingen van fundamentele rechten tegemoet treedt.⁴² Over deze problematiek is (heel) veel te zeggen. In het kader van deze bijdrage beperk ik mij tot enkele in het oog springende voorbeelden waarin de eenheid van het recht met betrekking tot schadevergoeding in het geding kan zijn.

4.3.1 Een EU-perspectief

Verschiedende nationale civielrechtelijke regelingen, zoals die inzake gelijke behandeling, productenaansprakelijkheid en de reisovereenkomst, steunen op EU-richtlijnen. Hun uitleg wordt aldus mede beïnvloed door Europeesrechtelijke aanwijzingen, die van betekenis kunnen zijn voor de toepassing van het nationale schadevergoedingsrecht.⁴³

In verband met het hier besproken onderwerp van de fundamentele rechten is illustratief dat vanuit EU-perspectief geldt dat bij schending van het recht op gelijke behandeling het nationale schadevergoedingsrecht zo dient te worden uitgelegd en toegepast dat het beschikt over voldoende ‘tanden’ (een ‘reële afschrikwekkende werking’), en geen wassen neus is (in een ‘passende verhouding tot de geleden schade’ staat). Een louter symbolische schadevergoeding zou niet beantwoorden aan de vereisten van een doeltreffende omzetting van de richtlijn in nationaal recht.⁴⁴ Bij de keuze van een passende oplossing om het doel van de richtlijn te verwezenlijken dienen de lidstaten erop toe te zien, dat schendingen van het gemeenschapsrecht volgens gelijke materiële en procedureregels worden bestraft als vergelijkbare en even ernstige schendingen van het nationale recht.⁴⁵

Hoewel het schadevergoedingsrecht in dergelijke gevallen dus ‘tanden’ moet hebben, mag wel onderscheid worden gemaakt tussen sollicitanten die slechts als gevolg van hun uitsluiting van de sollicitatieprocedure schade hebben geleden (waarbij de werkgever moet bewijzen dat de sollicitant de betrekking ook zonder discriminatie niet zou hebben gekregen), en sollicitanten die de te vervullen betrekking zouden hebben gekregen indien bij de selectie niet was gediscrimineerd. Aldus mag kennelijk een onderscheid worden

42 Zie over de samenloop van handhaving op EU-, EHRM- en nationaal niveau W. van Gerven, ‘Remedies for Infringements of Fundamental Rights’, *European Public Law*, Vol. 10, Issue 2, June 2004, p. 261 e.v.

43 Zie in dit verband over schadevergoedingsrechtelijke aspecten bij productenaansprakelijkheid HvJEG 10 mei 2001, *Jur.* 2001, p. II-1337; en over de reisovereenkomst HvJEG 12 maart 2002, C-168/00, *Jur.* 2002, p. I-02631 (Leitner/TUI Deutschland). Zie over dit onderwerp uitvoerig M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2001, p. 261 e.v.

44 HvJEG 10 april 1984, zaak 14/83, *Jur.* 1984, p. 1891 (Von Colson en Kamann); HvJEG 10 april 1984, zaak 79/83, *Jur.* 1984, p. 1921 (Harz); HvJEG 22 april 1997, zaak C-180/95, *Jur.* 1997, I-2195 (Draempaehl; NJ 1998, 435).

45 HvJEG 21 september 1989, zaak 68/88, *Jur.* 1989, p. 2965 (Commissie/Griekenland).

gemaakt tussen schade als gevolg van de rechtsschending als zodanig, ter zake waarvan de vergoeding mag worden gemaximeerd, en verdere schade als gevolg van de rechtsschending, ter zake waarvan de vergoeding niet mag worden gemaximeerd maar volgens het beginsel van volledige vergoeding moet worden afgewikkeld.⁴⁶

Voor het Nederlandse schadevergoedingsrecht brengt het voorgaande mee dat het recht op gelijke behandeling een dermate hoge waardering geniet, dat inbreuken daarop met behulp van het schadevergoedingsrecht serieus tegemoet moeten kunnen worden getreden. Dat betekent bijvoorbeeld dat – zeker in gevallen waarin vermogensschade van betekenis ontbreekt, bijvoorbeeld omdat degene die ten onrechte voor een betrekking werd afgewezen een andere baan heeft gevonden en slechts sollicitatiekosten als vermogensschade kan opvoeren – een sanctie in de vorm van vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade op zijn plaats is. Dat pleit ervoor om in deze gevallen het begrip ‘aantasting van de persoon’ in de zin van art. 6:106 lid 1 onder b BW aldus te interpreteren dat – ook bij afwezigheid van lichamelijk of geestelijk letsel – daaronder schendingen van het recht op gelijke behandeling worden verstaan.⁴⁷ Hoewel de Nederlandse wetgever hoge eisen heeft willen stellen aan het aannemen van een dergelijke persoonsaantasting, laat deze tot op zekere hoogte open norm⁴⁸ een dergelijke interpretatie toe.⁴⁹ Uit hierna te bespreken rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat deze inderdaad bereid is om de categorie ‘persoonsaantastingen’ aldus op te vatten dat schending van fundamentele rechten daar onder kan worden gevat, ook wanneer deze niet resulteert in enige vorm van letsel. Het recht op gelijke behandeling lijkt mij dermate zwaarwegend dat schending daarvan inderdaad als persoonsaantasting moet worden gekwalificeerd. De hiervoor geschetste Europeesrechtelijke eis om het recht op dit gebied van tanden te voorzien speelt daarbij wat mij betreft mede een rol. Daarmee is niet gezegd dat voor alle schendingen van fundamentele rechten dient te gelden dat zij als persoonsaantasting in de zin van art. 6:106 BW worden aangemerkt. Ik zou dit, geïnspireerd door het Duitse recht, willen laten afhangen van de aard van het in concreto geschonden recht, de wijze van schending, de ernst van de gevolgen en de vraag of een andere adequate sanctie bestaat.⁵⁰

Voorts kan de EU-eis consequenties hebben voor de omvang van een eventuele vergoeding. Een symbolisch bedrag – zoals in het in de inleiding

46 HvJEG 22 april 1997, zaak C-180/95, *Jur.* 1997, I-2195 (Draempaehl; NJ 1998, 435).

47 Zie reeds S.D. Lindenberg, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 169 en voorts meer uitvoerig Wissink, a.w., p. 261 e.v.

48 De ‘openheid’ wordt hier systematisch begrensd door art. 6:95 BW dat – op uitdrukkelijke wens van de wetgever – een gesloten stelsel van gevallen voorstaat. Zie nader Lindenberg 1998, a.w., Hfdst. 5.

49 Zie voor andere voorbeelden in verband met schending van fundamentele rechten nader onder 4.4.

50 Zie reeds Lindenberg 1998, a.w., p. 150 e.v. en 1999, a.w., p. 1691 e.v.

geschetste geval van toewijzing van *f* 1 – is vanuit dit perspectief uit den boze, omdat dit de wens tot handhaving onvoldoende recht zal doen.⁵¹ Wel mag een onderscheid worden gemaakt tussen de sanctionering van de schending als zodanig, en de vergoeding van de gevolgschade. Het is de vraag hoe deze gedachtegang in ons eigen schadevergoedingsrecht kan worden ingepast. Daarbij staat voorop dat het begrip schade naar zijn aard tamelijk rekbaar is, waardoor ook met betrekking tot de begroting van die schade aanzienlijke speelruimte bestaat. Nu is beslist verdedigbaar dat eenieder die is gediscrimineerd daardoor naar zijn aard enig nadeel zal hebben geleden, al was het maar in de vorm van ergernis, maar een forse vergoeding zal meestal niet door de omvang van dit feitelijke nadeel worden gerechtvaardigd. Wanneer er geen sprake is van substantiële ‘gevolgschade’ kan alleen een schadevergoeding van enige omvang worden toegewezen wanneer men de schending als zodanig kwalificeert als schade. Het in art. 6:95 BW gehanteerde schadebegrip laat daartoe tot op zekere hoogte wel ruimte in de term ‘ander nadeel dan vermogensschade’. Zowel in de Parlementaire Geschiedenis als door de Hoge Raad wordt in dit verband wel gesproken van het ‘geschokte rechtsgevoel’ van de benadeelde, dat op zichzelf als schade kan worden aangemerkt.⁵² Het begrip schade krijgt hiermee een bij uitstek normatieve invulling, maar dat is aan het recht niet vreemd. Wel verschiet de dragende gedachte achter de sanctie dan geleidelijk, maar uiteindelijk onontkoombaar van compensatie van feitelijke nadeel tot ‘zuivere’ rechtshandhaving, en nadert zij daarmee tenslotte de figuur van ‘punitive damages’.⁵³ Die figuur is in haar zuivere vorm aan ons schadevergoedingsrecht wezensvreemd en de invoering ervan wordt over het algemeen ook niet wenselijk geacht.⁵⁴ Of het EU-recht daar in de geschetste gevallen toe dwingt valt overigens te betwijfelen, omdat in de aangehaalde rechtspraak wordt gesproken van een vergoeding die in een ‘passende verhouding tot de geleden schade’ moet staan, hetgeen suggereert dat uiteindelijk toch de verhouding tot het geleden nadeel indicatief is voor de sanctie, terwijl juist op dit punt ook een maximering niet ontoelaatbaar wordt geacht.

Uit het voorgaande mag worden geconcludeerd dat het huidige Nederlandse schadevergoedingsrecht met behulp van welwillende interpretatie goed uit de voeten kan met de Europeesrechtelijke wens om het recht op gelijke behandeling met ‘tanden’ te handhaven. Een spanning kan binnen het Neder-

51 Aldus uitdrukkelijk HvJEG 10 april 1984, zaak 14/83, *Jur.* 1984, p. 1891 (Von Colson en Kamann); HvJEG 10 april 1984, zaak 79/83, *Jur.* 1984, p. 1921 (Harz); HvJEG 22 april 1997, zaak C-180/95, *Jur.* 1997, I-2195 (Draempaehl; NJ 1998, 435).

52 TM, *PG Boek* 6, blz. 377, EV I, *PG Boek* 6, blz. 387, HR 20 september 2002, NJ 2004, 112 m.nt. J.B.M. Vranken.

53 Zie over deze glijdende schaal beeldend A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. Amsterdam VU), Nijmegen 2002, p. 464 e.v. Zie over de gedachte van ‘punitive damages’ in dit verband AG-Koopmans, Concl. voor HR 29 november 1991, NJ 1993, 150 (Ambtenarenpensioen).

54 Zie voor literatuur *Schadevergoeding* (Lindenbergh), art. 106, aant. 8.

landse schadevergoedingsrecht ontstaan wanneer een sanctie wordt aanvaard die zuiver op handhaving is gericht en die moet worden aangemerkt als privaatrechtelijke boete. Het EU-recht lijkt een dergelijke stap evenwel niet te vergen. Ook overigens zie ik er vooralsnog geen aanleiding toe.

4.3.2 Een EVRM-perspectief

Waar vanuit EU-perspectief zich de vraag opdringt of ons schadevergoedingsrecht voldoende 'tanden' kan laten zien bij schending van fundamentele rechten, is het interessant om te zien dat vanuit EVRM-perspectief juist een heel andere gedachte opkomt. Op grond van art. 41 EVRM kan het Europese Hof voor de Rechten van de Mens een 'billijke genoegdoening' aan de benadeelde toekennen indien in geval van schending van het EVRM het nationale recht van een verdragsluitende staat slechts gedeeltelijk rechtsherstel biedt. Deze bepaling heeft geleid tot uitvoerige rechtspraak van het EHRM waarin werd aanvaard dat het hier gaat om een discretionaire bevoegdheid. Voorts is in vaste rechtspraak aanvaard dat vaststelling door het Hof van een schending van een fundamenteel recht reeds op zichzelf genoegdoening ('satisfaction') voor de benadeelde kan meebrengen.⁵⁵ Dit kan ertoe leiden dat een vergoeding geheel achterwege blijft, maar ook dat de omvang van een vergoeding relatief bescheiden kan blijven.⁵⁶

Het is de vraag of het Nederlandse (schadevergoedings)recht ook voor deze gedachten een voedingsbodem biedt. Heeft de civiele rechter een discretionaire bevoegdheid ten aanzien van de toewijzing van een schadevergoeding na schending van een fundamenteel recht? Mag hij bij de begroting van een dergelijke schadevergoeding acht slaan op het feit dat hij ook al de schending als zodanig heeft vastgesteld? En hoe verhouden deze kwesties zich eigenlijk tot de Nederlandse rechtspraak waarin een 'zuiver emotioneel belang' wordt aangemerkt als onvoldoende belang in de zin van art. 3:303 BW?⁵⁷

Ten aanzien van de eerste kwestie (discretionaire bevoegdheid) geldt als uitgangspunt dat de verplichting tot en het recht op schadevergoeding ontstaan op het moment dat aan alle door de wet gestelde constitutieve vereisten voor aansprakelijkheid is voldaan. Aldus komt op de aansprakelijke een verbintenis

55 Zie bijv. EHRM 27 september 1995, *Reports* 1996-I, 97 (McCann/Verenigd Koninkrijk), par. 219. Zie voor een uitgebreid overzicht van jurisprudentie op dit punt D. Shelton, *Remedies for international human rights law*, Oxford: Oxford University Press 2005, p. 259-260.

56 Wie overigens meent dat dit betekent dat de schadevergoeding op basis van art. 41 EVRM vooral een symbolische kwestie is, heeft het bij het verkeerde eind, zoals blijkt uit recente rechtspraak waarin het Hof laat zien schendingen van art. 6 EVRM (redelijke termijn) ook financieel serieus te nemen en aanwijzingen geeft voor de begroting van dergelijke schade. Zie EHRM 10 november 2004, *JB* 2005/1 m.nt. AMJL, *AB* 2005, 257 m.nt. T. Barkhuysen (Riccardi/Pizzati/Italië).

57 HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998, 853 (Jeffrey) en HR 5 november 1999, *NJ* 2000, 63 m.nt. A.R. Bloembergen (nietigverklaring huwelijk).

tot schadevergoeding te rusten en ontstaat in het vermogen van de gelaedeerde een vermogensrecht, ongeacht of zich daarover een rechter heeft uitgelaten. Hoewel ten aanzien de vergoeding van immateriële schade in het Ontwerp Meijers aanvankelijk een ander stelsel werd voorgestaan,⁵⁸ is in een later stadium uitdrukkelijk gekozen voor de huidige bepaling, die niet het *bestaan* van het recht op vergoeding, maar alleen de vaststelling van de *omvang* aan het billijkheidsoordeel van de rechter overlaat.⁵⁹ Niettemin heeft de Hoge Raad betrekkelijk recentelijk in een geval van belediging geoordeeld dat de rechter bij de begroting van de immateriële schade een discretionaire bevoegdheid heeft, die inhoudt dat hij met alle omstandigheden van het geval rekening moet houden, maar dat hij ook de bevoegdheid heeft om, indien hij daartoe gronden aanwezig oordeelt, geen schadevergoeding toe te kennen.⁶⁰ Het arrest is terecht stevig bekritiseerd door annotator Brunner, die aangeeft dat deze uitspraak niet in lijn is met hetgeen de parlementaire geschiedenis op dit punt voorstond, omdat zij suggereert dat de discretionaire bevoegdheid niet alleen de vaststelling van de omvang, maar ook de kwestie of een recht op vergoeding bestaat omvat. De door de Hoge Raad gekozen route acht ook ik weinig fraai.⁶¹ Indien men in een dergelijk geval een schadevergoeding rehtens niet passend acht, ligt het veeleer voor de hand om dat te motiveren met de gedachte dat het gedrag in de gegeven omstandigheden niet onrechtmatig was⁶² (van een kind dat zijn vader voor 'boeren...' of moeder voor '...wijf' uitmaakt kan toch bezwaarlijk worden gezegd dat het aansprakelijk is uit onrechtmatige daad), dan wel dat dit geen persoonsaantasting in de zin van art. 6:106 BW oplevert. Juist bij persoonsaantastingen zoals schending van eer en goede naam, maar ook in bepaalde gevallen van schending van (andere) fundamentele rechten, ligt de nadruk veeleer op de handeling van de laedens dan (zoals bij persoonsaantastingen als lichamelijk en geestelijk letsel) op de gevolgen voor de benadeelde.⁶³ Dit biedt de mogelijkheid om dat handelen als zodanig op al zijn merites te beoordelen en daarin ook de wenselijkheid van het in

58 PG Boek 6, p. 377: 'Voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, kan de rechter op vordering van de benadeelde naar billijkheid, rekening houdende met alle omstandigheden, schadevergoeding toekennen (...)'.

59 G.O., PG Boek 6, p. 380: 'De aanhef van het eerste lid is in het gewijzigd ontwerp enigszins anders geformuleerd, zulks zowel ter verkrijging van een simpeler redactie als om duidelijker te doen uitkomen dat de benadeelde in beginsel recht op de hier bedoelde schadevergoeding heeft en dat zijn desbetreffende vordering dus niet afhankelijk is van een – constitutieve – uitspraak van de rechter.'

60 HR 27 april 2001, NJ 2002, 91, m.nt. CJHB.

61 Het lijkt er overigens op dat de Hoge Raad veeleer het hofarrest heeft willen 'redden' dan een principiële uitspraak te willen geven.

62 Zie over het feit dat in gezinsverband tot op zekere hoogte andere normen gelden A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, 'Onrechtmatige daad in de relatie ouder-kind' in: *Als een goed huisvader*, Nieuwenhuis-bundel, Deventer: Kluwer 1992, p. 133 e.v. en E. Engelhard, T. Hartlief en G.E. van Maanen (red.) *Aansprakelijkheid in gezinsverband*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

63 Zie nader Lindenberg 1998, a.w., p. 156.

de gegeven omstandigheden aannemen van een vergoeding te betrekken. Wanneer men dan een persoonsaantasting aanneemt, komt het gewrongen over om vervolgens een schadevergoeding af te wijzen. Het gaat hier om rechtsoordelen waarbij de rechter ten aanzien van de waardering van de feiten een zekere speelruimte heeft, maar een discretionaire bevoegdheid in de zin van volledige beleidsvrijheid is dat niet.⁶⁴ Ik zie ook overigens geen aanleiding om ten aanzien van de vraag of bij schending van fundamentele rechten schadevergoeding op zijn plaats is een discretionaire bevoegdheid van de rechter aan te nemen. Het recht lijkt mij veeleer gebaat bij een gemotiveerd en toetsbaar oordeel welke schendingen van fundamentele rechten onder welke omstandigheden als persoonsaantasting worden aangemerkt.

Ten aanzien van het tweede aspect (declaratoir biedt reeds genoegdoening) lijkt het in de praktijk van het EHRM te gaan om een creatieve formule waarmee het Hof in allerlei zaken om uiteenlopende redenen, die het Hof overigens meestal niet expliciteert,⁶⁵ een schadevergoedingsvordering afserveert.⁶⁶ In die zin doet de kwestie denken aan het klassieke verhaal van de kok die van een zwerver schadevergoeding vorderde omdat deze de heerlijke geuren uit zijn keuken had opgesnoven, en waarover de rechter oordeelde dat de eiser genoeg moest nemen met het geluid van een rinkelende geldbuidel.⁶⁷ Het is een gedachte die aanspreekt vanwege haar symbolische kracht, maar waarvan men de betekenis voor het schadevergoedingsrecht niet moet overschatten. Zeker wanneer een schending in vermogensschade of ander feitelijk nadeel zoals letsel heeft geresulteerd, zal men bezwaarlijk kunnen aannemen dat dat nadeel door een vaststelling van de schending in rechte wordt verminderd of weggenomen.⁶⁸ Met genoegdoening betaalt de benadeelde nu eenmaal geen rekeningen. Bovendien heeft de gedachte dat de eiser met een dergelijke uitspraak letterlijk genoeg moet nemen iets paternalistisch en is het ook maar de vraag of het in feite zo 'werkt'.⁶⁹ Niettemin spreekt het tot de verbeelding dat met een uitspraak door het rechterlijk gezag een schending als zodanig wordt 'rechtgezet'. Wanneer men dat met schadevergoeding associeert, zou

64 Men kan zich ook afvragen of de Hoge Raad een 'echte' discretionaire bevoegdheid op het oog had, nu hij met de woorden 'indien hij daartoe gronden aanwezig oordeelt' kennelijk een zekere motivering vergt.

65 Zie voor een overzicht van zeer uiteenlopende typen gevallen waarin het Hof deze gedachte volgt Van Emmerik 1997, p. 140 e.v.

66 Zie daarover uitvoerig en kritisch (met name over het gebrek aan motivering door het Hof) Van Emmerik 1997, p. 139.

67 Il novellino, Florence ca. 1280-1300, verhaal nr. 9. Zie hierover A.R. Bloembergen in: J. Spier en W.A.M. van Schendel (red.), *Schadevergoeding: een eeuw later, bundel opstellen aangeboden aan mr. A.R. Bloembergen*, Deventer: Kluwer 2002.

68 Het EHRM heeft overigens ook aangegeven dat de formule niet mag worden toegepast wanneer het gaat om door de klager gemaakte kosten. Zie EHRM 6 november 1980, A-38, par. 16 (Sunday Times/Verenigd Koninkrijk).

69 Zie over de verhouding tussen andere sancties (ook strafrechtelijke) en het smartengeld Lindenberg 1998, a.w., p. 14 en 257.

kunnen worden aangenomen dat dit de immateriële schade raakt die bestaat uit het ‘geschokte rechtsgevoel’.⁷⁰ In gevallen waarin de schending van geringe betekenis is en er verder geen schade is geleden, zoals bijvoorbeeld bij schending van bepaalde procedurele rechten, acht ik het geen bezwaar om een vergoeding met een dergelijke gedachtegang achterwege te laten. Ik zou dit dan niet willen zien als een afzonderlijke grond voor afwijzing van een schadevergoeding, maar zou het beter vinden om in dergelijke gevallen te oordelen dat de schending en haar gevolgen onvoldoende ernstig zijn om te kunnen worden aangemerkt als een persoonsaantasting in de zin van art. 6:106 BW. In het licht van het bovenstaande acht ik de uitspraak van de Hoge Raad in een Bopz-zaak uit 1996 ongelukkig.⁷¹ In dat geval, dat ging over een verdring tot schadevergoeding vanwege een beschikking tot dwangverpleging die niet volgens alle wettelijke vereisten was genomen, oordeelde de Hoge Raad enerzijds dat de rechter bij de toekenning van een billijke vergoeding op de voet van art. 35 Bopz (dat de strekking heeft recht te doen aan art. 5 lid 5 EVRM) niet gebonden is aan de grenzen voor de toekenning van een vergoeding voor ander nadeel dan vermogensschade, vervat in art. 6:106 BW. Anderzijds oordeelde de Hoge Raad dat er rekening mee moet worden gehouden dat in de enkele vaststelling van de schending van de betrokken voorschriften reeds een zekere genoegdoening is gelegen. Mijn kritiek is dat de Hoge Raad hier te makkelijk afstand neemt van het stelsel van de art. 6:95 en 106 BW, omdat een dergelijke schending juist heel wel in het kader van art. 6:106 BW kan worden beoordeeld en er geen reden is om daarbuiten een bijzonder regime voor schendingen van EVRM-rechten te creëren,⁷² maar ook dat de Hoge Raad niet aangeeft wat de betekenis is van het gebruik van de ‘declaratoir-formule’.

Ten slotte komt de vraag op hoe de gedachte dat met een rechterlijke uitspraak als zodanig reeds enige genoegdoening wordt bewerkstelligd, zich verhoudt tot het oordeel van de Hoge Raad dat een zuiver emotioneel belang geen voldoende belang is in de zin van art. 3:303 BW.⁷³ Hoewel deze gedachten met elkaar op gespannen voet staan, gaat het hier volgens mij om verschillende zaken. De eerste kwestie (de ‘declaratoir-formule’) betreft de *werking* die rechtens aan een uitspraak wordt toegedicht. De tweede kwestie (zuiver emotioneel belang) betreft het *motief* van de eiser om toegang tot de rechter te vragen teneinde een verklaring voor recht te vorderen. Wanneer dat motief ‘zuiver emotioneel’ is, is dat – kennelijk⁷⁴ – een onvoldoende belang om

70 Zie reeds in deze zin C.J.J.C. Van Nispen, *Het rechterlijk verbod en bevel* (diss. Leiden), Deventer 1978, p. 125-129.

71 HR 13 december 1996, *NJ* 1997, 682 m.nt. JdB.

72 Zie Lindenberg 1998, a.w., p. 77 e.v.. Zie voorts nader hierna.

73 HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998, 853 (Jeffrey) en HR 5 november 1999, *NJ* 2000, 63 m.nt. A.R. Bloembergen (nietigverklating huwelijk). Vgl. ook H.J. Snijders, ‘Proces- en (rechts)belang in civilibus, van Jeffrey naar de mediatie’, *BWKJ* 2001, p. 9-26.

74 De uitspraak van de Hoge Raad is uitvoerig bekritiseerd en het lijkt me niet ondenkbaar dat de Raad er op terugkomt, althans haar nuanceert.

toegang tot de rechter te krijgen. In gevallen van schending van een fundamenteel recht zal de kwestie praktisch kunnen worden ondervangen door steeds (tevens) een vordering tot schadevergoeding te formuleren, zodat in ieder geval een voldoende belang is gesteld.⁷⁵ Niettemin kan de kwestie opkomen wanneer de eiser juist genoeg wenst te nemen met een verklaring voor recht dat een fundamenteel recht is geschonden. Ik vind het in dat geval niet goed met elkaar te rijmen om enerzijds te aanvaarden dat de eiser aan de vaststelling van een schending door de rechter een zekere genoegdoening ontleent, en anderzijds vol te houden dat de enkele wens om een rechtsschending door de rechter vastgesteld te zien – ook al berust die op emotionele motieven, zoals de wens genoegdoening te verkrijgen – een onvoldoende belang is. Het motief om een eigen recht te handhaven kan als zodanig toch moeilijk als onvoldoende worden ge(dis)kwalificeerd. De hoge waarde van fundamentele rechten en het belang bij handhaving daarvan brengt in dit verband volgens mij mee dat de vordering van een eiser die expliciet genoeg neemt met een verklaring dat zijn recht is geschonden (en dus niet ook schadevergoeding vordert) niet snel op de afwezigheid van een voldoende belang in de zin van art. 3:303 BW mag afstuiten.⁷⁶

Het geschetste EVRM-perspectief (de rechter heeft bij schending van fundamentele rechten een discretionaire bevoegdheid om schadevergoeding toe te wijzen en mag deze achterwege laten of verminderen vanuit de gedachte dat de vaststelling van de schending reeds leidt tot genoegdoening) vindt in het Nederlandse schadevergoedingsrecht derhalve geen vruchtbare voedingsbodem. Is eenmaal voldaan aan de vereisten die de wet stelt aan het bestaan van een recht op schadevergoeding, dan ontstaat dat recht van rechtswege en past te dien aanzien een discretionaire bevoegdheid van de rechter niet goed in ons recht. Dat neemt niet weg dat de rechter ten aanzien van de vraag of in een concreet geval sprake is van een persoonsaantasting als bedoeld in art. 6:106 BW wel een zekere beoordelingsvrijheid heeft. De ‘declaratoir-formule’ past als zodanig evenmin goed in ons schadevergoedingsrecht. Het daarmee beoogde doel (afwijzing van de vordering) kan beter bereikt worden met een inhoudelijke motivering, die bijvoorbeeld kan inhouden dat de schending en haar gevolgen onvoldoende ernstig zijn om een persoonsaantasting in de zin van art. 6:106 BW aan te nemen. Dit neemt niet weg dat een rechterlijke uitspraak dat een fundamenteel recht is geschonden als zodanig kan bijdragen aan de handhaving van dergelijke rechten. De eiser die deze route kiest zal, in verband met het belang van de handhaving van zijn fundamentele rechten

75 Daarbij is relevant dat volgens het EHRM de kosten van rechtsbijstand die nodig zijn om de schending van een fundamenteel recht vast te stellen voor volledige vergoeding in aanmerking kunnen komen. Vgl. EHRM 21 februari 1990, *NJ* 1991, 624 m.nt. EAA en EHRM 27 september 1990, *NJ* 1991, 625 m.nt. EAA.

76 Men zou zich zelfs kunnen afvragen of een niet-ontvankelijkheidsoordeel hier niet in strijd komt met het fundamentele beginsel van hoor en wederhoor.

niet snel mogen worden tegengeworpen dat zijn belang niet ‘voldoende’ is in de zin van art. 3:303 BW.

4.4 (Verdere) Nederlandse ontwikkelingen

Intussen kan ook in het eigen aansprakelijkheidsrecht een ontwikkeling worden gesignaleerd die verband houdt met de handhaving van fundamentele rechten. Nadat de weg daartoe in de literatuur al uitvoerig was verkend,⁷⁷ heeft de Hoge Raad recentelijk uitdrukkelijk aanvaard dat schending van een fundamenteel recht als zodanig een grond kan vormen voor het aannemen van een recht op schadevergoeding. Zo is in 2003 door de Hoge Raad aanvaard dat ernstige schending van de persoonlijke levenssfeer kan worden gekwalificeerd als ‘aantasting van de persoon’ die een recht op smartengeld meebrengt en dat daarvoor het aanwezig zijn van geestelijk letsel geen vereiste vormt.⁷⁸ In dezelfde lijn heeft de Hoge Raad in de wrongful life-zaak aanvaard dat een medische fout waardoor ouders de mogelijkheid is ontnomen om geïnformeerd over hun voortplanting te beslissen een aantasting vormt van hun recht op ‘zelfbeschikking’ en op die grond een recht op smartengeld rechtvaardigt.⁷⁹ Deze ontwikkeling lijkt geïnspireerd door het eerder geschetste Duitse recht, waarin ook de schending van het ‘allgemeine Persönlichkeitsrecht’ als zodanig wordt aangemerkt als zelfstandige grond voor een recht op ‘Schmerzensgeld’. Zij is interessant omdat zij laat zien dat de Hoge Raad de handhaving van fundamentele rechten met behulp van het schadevergoedingsrecht serieus neemt. Zij is ook van belang omdat zij laat zien dat het eigen schadevergoedingsrecht zich (vooral via art. 6:106 BW) leent voor inpassing van een dergelijke sanctie, zodat er geen aanleiding is om, zoals de Hoge Raad in een geval van schending van een fundamenteel recht eerder wel heeft gedaan, afstand te nemen van het kader van art. 6:106 BW.⁸⁰

De geschetste ontwikkeling roept de vraag op aan de hand van welke factoren in een dergelijk geval de omvang dient te worden vastgesteld. De rechtspraak van het Hof van Justitie voor de Europese Gemeenschap laat zien dat hier kan worden onderscheiden tussen de schade die het gevolg is van de schending als zodanig, en overige schade. De aard en functie van de schadevergoeding wegens de schending als zodanig zijn anders (namelijk meer gericht op sanctionering of erkenning) dan de aard van de vergoeding van

77 Vgl. Lindenbergh 1998, a.w., Hfdst 5, alsmede 1999, a.w., p. 1693, A.J. Verheij 2002, a.w., p. 487 e.v.

78 HR 9 juli 2004, *NJ* 2005, 391 m.nt. JBMV (Groningen/Lammerts).

79 HR 18 maart 2005, *RvdW* 2005, 42 (wrongful life). Zie over de interpretatie van (onder veel meer) dit aspect T. Hartlief, ‘Hollandse toestanden: de Hoge Raad over ‘wrongful life’’, *NTBR* 2005, p. 238 e.v. Zie voor het oude recht nog afwijzend in een geval van wrongful birth HR 9 augustus 2002, *RvdW* 2002, 132.

80 HR 13 december 1996, *NJ* 1997, 682 m.nt. JdB.

de gevolgen (waarbij veeleer concreet herstel en compensatie vooropstaan), hetgeen van betekenis kan zijn voor de omvang van de vergoeding. In dit verband is illustratief dat het Arnhemse Hof dat schadevergoeding toeweest aan een moeder van twee (door de vader) ontvoerde kinderen oordeelde dat, nu de toewijzing van immateriële schade op een andere grond was komen te rusten dan in eerste instantie (niet geestelijk letsel, maar schending van de persoonlijke levenssfeer), de omvang van het toe te wijzen bedrag opnieuw diende te worden beoordeeld.⁸¹ Illustratief is in dit verband ook de wrongful life-zaak, waarbij de vraag opkomt of bij de begroting van het smartengeld onderscheid mag worden gemaakt tussen beide ouders, nu de Hoge Raad zo benadrukt dat hun recht op smartengeld stoelt op de schending van een fundamenteel recht op zelfbeschikking dat aan beide ouders toekomt.⁸² Ook wanneer men voor beide ouders een dergelijk recht aanneemt vind ik het verdedigbaar dat schending jegens de één anders wordt gewaardeerd dan schending jegens de ander, bijvoorbeeld omdat kan worden aangenomen dat de schending jegens de moeder als ernstiger wordt aangemerkt of haar in casu zwaarder treft. De Hoge Raad suggereert mijns inziens overigens ook dat bij schending van fundamentele rechten allerlei differentiaties denkbaar zijn, door in de wrongful life-zaak te spreken van 'een zo ingrijpende aantasting' van 'een zo fundamenteel recht'. Men kan differentiatie in de omvang van de vergoeding overigens ook nog tot uitdrukking brengen via een waardering van de gevolgen, zoals het geestelijk letsel dat de moeder volgens de rechtbank en het Hof had opgelopen. Dan kan men opteren voor een vergoeding wegens de schending als zodanig, die voor beide ouders gelijk kan (maar niet hoeft te) zijn en een 'additionele'⁸³ vergoeding voor de moeder vanwege de ernstigere gevolgen die zij in feite ondervond. Ten slotte is nog interessant in hoeverre voor de vraag of een vergoeding wegens de schending als zodanig op haar plaats is, meeweegt dat de ernst van de (totale) gevolgen reeds tot een forse schadevergoeding aanleiding geeft. Men kan dan immers zeggen dat er aan een bijzondere sanctionering van de schending als zodanig vanuit een oogpunt van handhaving minder behoefte bestaat. Hier toont zich evenwel dat de vergoeding in dergelijke gevallen twee gezichten heeft. Enerzijds dient zij er toe de schending te sanctioneren, anderzijds kan worden aangenomen dat zij, juist omdat zij doorgaans alleen bij ernstige schendingen zal worden opgelegd, tevens zal dienen om de daardoor geleden immateriële schade te compenseren. De rechter zal in gevallen van dit type met behulp van toewijzing van concrete bedragen een weg moeten uitzetten om aan deze gezichtspunten recht te doen.

81 Hof Arnhem 22 maart 2005, LJN AT2244.

82 Zie voor verdere vragen die de toewijzing aan de ouders in de wrongful life-zaak in dit verband oproept T. Hartlief, *NTBR* 2005, p. 239-240.

83 In feite zal dit element in de begroting van de totale vergoeding opgaan, zodat geen sprake is van afzonderlijke vergoedingen.

Ten behoeve van de rechtsontwikkeling verdient het aanbeveling dat hij zich in de motivering zoveel mogelijk rekenschap geeft van zijn beweegredenen.

5 AFRONDING

Een verkenning van de wijze waarop in het Duitse en Engelse recht met behulp van het schadevergoedingsrecht op schending van fundamentele rechten wordt gereageerd laat zien dat deze problematiek aanleiding geeft tot eigensoortige toepassingen van het schadevergoedingsrecht die instructief kunnen zijn voor ons recht. Voorts plaatsen 'Europese' (EU- en EVRM-) invalshoeken op dit gebied ons schadevergoedingsrecht voor nieuwe inzichten en vragen. Intussen voltrekt zich in het eigen schadevergoedingsrecht een ontwikkeling die inhoudt dat schendingen van fundamentele rechten meer serieus worden genomen. Deze invalshoeken en ontwikkelingen roepen de vraag naar de eenheid en coherentie van het schadevergoedingsrecht op, maar brengen bij nadere bestudering vooral de spankracht ervan aan het licht.

Het Nederlandse schadevergoedingsrecht is, zoals alle Europese stelsels, van origine sterk georiënteerd op herstel van feitelijke beschadiging en compensatie van resterend verlies. In geval van schending van fundamentele rechten kan dat denkkader soms onvoldoende soelaas bieden om tot een adequate sanctionering te komen, met name wanneer het feitelijke nadeel op zichzelf te gering is om een vergoeding te rechtvaardigen, terwijl daaraan vanuit een oogpunt van handhaving niettemin behoefte bestaat. Het schadevergoedingsrecht laat evenwel voldoende ruimte om voor een meer normatieve invulling van het begrip schade te kiezen en aldus het aspect van de schending van een fundamenteel recht als zodanig recht te doen. De rechter kan onder omstandigheden reeds vanwege de enkele schending van een dergelijk recht een schadevergoeding toewijzen en kan het feit dat een fundamenteel recht is geschonden ook in de omvang van de vergoeding tot uitdrukking brengen. Aldus kan met behulp van een welwillende interpretatie van het schadevergoedingsrecht gehoor worden gegeven aan de wensen en eisen die met betrekking tot de handhaving van fundamentele rechten vanuit Luxemburg en Straatsburg klinken.

In de rechtspraak van de Hoge Raad valt de tendens waar te nemen dat de sanctionering van de schending van fundamentele rechten met behulp van schadevergoeding serieus wordt genomen. Wel vergt de toepassing van het schadevergoedingsrecht hier nog verdere bezinning, vooral waar het gaat om de vraag onder welke omstandigheden een recht op schadevergoeding dient te worden aanvaard en aan de hand van welke factoren en op welke omvang de vergoeding in concrete gevallen dient te worden vastgesteld. In het verleden heeft de Hoge Raad waar het ging om de schending van een fundamenteel recht soms te gemakkelijk afstand genomen van het stelsel van het eigen schadevergoedingsrecht, terwijl dat niet nodig was. Het verdient uit een

oogpunt van eenheid van het recht de voorkeur om de mogelijkheden van het eigen schadevergoedingsrecht verder te exploreren, juist omdat het daartoe voldoende mogelijkheden biedt. Daarmee is overigens niet gezegd dat iedere schending van ieder als fundamenteel aan te merken recht steeds een aanzienlijke schadevergoeding rechtvaardigt. Zorgvuldig zal moeten worden bezien of schadevergoeding inderdaad op haar plaats is, maar ook of andere sancties, zoals bijvoorbeeld een verklaring voor recht, adequaat zijn. De weg die de Hoge Raad heeft ingeslagen met zijn rechtspraak inzake 'voldoende belang' verdient in dit verband bijvoorbeeld heroverweging.

Mijn conclusie is dat het Nederlandse schadevergoedingsrecht niet alleen in staat is een adequate reactie te bieden op schendingen van fundamentele rechten, maar dat het ook voldoende mogelijkheden biedt om recht te doen aan hetgeen op dat punt vanuit EU- en EVRM-perspectief als wenselijk wordt gezien. Wel ligt er een aanzienlijke uitdaging voor de rechter om de bescherming van fundamentele rechten met behulp van de geschetste uitgangspunten in concrete gevallen recht te doen. Dat is in dit verband met name cruciaal, omdat veel afhangt van rechterlijke waardering én van de wijze waarop die in de uitspraak tot uitdrukking wordt gebracht.

17 | De invloed van artikel 1 van het eerste aanvullende protocol EVRM op het Nederlandse recht

J.F.M. Janssen[■]

1 INLEIDING

In deze bijdrage staat centraal de vraag welke invloed van het Europees recht uitgaat op ons nationale recht. Dit thema wordt nagenoeg uitsluitend belicht vanuit het perspectief van art. 1 van het Eerste Aanvullende Protocol van het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM).¹ Oorzaak van deze invloed op ons recht is art. 94 Gw.

Art. 120 Gw. verbiedt de rechter te treden in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen. De rechter kan derhalve, voorzover hier van belang, formele wetten nimmer aan de grondwet toetsen, laat staan aan algemene rechtsbeginselen.² Formele wetten zijn echter niet onaantastbaar, omdat ingevolge art. 94 Gw. binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften geen toepassing vinden, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Zo'n een ieder verbindend verdrag is het EVRM.

Art. 94 Gw. is niet aan dovemansoren gezegd. De advocatuur weet steeds vaker de weg naar Straatsburg te vinden, waar het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) zetelt, om formele wetten te laten toetsen aan, voorzover hier van belang, art. 1 Protocol. De verklaring hiervoor moet waarschijnlijk mede worden gezocht in de zeer ruime opvatting waarvan het EHRM ten aanzien van dit artikel blijkt geeft waar het betreft het hierin opgenomen begrip eigendom (zie hierna nr. 2.2).

■ J.F.M. Janssen is universitair docent afdeling burgerlijk recht, Universiteit Leiden.

1 Hierna verkort aangeduid met art. 1 Protocol.

2 Zie HR 14 april 2000, *NJ* 2000, 713 m.nt. ARB (Kooren-Maritiem/Staat), rov. 3.4.1, waarin wordt verwezen naar het bekende Harmonisatiearrest (HR 14 april 1989, *NJ* 1989, 469, m.nt. MS). In zijn uitspraak van 24 januari 2001, *AB* 2001, 81 m.nt. FP overweegt de CRvB met zoveel woorden de Hoge Raad in diens opvatting te volgen formele wetten niet aan algemene rechtsbeginselen te kunnen toetsen. Ook het EHRM kan niet rechtstreeks toetsen aan rechtsbeginselen, omdat het gebonden is aan de verdragsbepalingen als referentienormen, maar integreert deze rechtsbeginselen in art. 1 Protocol. Voorbeelden hiervan zijn de in noot 60 genoemde uitspraken. Zie over deze benadering: P. Popelier, 'De aansprakelijkheid van de wetgever wegens schending van het rechtszekerheidsbeginsel', *Rechtskundig Weekblad* 61 (1997-1998), p. 264 e.v.

De Nederlandse tekst van art. 1 Protocol luidt:³

‘Iedere natuurlijke of rechtspersoon heeft recht op het ongestoord genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht.

De voorgaande bepalingen tasten echter op geen enkele wijze het recht aan, dat een Staat heeft om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren.’

Vergelijkt men de Nederlandse tekst met de Engelse versie van de verdrags-tekst,⁴ dan valt één markant verschil op: in de Engelse versie wordt in het eerste lid gesproken van ‘possessions’ en in het tweede lid van ‘property’. Nog grilliger is de Franse tekst, waarin in hetzelfde lid – het eerste – twee verschillende begrippen worden gebruikt: ‘biens’ en ‘propriété’.⁵ De Nederlandse tekst doet het weer anders en gebruikt in de beide leden consequent één en hetzelfde begrip, te weten: ‘eigendom’. Het terminologische verschil kan mijns inziens niet worden verklaard doordat ‘use’ logisch slechts ‘property’ zou veronderstellen.⁶ Zoals nog zal blijken valt ook bijvoorbeeld een jachtrecht onder ‘possessions’ en ook dat leent zich heel wel voor ‘use’. De Franse tekst is in *dit* opzicht beter en spreekt dan ook terecht van l’usage des biens en niet van l’usage de propriété.

Hetzelfde verdrag, maar drie verschillende teksten. De achtergrond van deze tekstuele verschillen viel niet te achterhalen en dus ook niet waarom in de Nederlandse tekst niet het equivalent van de tandem possessions/property of biens/propriété, derhalve bezittingen/eigendom is gebruikt. Wat hiervan verder zij, onmiskenbaar is ‘possessions’, om mij te beperken tot de Engelse versie, een ruimer begrip dan ‘property’ en in de uitspraken van het EHRM

3 Eerste Aanvullende Protocol, Parijs, 20 maart 1952, Wet van 13 mei 1955, BS, 19.VIII.1955.

4 De Engelse tekst luidt: ‘1. Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by general principles of international law. 2. The preceding provisions shall not, however in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties’.

5 De Franse tekst luidt: ‘1. Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul peut être privé de sa propriété que pour cause d’utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. 2. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu’ils jugent nécessaires pour réglementer l’usage des biens conformément à l’intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d’autres contributions ou des amendes’.

6 Vergelijk de formulering van ons art. 5:1 lid 2 BW.

valt op dat steeds wel 'possessions', maar nimmer 'property' wordt genoemd voorzover het gaat om het bereik van art. 1 Protocol.⁷

Een tweede, mogelijke verklaring voor het feit dat de weg naar Straatsburg enorm populair is geworden, is het internet.⁸ De vele verwijzingen in deze bijdrage naar websites zijn hiervan een illustratie. Wie met een van de tientallen zoekmachines⁹ internet aftast, wordt onthaald op een ware lawine aan binnen- en buitenlandse (rechts)zaken, die getuigen van een rijke verscheidenheid aan onderwerpen en die talrijke rechtsgebieden bestrijken. Ook lopende zaken worden op het net gezet.¹⁰

Inmiddels dreigt het Hof onder zijn eigen succes te bezwijken en kan in ieder geval in kwantitatief opzicht art. 1 Protocol als groeifonds worden aangemerkt.¹¹ In 2004 zijn ongeveer 45.000 zaken aangebracht, 16 procent meer dan in 2003, reden waarom Hofpresident Luzius Wildhaber een dringend beroep heeft gedaan op de lidstaten om het veertiende protocol, dat voorziet in een reductie van de werklast van het Hof, te ratificeren. In 2004 werden ruim 20.000 klachten niet ontvankelijk verklaard en deed het Hof 718 uitspraken. In 588 daarvan was sprake van meervoudige schending van het Protocol.¹²

Om een indruk te geven van wat zoal in het kader van art. 1 Protocol op de verschillende rechtsgebieden voorbij komt, noem ik zonder de geringste pretentie van volledigheid twee categorieën gevallen, waarin achtereenvolgens door de verschillende hoogste Nederlandse rechtscolleges c.q. het EHRM aan art. 1 Protocol is getoetst respectievelijk waarin de mogelijke onverenigbaarheid

7 Hetzelfde geldt voor de Hoge Raad, die de begrippen possessions/biens als Siamese tweeling hanteert (zie bijvoorbeeld het in nr. 3.2.1 besproken arrest van 7 maart 2003, nr. 36.621, *LJN AD9721*) en voor de CRvB (zie diens uitspraak van 5 december 2003, *RSV 2004*, 219).

8 Naast bekende websites als <www.jwb.nl> en <www.rechtspraak.nl> is een informatieve, voornamelijk door (oud) rechters onderhouden website: <http://home.hetnet.nl/~clemens7/database.htm> (Corpus Doctum). Voor milieuzaken is <<http://www.milieuom.nl/index89.htm>> de aangewezen site, voor uitspraken van het EHRM en voorzien van een krachtige zoekfunctie: <www.echr.coe.int> en voor die van het Hof van Justitie EU: <<http://curia.eu.int/nl/index.htm>>.

9 Om een aantal te noemen: <www.altavista.com>, <www.aol.com>, <www.google.com>, <www.hotbot.com>, <www.ilse.nl>, <www.kolibri.de>, <www.linuxsearch.de>, <www.search.com>, <www.search.findtarget.com>, <www.vinden.nl>, <www.webcrawler.com>, <www.yahoo.com>. De hitverschillen zijn bij gelijke parameters soms enorm.

10 Een markant voorbeeld is de procedure van internetprovider XS4ALL tegen de Staat, te vinden op: <<http://www.xs4all.nl/nieuws/pdf/XS4ALLdagvaarding.pdf>>. Zie voor de inzet van dit geding noot 36. Zie ook de in noot 33 genoemde zaak Chronisch Ziekten en Gehandicapten Raad Nederland c.s./Staat c.s. inzake de geldigheid van het kilometervergoedingssysteem Valys.

11 J.H. Nieuwenhuis, 'Een geheid groeifonds', *TPR* 2001, p. 1225-1230.

12 Het statistisch materiaal is ontleend aan <<http://www.njcm.nl/index.php?page=rvenieuws&&id=2>>. Zie voor het niet onaanzienlijke Nederlandse aandeel in de workload van 2004: <<http://www.ggn.nl/upload/ehrm.pdf>>.

met deze bepaling door de wetgever onder ogen is gezien.¹³ Een derde categorie is gereserveerd voor een aantal civielrechtelijke gevallen, waarin toetsing aan deze bepaling nog op geen enkel niveau heeft plaats gehad, maar waarvan de verenigbaarheid met art. 1 Protocol mogelijk dubieus is:

- a) reeds getoetst door de rechter: het verbod recreatiewoningen te gebruiken voor permanente bewoning,¹⁴ het verschil in behandeling onder het oude erfrecht van een wettig respectievelijk een onwettig kind,¹⁵ de verplichting op grond van de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding pensioenen te verevenen ondanks koude uitsluiting,¹⁶ het inkomensafhankelijk maken van de ANW-uitkering van weduwen die vóór de invoering van de ANW op grond van de AWW al een inkomensafhankelijke uitkering genoten,¹⁷ het met terugwerkende kracht stellen van een inkomenseis door de Reparatiewet AAW,¹⁸ het verbod als scheepsmakelaar werkzaam te zijn van iemand die voordien jarenlang en bevoegdelijk als zodanig werkzaam is geweest,¹⁹ het ontnemen van varkensrechten²⁰ of van pluimveerechten,²¹ de beperking van de schadevergoeding die de onteigende huurder ex art. 42 Ontheeningswet krijgt,²² de geluidshinder die bewoners rond een

13 Tot deze categorie behoren verschillende gevallen die al door de rechter zijn getoetst en die ik om dubbelloop te vermijden niet heb opgenomen in de categorie: getoetst door wetgever. De groeiende aandacht van de wetgever voor art. 1 Protocol blijkt uit het aanzienlijke aantal hits dat een desbetreffende zoekopdracht op <www.overheid.nl> oplevert.

14 RvSt 28 april 2004, AB 2004, 276 m.nt. RW; zie hierna nr. 3.2.3. Er zijn in deze sfeer meer dan honderdenvijftig uitspraken gedaan.

15 Het vermaarde Marckx-arrest EHRM 13 juni 1979, NJ 1980, 462 m.nt. EAA.

16 HR 24 oktober 1997, NJ 1999, 395 m.nt. JdB (Van der Sloot/Don). Zie ook de noot van R.A.C.M. Langemeijer, <www.jur.kun.nl/rit/marnix/wvp/PJ9779.htm>. Zie over de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding: EHRM 9 december 2003, 53002/99 (Meyne-Moskalczuk c.s./Nederland) en noot 131. Bij koude uitsluiting is iedere vorm van huwelijkse gemeenschap bij huwelijkse voorwaarden uitgesloten.

17 CRvB 24 januari 2001, AB 2001, 81 m.nt. FP.

18 CRvB 22 december 1999, RSV 2000, 78, 'bekrachtigd' door EHRM 5 januari 2005, zaaknr. 58641/00 (Hoogendijk/Nederland); zie voor beide uitspraken hierna nr. 3.2.2.

19 HR 14 april 2000, NJ 2000, 713 m.nt. ARB (Kooren-Maritiem/Staat).

20 HR 16 november 2001, NJ 2002, 469 m.nt. TK en EAA (Vereniging Nederlandse Vakbond Varkenshouders c.s./Staat). Zie voor een analyse van deze rechtspraak: Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Werkdocumenten W 132, Belangenafweging in de rechtsstaat: drie casussen*, Den Haag, maart 2003, p. 18 e.v. Doel van dit rapport is om aan de hand van de bestudering van de belangenafweging in drie concrete gevallen van wetgeving – waaronder de Wet herstructurering varkenshouderij –, op het niveau van de verschillende staatsmachten meer inzicht te verkrijgen in het openbaar bestuur, wetgeving en rechtspraak teneinde te bezien in hoeverre sprake is van problemen, zie het rapport p. 8. Volgens het rapport, p. 24, heeft de NVV beroep ingesteld bij het EHRM om de Wet herstructurering varkenshouderij te laten toetsen.

21 CBB 10 december 2002, LJN AF2170.

22 HR 30 november 1994, NJ 1995, 668 m.nt. MB (Het Witte Paard).

luchthaven ondervinden van het vliegverkeer,²³ de weigering van een caravanstandplaats op eigen terrein aan een zigeunerin,²⁴ de Wet zelfstandigen in ziekenfonds, die de reeds particulier verzekerde kleine zelfstandige verplicht over te stappen naar het ziekenfonds indien zijn inkomen beneden de ziekenfondsgrens komt,²⁵ de bevoegdheid van de faillissementscurator om op te treden tegen derden die de gezamenlijke schuldeisers van de failliet hebben benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden door vóór het faillissement baten aan de boedel te onttrekken, sluit eenzelfde bevoegdheid van individuele schuldeisers niet uit,²⁶ de korting op de AOW-uitkering van de vrouw, omdat de partner gedurende enige tijd geen ingezetene van Nederland is geweest,²⁷ de gedwongen overdracht van aandelen ex art. 2:336 BW door de aandeelhouder die door zijn gedragingen het belang van de vennootschap schaadt,²⁸ de gefixeerde schadevergoeding ex 7A:1623o BW (oud) – zie thans 7:281 BW – voor de huurder kan in strijd komen met recht op volledige schadevergoeding in verband met onderliggend onteigeningskarakter,²⁹ de te krappe overgangstermijn voor toepasselbaarheid van de Wet sociale zekerheidsrechten gedetineerden op bestaande gevallen voldoet niet aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit die gelden bij een inmenging in het eigendomsrecht,³⁰ het bodemrecht van de Nederlandse fiscus,³¹ verlies van WW-uitkering doordat de werkloosheid is ontstaan als gevolg van uit een oogpunt van werkloosheidsverzekering onaanvaardbaar gedrag,³² de limitering van het – voorheen onder het systeem Traxx ongelimiteerd – aantal kilometers dat aan chronisch zieken en gehandicapten wordt vergoed (systeem Valys),³³ de intrekking

23 EHRM 2 oktober 2001, *NJ* 2003, 454 m.nt. EJD (Hatton c.s./Verenigd Koninkrijk); zie hierna nr. 3.1. Geen art. 1 Protocol-zaak, maar hiervoor wel van belang.

24 EHRM 25 september 1996, *NJ* 1997, 555 m.nt. EJD (Buckley/Verenigd Koninkrijk); zie hierna nr. 3.1. Geen art. 1 Protocol-zaak, maar hiervoor wel van belang.

25 HR 7 maart 2003, nr. 36.621, *LJN* AD9721 en HR 17 september 2004, nr. 38.662, *BNB* 2004, 410; zie hierna nr. 3.2.1.

26 HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 95 m.nt. S.C.J.J. Kortmann onder *NJ* 2005, 96 (Lunderstädt/Jachtwerf Neptunus BV); zie hierna nr. 2.1.

27 EHRM 4 juni 2002, zaaknr. 34462/97 (Wessels-Bergervoet/Nederland) en in dit verband *Kamerstukken II* 2001/02, 28 430, nr. 6 (Nota naar aanleiding van het verslag inzake het voorstel van wet tot wijziging van de Algemene Ouderdomswet inzake het buiten toepassing laten van de korting op het ouderdomspensioen voor vrouwen die in de periode van 1 januari 1957 tot 1 januari 1980 gehuwd waren met personen die niet verzekerd waren voor de Algemene Ouderdomswet).

28 HR 8 december 1993, *NJ* 1994, 273 m.nt. Ma.

29 HR 8 november 1996, *NJ* 1997, 150.

30 CRvB 18 juni 2004, *AB* 2004, 296 m.nt. FP. Zie in dit verband ook <<http://www.st-ab.nl/wetwsgmvt.htm>>.

31 EHRM 23 februari 1995, *BNB* 1995, 262 m.nt. M.W.C. Feteris (Gasus Dosier und Fördertechnik/Nederland); zie hierna nr. 3.1.

32 CRvB 16 augustus 2000, *AB* 2001, 103.

33 Hof Den Haag 31 maart 2005, *LJN* AT2882. Zie voor de voorgeschiedenis, de relevante parlementaire stukken en het gehele procesdossier: <<http://www.cg-raad.nl/valys/>>.

van een fiscale vrijstelling,³⁴ de schuldsaneringsregeling van art. 358 lid 1 Fw.³⁵

Onlangs is internetprovider XS4ALL een bodemprocedure gestart tegen de Staat, waarin onder meer wordt betoogd dat artikel 13.6 lid 1 Telecommunicatiewet (Tw.), dat handelt over de verdeling van de kosten van het aftappen en het verstrekken van gerelateerde gegevens, onverenigbaar is met art. 1 Protocol;³⁶

- b) getoetst door de formele wetgever: art. 3 Mijnbouwwet,³⁷ de gemeentelijke sanctie (een korting op de uitkering) op overtreding van de Wet werk en bijstand,³⁸ de Wet beperking export uitkeringen,³⁹ de Wet tot veiling van bepaalde verkooppunten van motorbrandstoffen,⁴⁰ de legitieme als

34 HR 1 april 2005, zaaknr. 40.537, L/JN AT3037. Zie nr. 2.2.

35 EHRM 20 juli 2004, zaaknr. 37598/97 (Bäck/Finland), § 60 e.v. Het betreft hier de met art. 358 lid 1 Fw vergelijkbare Finse schuldsaneringsregeling. Sociale overwegingen (economische recessie) en het feit dat in situaties van schuldsanering de marktwaarde van vorderingen een fractie is van de nominale waarde, waren voor het Hof redengevend voor het oordeel dat de saneringsregeling geen schending van art. 1 Protocol vormde. Nederland intervenieerde in deze procedure op de voet van art. 36 EVRM vanwege zijn met art. 358 lid 1 Fw verband houdend belang bij de uitkomst van dit geding.

36 Zie voor de (zeer uitvoerige) dagvaarding: http://www.xs4all.nl/nieuws/pdf/XS4ALL_dagvaarding.pdf. In de kern is, voor zover hier van belang, het betoog dat aan XS4ALL eigendom in de vorm van kapitaal wordt ontnomen doordat zij gedwongen is te investeren in een aftapvoorziening voor strafvorderlijke doeleinden. Voorts wordt betoogd dat art. 13.6 lid 1 Tw. in samenhang met de aftapverplichting van art. 13.1 Tw. voor de internetprovider een individuele en buitengewone last is, omdat zij op eigen kosten voorzieningen moet treffen ten behoeve van het algemeen belang zonder hier zelf van te profiteren, t.a.p. p. 37 e.v. Het eerste verweer is gebaseerd op de ontneming van eigendom, het tweede op de regulering van het gebruik van eigendom. Zie voor (het belang van) dit onderscheid hierna nr. 2.1.

37 *Kamerstukken I* 2002/03, 26 219, nr. 21a (Regels met betrekking tot onderzoek naar en het winnen van delfstoffen en met betrekking tot met de mijnbouw verwante activiteiten).

38 Wetsvoorstel Vaststelling van een wet inzake ondersteuning bij arbeidsinschakeling en verlening van bijstand door gemeenten (Wet werk en bijstand), *Kamerstukken II* 2002/03-2004/05, 28 870, nr. 1-142 en wetsvoorstel Invoering van de Wet werk en bijstand (Invoeringswet Wet werk en bijstand), *Kamerstukken II* 2002/03, 28960, nr. 1-13 en *Kamerstukken I* 2002/03-2003/04, 28 870, nr. 293-D, i.h.b. nr. E (Nota n.a.v. het verslag), p. 1.

39 *Kamerstukken II* 1997/98, 25 757, nr. 3, p. 6-8 (Wijziging van de Ziektewet, de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering en enkele andere wetten in verband met de beperking van het exporteren van uitkeringen (Wet beperking export uitkeringen)).

40 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 951, nr. 1-8 en *Kamerstukken I* 2004/05, 29 951, nr. A-B. In de MvT op de art. 9 t/m 14 wordt opgemerkt: 'Hoewel het niet waarschijnlijk is, kan het niet worden uitgesloten, dat dit wetsvoorstel een voortijdig einde maakt aan rechten die partijen op grond van een exploitatieovereenkomst in zekere zin 'onvoorwaardelijk' hebben. Het is mogelijk, dat deze rechten moeten worden beschouwd als 'eigendom' in de zin van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: het Protocol). Wanneer het dan een voortijdig einde van de eigendom betreft van een bestaande exploitant, die niet direct of indirect heeft ingestemd met het Convenant onderliggende rechtsrelaties, rijst de vraag, of die voortijdige beëindiging door het Protocol wordt toegestaan'. Op <<http://www.minfin.nl/>

beperking van de testeervrijheid,⁴¹ de verruiming van de bevoegdheid om mensen te onteigenen, die onbehoorlijk met hun eigendom omgaan en de samenleving voortdurend en hardnekkig opzadelen met overlast en criminaliteit,⁴² de intrekking van broeikasgasemissierechten,⁴³ art. 907 Rv inzake de verbindendverklaring van de overeenkomst tot collectieve schadeafwikkeling,⁴⁴ de invoering van een fiscaal aftrekverbod van aankoopkosten van een deelneming,⁴⁵ Wijziging van de Algemene wet bestuursrecht met betrekking tot de kosten van bezwaar en administratief beroep (kosten bestuurlijke voorprocedures),⁴⁶ de dekkingsgraad van

default.asp?CMS_ITEM=MFCWD82A0C9ECB455455898D60DFE29F666A8X2X60036X09&CMS_NOCOOKIES=YES&CMS_TCP=tcpPrint_Minfin>, gaat de Minister in op de aan art. 1 Protocol ontleende bezwaren van de Raad van State; zie: sub 4. Overgangsregelingen en EVRM.

- 41 *Kamerstukken I* 1998/99, 17 141, nr. 120a, p. 57, geen strijdigheid met art. 1 Protocol gelet op het doel van de regeling, namelijk het veiligstellen van de verzorgingsaanspraken van de langstlevende. De legitieme portie is het gedeelte van de waarde van het vermogen van de erflater, waarop de legitimaris *in weerwil van* giften en uiterste wilsbeschikkingen van de erflater aanspraak kan maken, art. 4:63 lid 1 BW. Vanuit het perspectief van art. 1 Protocol spelen hier twee problemen: de vrijheid van de testator, maar ook het eigendomsrecht van degene aan wie vermaakt of geschonken is.
- 42 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 200 XI, nr. 10, p. 44-45 (Vaststelling van de begrotingsstaat van het Ministerie van VROM (XI) voor het jaar 2004). Op een desbetreffende vraag van de Kamer antwoordt de minister dat het gezien art. 1 Protocol – waarbij wordt gerefereerd aan de fair balance tussen de eisen van het algemeen belang en de bescherming van de rechten van het individu – niet in de bedoeling ligt de onteigeningsmogelijkheden op dit punt te verruimen.
- 43 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 766, nr. 3, p. 50 e.v. In de MvT op *Kamerstukken II* 2003/04, 29 565, nr. 3, p. 82-83 (Wijziging van de Wet milieubeheer en enige andere wetten ten behoeve van de implementatie van richtlijn nr. 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 13 oktober 2003 tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap en tot wijziging van Richtlijn 96/61/EG van de Raad (*PbEU* L 275) en de instelling van een emissieautoriteit (Implementatiewet EG-richtlijn handel in broeikasgasemissierechten)), oordeelt de regering dat toekomstig ingrijpen door de Staat in het stelsel van verhandelbare emissierechten niet spoedig een ongerechtvaardigde inbreuk op het eigendomsrecht in de zin van art. 1 Protocol zal opleveren.
- 44 *Kamerstukken I* 2004/05, 29 414, nr. E, p. 5 (Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de collectieve afwikkeling van massaschades te vergemakkelijken (Wet collectieve afwikkeling massaschade)).
- 45 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 381, nr. 9, onder het kopje: 'Terugwerkende kracht en rechtszekerheid' (Wijziging van enkele belastingwetten in verband met een herziening van de behandeling van de omzetting en kwijtschelding van afgewaardeerde vorderingen en de invoering van een aftrekverbod voor de aankoopkosten van een deelneming).
- 46 *Kamerstukken II* 1999/00, 27 024, nr. 5, sub 5 (Nota n.a.v. het verslag). De regering koos eieren voor haar geld en verruimde het overgangsrecht: 'De conclusie die wij hieruit (sc. de Pressos-zaak; zie hiervoor noot 165, J) trekken is dat niet uitgesloten kan worden dat het voorgestelde overgangsrecht, nu dat de oude regeling slechts gedeeltelijk eerbiedigt, in strijd is met artikel 1, eerste lid, van het Eerste Protocol. Daarbij moet niet alleen worden gedacht aan civiele vorderingen die gelijktijdig met de bestuurlijke voorprocedure zijn ingesteld en die zijn aangehouden in afwachting van de beslissing op het bezwaar- of

bankfilialen,⁴⁷ de afschaffing van het zelfrealisatierecht,⁴⁸ de Wet op het financieel toezicht,⁴⁹ de Wet gedwongen schuldsanering,⁵⁰ de overeenkomst van schenking;⁵¹

- c) civielrechtelijke kandidaten voor toetsing: het uitroken van de kleine aandeelhouder,⁵² de reductie in het kader van de Overgangswet Nieuw BW van de termijn van extinctieve verjaring van dertig naar in beginsel vijf jaren,⁵³ verlies van eigendom bij natrekking, vermenging en zaaksvorming voorzover hierbij geen gemeenschap ontstaat of geen compensatie wordt geboden in de vorm van een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking,⁵⁴ art. 3:86 lid 3 BW dat, anders dan in een eerdere versie in

administratief beroepschrift, maar ook aan (nog in te stellen) vorderingen terzake van onrechtmatige besluiten die zijn genomen vóórdat deze wet in werking treedt en waartegen op het moment van inwerkingtreding van de wet nog geen bezwaar of beroep aanhangig is gemaakt. Wij zien hierin aanleiding om de in de artikelen III en IV van het wetsvoorstel voorgestelde eerbiedigende werking te verruimen, in die zin dat het oude recht van toepassing blijft indien het besluit waartegen bezwaar kan worden gemaakt of administratief beroep kan worden ingesteld vóór het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet is genomen'. Voor de overgangsrechtelijke onverenigbaarheid met art. 1 Protocol was al gewaarschuwd door de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs; zie: <http://www.nob-net/html/wet/2000/apr_wv27024.htm>, sub 7.

- 47 In zijn Voortgangsrapportage betalingsverkeer, kenmerk FM 2002-1530, te vinden op: <http://www.minfin.nl/default.asp?CMS_ITEM=MFCWDD41F601792D14BB888A6FD054825ADBCX2X39450X2>, merkt de Minister van Financiën op: 'Ik sta dan ook terughoudend tegenover een wettelijke regeling waarin wordt voorgeschreven dat banken moeten zorgen voor een goede bereikbaarheid van hun diensten ofwel een bepaalde dekkingsgraad van bankfilialen. Temeer omdat een wettelijke zorgplicht van die strekking en een daarop volgende operationalisering zeer waarschijnlijk op gespannen voet komen te staan met het Europese Recht. Regelgeving die banken verplicht tot het doen van (niet rendabele) investeringen kan een onrechtmatige inbreuk op het eigendomsrecht van banken betekenen die schadeplichtigheid van de overheid tot gevolg zou hebben'. Een uitgesproken interessante uitspraak voor de in noot 36 genoemde zaak XS4ALL/Staat.
- 48 Brief van 25 oktober 2004 van het Ministerie van VROM aan de Tweede Kamer, Uitwerking Nota Grondbeleid, Kabinetsstandpunt Concurrentiebevordering op Ontwikkelingslocaties, Ministerie van VromM 324, p. 4 en p. 11-12, te vinden op: <<http://www.stedelijkevernieuwing.nl/pagina.html?id=16627>>. Het kabinet acht afschaffing van het zelfrealisatierecht strijdig met art. 1 Protocol. Op basis van het zelfrealisatierecht heeft een eigenaar die bereid en in staat is een plan te realiseren binnen het gestelde publiekrechtelijke kader (zoals het bestemmingsplan) het recht de bouwopgave te realiseren. Zie hierover in kritische zin: Vereniging Eigen Huis: <<http://www.eigenhuis.nl/VerenigingEigenHuis/OverVEH/Standpunten/Brieven+van+de+vereniging/BriefConcurrentiebevorderingBouwplaats.htm>>.
- 49 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 708, nr. 7, artikel 1:61 tot en met 1:70 (Regels met betrekking tot de financiële markten en het toezicht daarop (Wet op het financieel toezicht)): betaling boete binnen zes weken niet strijdig met art. 1 protocol.
- 50 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 942, nrs. 1-3.
- 51 *Kamerstukken II* 2000/01, 17 213, nr. 6, p. 14.
- 52 Zie art. 2:92a en 2:201a BW.
- 53 Vergelijk H.D. Ploeger, 'Eigendom in het licht van het EVRM', *WPNR* 6419 (2000), nr. 5.3.
- 54 Zie de art. 5:14-16 BW. Zie in dit verband A. Biegman-Hartogh, *Ongegronde verrijking* (diss. Leiden), 1971, p. 68 e.v.

het ontwerpstadium,⁵⁵ de gedeposeerde niet verplicht een vergoeding te geven aan degene die wordt getroffen door zijn revindicatie,⁵⁶ wettelijke bepalingen die de aansprakelijkheid limiteren c.q. de omvang van de schadevergoeding matigen, zoals art. 6:109 BW. Ook bepalingen die beperkingen in de bewijsrechtelijke sfeer opleveren zijn suspect, omdat ze materieel een aantasting van de eigendom kunnen vormen.⁵⁷

Uit de inventarisatie sub (a) blijkt dat art. 1 Protocol niet alleen, zoals traditioneel, speelt in de verhouding Staat/burger (verticale werking), maar ook in de relatie burger/burger (horizontale werking).⁵⁸ Tot de laatste categorie behoren uitspraken als Lunderstädt/Jachtwerf Neptunus BV (bevoegdheden van schuldeisers tijdens het faillissement van hun schuldenaar), Sloot/Dop (pensioenverevening bij echtscheiding) en de schuldsaneringsregeling. In deze sfeer kan ook nog worden genoemd Hof Amsterdam 12 augustus 2004, LJN AR2333, (NS Reizigers BV/B), waarin met een beroep op art. 1 Protocol zonder succes de limitering van de aansprakelijkheid van de vervoerder ex art. 8:110 BW werd aangevochten. Weliswaar speelt hier het conflict zich af tussen twee burgers, maar de achterliggende kwestie is uiteraard of de Staat met het opnemen van art. 8:110 BW niet te ver is gegaan. In de andere hier genoemde gevallen geldt m.m. hetzelfde. Zelfs in een zuiver privaatrechtelijk geschil tussen twee burgers is de werking niet horizontaal, maar verticaal, omdat bij een onjuiste beslissing de schending van het EVRM door de rechter plaatsvindt

55 Zie *Parlementaire Geschiedenis Boek 3 BW (Vaststellingswet)*, p. 337, overlopend naar p. 338.

56 De redenering dat van een ontneming in de zin van art. 1 Protocol geen sprake kan zijn, omdat blijkens art. 3:86 lid 3 de verkrijger te goeder trouw gedurende het tijdvak van drie jaren, waarin de revindicatie tegen hem kan worden ingesteld, geen eigenaar van de zaak is (geweest), is technisch gezien volkomen juist, maar miskent ten eerste dat de verkrijger voldoet aan lid 1 van art. 3:86, hetwelk uitgaat van een *geldige* overdracht, ten tweede dat de wetgever zelf in de ontwerpfase van oordeel was dat de verkrijger te goeder trouw gecompenseerd moest worden door de gedeposeerde, en, veel belangrijker, dat tot eigendom in de zin van art. 1 Protocol blijkens EHRM 9 december 1994, NJ 1996, 592 m.nt. EJD (Stran Greek Refineries c.s./Griekenland) ook een verwachting kan behoren – zie noot 127 –, in dit geval de verwachting na drie jaren – met terugwerkende kracht! – eigenaar te ‘worden’ (door de terugwerkende kracht moet eigenlijk gezegd worden: eigenaar te *blijven* hetgeen eens te meer duidelijk maakt dat sprake is van een ontneming). Voor art. 3:88 BW geldt niet hetzelfde als voor art. 3:86 BW, omdat het – uiteraard – geen diefstalvoorziening heeft en omdat het verlies van het goed altijd aan de gedeposeerde zelf valt toe te rekenen gezien de eisen die aan de oorzaak van de onbevoegdheid van de vervreemder worden gesteld.

57 Te denken valt aan art. 1:130 BW en HR 17 november 2000, NJ 2000, 349 m.nt. WMK (inzake beperkingen ten aanzien van bewijs van de wil van de erflater).

58 Zie hierover T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik en H.D. Ploeger, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse Burgerlijk recht* (preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2005, p. 43 e.v. en p. 105 e.v.

en tot aansprakelijkheid van de Staat leidt.⁵⁹ Om deze reden lijkt de aanduiding horizontale werking mij niet correct, omdat hiermee slechts het niveau wordt aangegeven waarop het probleem zich voor het eerst heeft gemanifesteerd. Uiteindelijk komt hoe dan ook de Staat in beeld.

Bij het voorgaande past de waarschuwing dat Straatsburg interessant voer voor juristen is, maar in de praktijk zelden het beoogde resultaat oplevert, te weten de vaststelling dat sprake is van een ontoelaatbare stoornis in het genot van de eigendom resp. een ontoelaatbare regulering van het gebruik van de eigendom. Dit komt doordat het in de eerste zin van art. 1 Protocol genoemde recht op ongestoord genot van de eigendom een aantal uitzonderingen kent, die in de praktijk een dikwijls onneembare horde blijken te zijn. Wellicht hierom dat men soms zijn toevlucht neemt tot andere in het Protocol genoemde grondrechten, waarbij dan met name moet worden gedacht aan die van art. 6 (recht op fair trial), art. 8 (recht op family life and home) en het qua schending hoog scorende art. 14 (verbod van discriminatie).⁶⁰ De zojuist

59 Als voorbeelden kunnen worden genoemd EHRM 13 juli 2004, zaaknr. 69498/01, (Pla en Puncernau/Andorra), §§ 57 e.v., waarover noot 64, en EHRM 24 februari 2005, zaaknr. 46447/99, (Djidrovski/voormalige Yoegoslavische Republiek Macedonië), § 86 (inzake schending door het Macedonisch Hooggerechtshof van de aanspraak van een ex-militair op reductie van de koopprijs van een (leger)woning).

60 Zo betreft het verbod van discriminatie niet zelden een ontneming van de eigendom in de zin van art. 1 Protocol. Ik noem als voorbeelden het in noot 15 genoemde Marckx-arrest (achterstelling buitenechtelijk kind) en het in noot 27 genoemde arrest Wessels-Bergervoet/Nederland (korting AOW-uitkering vrouw). Een ander voorbeeld is EHRM 23 oktober 1990, zaaknr. 11581/85 (Darby/Zweden), § 30, waarin het Hof oordeelde dat sprake was van schending van het eigendomsrecht van Darby, omdat terzake van verschuldigde kerkbelasting sprake was van een ontoelaatbare discriminatie van niet-ingezetenen ten opzichte van ingezetenen. Schending van art. 6 (fair trial) kan tevens schending inhouden van art. 1; zie de uitspraken genoemd in noot 165: Pressos Compania Naviera c.s./België en Stran Greek Refineries c.s./Griekenland. In beide gevallen is sprake van gelegenheidswetgeving om een reeds vastgestelde aansprakelijkheid van de Staat te neutraliseren. Een ander spraakmakend voorbeeld is HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 (Erven Van Hese/Koninklijke Schelde Groep) m.nt. ARB onder NJ 2000, 431, rov. 3.3.2, inzake de extinctieve verjaring van een vordering en waarin de HR verwijst naar EHRM 22 oktober 1996, NJ 1997, 449 (Stubbings/Verenigd Koninkrijk). Wat in feite een stoornis van de eigendom is, wordt gepresenteerd als een geval van een beperking van de toegang tot de rechter (fair trial). Schending van het gelijkheidsbeginsel van art. 14 kan eveneens leiden tot schending van art. 1 Protocol; zie HR 28 februari 2003, LJN AE0477 inzake een verschil in tarief dat werd gehanteerd voor onttrekking van grondwater, en waarin de tijdelijkheid van de maatregel voor de Hoge Raad redengevend was om geen schending van art. 1 Protocol aan te nemen. Het rechtszekerheidsbeginsel is prominent aan de orde in HR 8 februari 2002, LJN ZC8109, waarin wordt geoordeeld dat het verlenen van terugwerkende kracht aan een wijziging van art. 2 Wet op belastingen van rechtsverkeer niet strijdig is met art. 1 Protocol, omdat de terugwerkende kracht beperkt is tot de datum waarop door een perspublicatie het voornemen tot wetswijziging is bekend gemaakt. De Hoge Raad beroept zich hierbij op EHRM 28 oktober 1999, NJ 2000, 524 (Zielinski c.s./Frankrijk). Een opvallend verschil met het arrest a quo is dat het Gerechtshof zonder enige beperking in fiscalibus terugwerkende kracht accepteerde. P. van Dijk en G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, The Hague: Kluwer Law International 1998, p. 620 veronderstel-

genoemde bepalingen hebben geen zelfstandig bestaansrecht, maar hebben alleen effect met betrekking tot het genot van de rechten en vrijheden zoals voorzien in de materiële verdragsbepalingen.⁶¹ Een tweede alternatief voor een klacht over schending van art. 1 Protocol is de klacht dat de Staat niet heeft voldaan aan zijn zorgplicht jegens klager.⁶²

Een nadeel van het EVRM is dat het niet de effectieve voorziening kent van de prejudiciële beslissing, waardoor procedures jarenlang kunnen slepen doordat eerst alle nationale voorzieningen moeten zijn uitgeput. Het EHRM stelt zich hierbij in verband met de artikelen 13 en 35 EVRM op het standpunt dat verzuim van een beroep op het verdrag in de procedure op nationaal niveau leidt tot niet ontvankelijkheid, omdat dan niet alle nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput.⁶³

De opzet van deze beschouwing is de volgende: eerst worden de contouren van art. 1 Protocol geschetst (nrs. 2-2.2) en vervolgens wordt een analyse gemaakt van de ruimte die dit artikel aan de Staat⁶⁴ biedt om het recht op het ongestoord genot van de eigendom of het gebruik hiervan te beperken en met name op welke wijze de verschillende hoogste rechters toetsen of de

len ook een verband tussen 'civil rights and obligations' in art. 6 EVRM (fair trial) en art. 1 (stoornis eigendom) en zij betogen dat het EHRM minder geporteerd is om een 'possession/bien' (art. 1) aan te nemen, indien geen sprake is van 'civil rights and obligations' (art. 6).

61 EHRM 30 september 2003, zaaknr. 40892/98, (Koua Poirrez/Frankrijk), § 36. Zie in dezelfde zin: CRvB 18 juni 2004, *LJN* AP4680 en CRvB 15 april 2005, *LJN* AT4754. De Raad eist een toereikend verband tussen in casu het gelijkheidsbeginsel en het ongestoord genot van eigendom, welk verband naar zijn oordeel bestaat, indien de belanghebbende voldoet aan alle wettelijke voorwaarden voor het (voort)bestaan van een recht op uitkering, met uitzondering van de voorwaarde waarvan de rechtsgeldigheid wordt betwist vanwege een vermeend discriminatoir karakter.

62 Een helder voorbeeld hiervan vormt EHRM 2 oktober 2001, *NJ* 2003, 454 m.nt. EJD (Hatton c.s./Verenigd Koninkrijk); zie hierna nr. 3.1.

63 EHRM 15 november 1996, zaaknr. 18877/91, (Sadik/Griekenland) §§ 30 e.v.

64 Evenmin als in de Engelse en Franse tekst staat er: 'overheid'. Niettemin worden onder 'Staat' begrepen alle autoriteiten van de drie staatsmachten zowel op centraal als op decentraal niveau. Terecht dan ook betoogt de VNG, <<http://www.vng.nl/smartsite.dws?ID=8987>>, in haar commentaar op de Wet bestuurlijke ophouding (WBO), sub 3: Overige uitvoeringsaspecten, onder het kopje: 'Vordering van accommodatie', dat gemeenten zonder in strijd te komen met art. 1 Protocol de bevoegdheid hebben op basis van een (nood)verordening accommodatie te vorderen om daarin hen die zijn aangehouden op basis van de WBO onder te brengen, ook al biedt, zoals expliciet wordt geconstateerd, de WBO noch enige andere wet daartoe een grondslag. Niettemin kan uitsluitend de Staat aansprakelijk worden gesteld. Zie voor een – overigens discutabele – aansprakelijkheid van de Staat voor schending van art. 14 Protocol door de rechter: EHRM 13 juli 2004, zaaknr. 69498/01, (Pla en Puncernau/Andorra), §§ 57 e.v., inzake een volgens het EHRM discriminatoire uitleg van een testamentaire bepaling, waarbij in geschil was of de testatrix met kleinzoon uitsluitend bedoelde een biologische kleinzoon of ook een geadopteerde kleinzoon en het EHRM zijn uitleg in de plaats stelde van die van de hoogste rechter van Andorra op grond van zijn oordeel dat het testament geen enkel aanknopingspunt bevatte voor het oordeel dat uitsluitend zou zijn bedoeld een biologische kleinzoon.

Staat op een juiste wijze van deze bevoegdheid gebruik heeft gemaakt (nrs. 3-3.2.3). Het EHRM durft in dit opzicht veel verder te gaan dan de hoogste Nederlandse rechters, die uiterst terughoudend zijn. De beschouwingen worden afgerond met een aantal conclusies (nr. 4).

2 ART. 1 PROTOCOL

Art. 1 Protocol bevat volgens vaste rechtspraak van het EHRM⁶⁵ drie met elkaar samenhangende regels:

‘Article 1 of Protocol Nr. 1 comprises three distinct rules: the first rule, set out in the first sentence of the first paragraph, is of a general nature and enunciates the principle of the peaceful enjoyment of property; the second rule, contained in the second sentence of the first paragraph, covers deprivation of possessions and subjects it to certain conditions; the third rule, stated in the second paragraph, recognises that the Contracting States are entitled, *inter alia*, to control the use of property in accordance with the general interest. The three rules are not, however, distinct in the sense of being unconnected. The second and third rules are concerned with particular instances of interference with the right to peaceful enjoyment of property and should therefore be construed in the light of the general principle enunciated in the first rule’.⁶⁶

Een handzame samenvatting van zijn jurisprudentie inzake het bereik van art. 1 Protocol geeft het Hof in de zaak Kopecký/Slowakije,⁶⁷ § 35:

‘The following relevant principles have been established by the practice of the Convention institutions under Article 1 of Protocol Nr. 1:

65 Zie bijvoorbeeld EHRM 5 januari 2000, *AB* 2000, 235 m.nt. L. Verhey en *NJ* 2000, 571 (Beyeler/Italië), § 98. Het hof verwijst in deze uitspraak naar: EHRM 21 februari 1986, *Serie A*, nr. 98, § 37 (James c.s./Verenigd Koninkrijk), EHRM 23 september 1982, *Serie A*, nr. 52, § 61 (Sporrong en Lönnroth/Zweden), EHRM 9 december 1994, *Serie A*, nr. 301-A, § 56 (Holy Monasteries/Griekenland), EHRM 25 maart 1999, *NJ* 1999, 649 (Iatridis/Griekenland). Hieraan is als meest recente toe te voegen: EHRM 22 februari 2005, zaaknr. 35014/97, (Hutten-Czapska/Polen), § 142. Zie ook EHRM 23 februari 1995, *BNB* 1995, 262 m.nt. M.W.C. Feteris (Gasus Dossier- und Fördertechnik/Nederland); zie hierna nr. 3.1.

66 EHRM 22 februari 2005, zaaknr. 35014/97 (Hutten-Czapska/Polen), § 142; zie ook EHRM 20 juli 2004, zaaknr. 37598/97 (Bäck/Finland), § 52.

67 EHRM 28 september 2004, zaaknr. 44912/98. De vader van klager was in 1959 door het oude regime veroordeeld wegens illegaal bezit van gouden en zilveren munten. Deze werden destijds in beslag genomen door de Staat. In 1991 werd de vader gerehabiliteerd. Vervolgens vordert klager de munten die toebehoorden aan zijn, inmiddels overleden, vader terug. De vordering wordt afgewezen, omdat hij niet, zoals de Rehabilitatiewet van 1991 verlangt, kan bewijzen dat het aangeklaagde ministerie in het bezit was van de munten. Alle relevante documenten van het ministerie waren inmiddels vernietigd. Klager stelt dat zijn recht van eigendom is geschonden. Het Hof verwierpt het beroep.

(a) Deprivation of ownership or of another right *in rem* is in principle an instantaneous act and does not produce a continuing situation of 'deprivation of a right' (see *Malhous v. the Czech Republic* (dec.) [GC], nr. 33071/96, ECHR 2000-XII, with further references).

(b) Article 1 of Protocol Nr. 1 does not guarantee the right to acquire property (see *Van der Mussele v. Belgium*, judgment of 23 November 1983, Series A nr. 70, p. 23, § 48, and *Slivenko and Others v. Latvia* (dec.) [GC], nr. 48321/99, § 121, ECHR 2002-II).

(c) An applicant can allege a violation of Article 1 of Protocol Nr. 1 only in so far as the impugned decisions related to his 'possessions' within the meaning of this provision. 'Possessions' can be either 'existing possessions' or assets, including claims, in respect of which the applicant can argue that he or she has at least a 'legitimate expectation' of obtaining effective enjoyment of a property right. By way of contrast, the hope of recognition of a property right which it has been impossible to exercise effectively cannot be considered a 'possession' within the meaning of Article 1 of Protocol Nr. 1, nor can a conditional claim which lapses as a result of the non-fulfilment of the condition (see *Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany* [GC], nr. 42527/98, §§ 82 and 83, ECHR 2001-VIII and *Gratzinger and Gratzingerova v. the Czech Republic* (dec.) [GC], nr. 39794/98, § 69, ECHR 2002-VII).

(d) Article 1 of Protocol Nr. 1 cannot be interpreted as imposing any general obligation on the Contracting States to restore property which was transferred to them before they ratified the Convention. Nor does Article 1 of Protocol Nr. 1 impose any restrictions on the Contracting States' freedom to determine the scope of property restitution and to choose the conditions under which they agree to restore property rights of former owners (see *Jantner v. Slovakia*, nr. 39050/97, § 34, 4 March 2003).'

Anders dan de laatste zinsnede van lid 2 van art. 1 Protocol wellicht doet vermoeden, kan ook bij heffing van belastingen sprake zijn van stoornis van de eigendom.⁶⁸

Of een inbreuk op de eigendom gerechtvaardigd is, toetst het Hof aan drie criteria: hij moet bij de wet zijn voorzien⁶⁹ (lawfulness), hij moet een legitiem

68 Zie de conclusie van A-G Wattel, sub 6.3 e.v., vóór HR 8 februari 2002, *LJN* ZC8109, waarin hij zich onder andere beroept op EHRM 23 oktober 1990, zaaknr. 11581/85, (*Darby/Zweden*). In het in nr. 3.1 te bespreken arrest *Gasus Dosier- und Fördertechnik/Nederland* inzake het bodemrecht van de Nederlandse fiscus laat het EHRM in het midden of art. 1 Protocol beperkt is tot uitsluitend 'procedural tax laws' (formeel belastingrecht) of ook 'substantive tax laws' (materieel belastingrecht) omvat, t.a.p. § 60.

69 Zie voor een geval van een inbreuk waarvoor geen wettelijke basis bestond EHRM 9 juni 2005, zaaknr. 68443/01, (*Baklanov/Rusland*); in casu ontbrak een toereikende rechtsbasis voor een strafrechtelijke verbeurdverklaring van gesmokkeld geld, waarvan de herkomst volkomen legaal was. Het Hof voegt hieraan toe dat het niet toekomt aan de fair balance afweging, indien de inbreuk een rechtsbasis mist: § 46 'It follows that the interference with the applicant's property cannot be considered lawful within the meaning of Article 1 of Protocol Nr. 1 to the Convention. This conclusion makes it unnecessary to ascertain whether a fair balance has been struck between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights.'

doel hebben d.w.z. hij moet in het algemeen belang zijn en hij proportioneel zijn (strike a fair balance between the demands of the general interests of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights).

2.1 Ontnemen van eigendom respectievelijk het reguleren van het gebruik hiervan

Het verschil tussen ontneming van eigendom, lid 1, en regulering van het gebruik daarvan, lid 2, is van belang voor de beantwoording van de vraag of er schadevergoeding moet worden betaald: bij ontneming van de eigendom is de Staat in het algemeen verplicht schadevergoeding te betalen, terwijl bij regulering van het gebruik van de eigendom er alleen schadevergoeding behoeft te worden betaald, indien sprake is van een individuele en excessieve last voor de betrokkene. Barkhuysen c.s. signaleren voorts dat de toetsing of de stoornis van de eigendom gerechtvaardigd is, strenger is bij ontneming van de eigendom dan bij regulering van het gebruik daarvan.⁷⁰

Wat betreft de door de Staat te vergoeden schade ingeval van een schending van art. 1 Protocol hanteert het Hof de volgende uitgangspunten: het aanbieden van compensatie speelt een belangrijke rol bij de proportionaliteits-toets, die wordt gehanteerd in het kader van wat het Hof standaard aanduidt als: 'striking the fair balance between private and public interest within the wide margin of appreciation'. *Ontneming* van de eigendom in het algemeen belang *zonder* compensatie wordt in de regel disproportioneel en derhalve strijdig met art. 1 Protocol geoordeeld behoudens zeer uitzonderlijke omstandigheden.⁷¹ *Volledige* schadeloosstelling is evenwel geen must.⁷² In het kader

70 T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik en H.D. Ploeger, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse Burgerlijk recht* (preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2005, p. 66.

71 EHRM 21 februari 1986, *Serie A*, nr. 98 (James c.s./Verenigd Koninkrijk), § 54: 'the taking of property without payment of an amount reasonably related to its value would normally constitute a disproportionate interference which could not be considered justifiable under Article 1 (P1-1). Article 1 (P1-1) does not, however, guarantee a right to full compensation in all circumstances. Legitimate objectives of 'public interest', such as pursued in measures of economic reform or measures designed to achieve greater social justice, may call for less than reimbursement of the full market value.'. Idem EHRM 18 januari 2005, 73836/01 (Organochimika Lipasmata Makedonias A.E./Griekenland), § 22. Zie ook HR 14 april 2000, NJ 2000, 713 m.nt. ARB (Kooren-Maritiem/Staat), waarin wordt verwezen naar EHRM 9 december 1994, NJ 1996, 374 m.nt. EAA (Holy Monasteries/Griekenland).

72 Zie de in de vorige noot geciteerde uitspraak in de zaak James c.s./Verenigd Koninkrijk waaraan kunnen worden toegevoegd: EHRM 6 juli 1986, *Serie A*, 102 (Lithgow c.s./Verenigd Koninkrijk), § 121: 'The Court further accepts the Commission's conclusion as to the standard of compensation: the taking of property without payment of an amount reasonably related to its value would normally constitute a disproportionate interference which could not be considered justifiable under Article 1 (P1-1). Article 1 (P1-1) does not, however,

van de proportionaliteit laat het Hof de lidstaten een 'wide margin of appreciation'.⁷³ Het uitgangspunt is dat er een 'redelijke verhouding' moet bestaan tussen de schade en de hoogte van de compensatie. Hierbij houdt het Hof onder meer rekening met het risico dat eigen is aan het verrichten van commerciële activiteiten.⁷⁴ Een vordering die al bijna niets meer waard is, kan om deze reden in verband overwegingen van sociale aard (herstart met schone lei voor de debiteur) worden ontnomen zonder compensatie.⁷⁵ Ook procedure-regels kunnen een 'fair balance' verstoren.⁷⁶

Bij regulering van het gebruik van de eigendom moet net als bij de ontneming zijn voldaan aan het vereiste van een 'fair balance' tussen de eisen van het algemeen belang en de belangen van de eigenaar in de zin van art. 1 Protocol. Op laatstgenoemde mag geen 'individual and excessive burden' worden gelegd.⁷⁷ Of zo'n last bestaat, wordt bepaald doordat 'there must be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised'.⁷⁸ Zo'n excessive burden wordt, anders dan bij een ontneming, minder snel aangenomen bij een regulering van het

guarantee a right to full compensation in all circumstances, since legitimate objectives of 'public interest', such as pursued in measures of economic reform or measures designed to achieve greater social justice, may call for less than reimbursement of the full market value' en EHRM 9 december 1994, *Serie A* 301-A (Holy Monasteries/Griekenland), § 71.

73 In EHRM 24 oktober 1986, *Serie A*-108 (AGOSI/Verenigd Koninkrijk) stelde het Hof, § 52: 'The State enjoys a wide margin of appreciation with regard both to choosing the means of enforcement and to ascertaining whether the consequences of enforcement are justified in the general interest for the purpose of achieving the object of the law in question'.

74 In EHRM 29 november 1991, *Serie A*-222 (Pine Valley Developments c.s./Ierland) stelt het Hof, § 59: 'The applicants were engaged on a commercial venture which, by its very nature, involved an element of risk (see, mutatis mutandis, the Häkansson and Stureson judgment of 21 February 1990, *Series A* nr. 171-A, pp. 17-18, paras. 53 and 55, and the above-mentioned Fredin judgment, *Series A* nr. 192, pp. 17-18, para. 54) and they were aware not only of the zoning plan but also of the opposition of the local authority, Dublin County Council, to any departure from it (see paragraphs 10 and 12 above). This being so, the Court does not consider that the annulment of the permission without any remedial action being taken in their favour can be regarded as a disproportionate measure'.

75 Vergelijk EHRM 20 juli 2004, zaaknr. 37598/97 (Bäck/Finland) inzake de Finse schuldsaneringsregeling.

76 EHRM 18 januari 2005, 73836/01 (Organochimika Lipasmata Makedonias A.E./Griekenland), § 27. Volgens het Hof verstoort de Griekse procedure voor schadevergoeding bij onteigening 'the fair balance', omdat de onteigende geconfronteerd wordt met een opeenstapeling van procedures: – uitsluitend de Franse tekst was beschikbaar –: 'Elle (sc. het EHRM, J) estime qu'en maintenant la présomption d'«auto-indemnisation» et en obligeant le propriétaire affecté à multiplier les procédures pour avoir la possibilité de toucher une indemnité ayant un juste rapport avec la valeur du bien exproprié, les autorités ont rompu le juste équilibre devant régner entre la sauvegarde des droits individuels et les exigences de l'intérêt général.'

77 Op dit element wordt in de in noot 36 genoemde zaak XS4ALL/Staat sterk de nadruk gelegd.

78 EHRM 24 juni 2003, zaak 35179/97 (Allard/Zweden), § 54.

gebruik van de eigendom.⁷⁹ Een fraai voorbeeld van een individual and excessive burden zijn Hutten-Czapska/Polen⁸⁰ en Sildedzis/Polen.⁸¹

Een opvallende parallel met deze rechtspraak van het EHRM is in de nationale rechtssfeer te signaleren bij de rechtspraak van de Hoge Raad in zaken als Leffers/Staat,⁸² Staat/Lavrijsen⁸³ en S/Staat,⁸⁴ waarin de Hoge Raad

79 Vergelijk EHRM 7 juli 1989, *Serie A*, nr. 159 (Tre Traktörer Aktiebolag/Zweden), § 62. (Het betrof hier de intrekking van een drankvergunning o.a. wegens ernstige, boekhoudkundige tekortkomingen) : 'The 'burden' placed on TTA (aanduiding klager, J) as a result of the contested decisions, though heavy, must be weighed against the general interest of the community. In this context, the States enjoy a wide margin of appreciation. Even though the County Administrative Board and the National Board of Health and Welfare could have taken less severe measures under section 64 of the 1977 Act (see paragraph 27 above), the Court, having regard to the legitimate aim of Swedish social policy concerning the consumption of alcohol, finds that the respondent State did not fail to strike a 'fair balance' between the economic interests of the applicant company and the general interest of Swedish society.' Dat het Hof ondanks de 'heavy burden' voor TTA het evenwicht niet verstoord acht, komt mede doordat Zweden jegens TTA uiterst coulant is geweest; zie § 61. In Nederland doet de Hoge Raad precies zo, zie HR 28 februari 2003, zaaknr. 37.091, *LJN* AE0477, rov.3.8, waarin de tijdelijkheid van de maatregel verstoring van het evenwicht voorkwam (betreft een tariefsverschil voor onttrekking grondwater).

80 EHRM 22 februari 2005, zaaknr. 35014/97, handelend over verhuurders die geen enkele zeggenschap hadden over de inhoud en de duur van de huurovereenkomst (deze was nagenoeg onopzegbaar, zelfs bij onbehoorlijk gebruik door de huurders). Met name het feit dat verhuurders door de Staat gedwongen waren een huurprijs te accepteren die niet eens toereikend was om 60% van de kosten van onderhoud te dekken zonder dat de Staat hiervoor compenserende maatregelen had getroffen, vormde een schending van art. 1 Protocol; zie de §§ 176 en 185-188. Ook minder ingrijpende gebeurtenissen kunnen zo'n last vormen. In EHRM 26 april 2005, zaaknr. 42752/98, (*Özdes/Turkije*), § 15, oordeelde het Hof dat een vertraging van een paar jaar in de nakoming van de verplichting tot betaling van een aanvulling op de schadevergoeding wegens onteigening een individual and excessive burden vormde.

81 EHRM 25 mei 2005, zaaknr. 45214/99. Iemand koopt een auto op een veiling van de belastingdienst, maar kan geen kenteken krijgen omdat de auto technische gebreken heeft. Onder meer moest van de Poolse RDW een deel van het chassis en de motor vervangen worden. Als gevolg hiervan gingen de chassis- en motornummers verloren. Kentekenregistratie werd geweigerd. Het Hof oordeelt: '51. As regards the proportionality of the interference, the Court observes that the applicant was never suspected of having stolen the car or of having forged the vehicle's identification or chassis numbers or of any fraudulent use of the car. It was not in dispute that he was a buyer in good faith and that he purchased it from a legitimate vendor. In this connection, the Court considers that it must not be overlooked that the car was sold at an auction organised by the Tax Office. The applicant could therefore reasonably expect that the origin of the car was legitimate. Lastly, at the time of the purchase the applicant was not warned of any possible problems that might arise in connection with the registration of the vehicle. 52. In the absence of any convincing arguments as to the justification for the interference at issue, which prevented the applicant from using the car for the period of almost two years, the Court concludes that it was disproportionate to the legitimate aim served and, consequently, that the applicant was made to carry an individual and excessive burden'.

82 HR 18 januari 1991, *NJ* 1992, 638, nt. CJHB: handhaving van de Regeling Beschikking voedsel- en slachtafval 1972, leidend tot de sluiting van het bedrijf van Leffers en zonder hem financiële compensatie te bieden is onrechtmatig.

bij een identieke rechtsproblematiek veel minder terughoudend opereert dan bij toetsing aan art. 1 Protocol. Met name de laatstgenoemde uitspraak maakt duidelijk dat, waarschijnlijk onder invloed van art. 1 Protocol, de aansprakelijkheid van de Staat bij *rechtmatig* handelen aanzienlijk is verruimd.⁸⁵

Stoornis van de eigendom is *conditio sine qua non* voor toepasselijkheid van art. 1 Protocol. Er moet dan wel een rechtstreeks verband bestaan tussen de storende handeling en de eigendom. Van een regeling waarbij het parkeren op openbaar terrein aan voorwaarden wordt onderworpen, kan niet worden gezegd dat zij inbreuk maakt op het ongestoord genot van de eigendom van een auto. Hierdoor komt art. 1 Protocol niet in beeld.⁸⁶

Het bepalen van de scheidslijn tussen ontneming van de eigendom en regulering van het gebruik hiervan blijkt in de praktijk soms buitengewoon lastig zoals blijkt uit de zaak die heeft geleid tot het varkensrechtenarrest.⁸⁷

83 HR 30 maart 2001, *NJ* 2003, 615 m.nt. MS: het toebrengen van onevenredige schade, dat wil zeggen: de op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende nadelige gevolgen die buiten het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico vallen, bij een op zichzelf rechtmatige huiszoeking is jegens de getroffene onrechtmatig. Net als EHRM 29 november 1991, *Serie A-222* (Pine Valley Developments c.s./Ierland) houdt dus ook de Hoge Raad bij het bepalen van de toekenning van de schadevergoeding rekening met een zeker bedrijfsrisico.

84 HR 21 maart 2003, *RvdW* 2003, 53, rov.3.6: 'Onevenredig nadelige – dat wil zeggen: buiten het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico vallende, en op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende – gevolgen van een overheidshandeling of overheidsbesluit, behoren immers niet ten laste van die beperkte groep te komen, maar dienen gelijkelijk over de gemeenschap te worden verdeeld (HR 30 maart 2001, nr. C 00/083, *RvdW* 2001, 71). Uit deze regel volgt dat het toebrengen van onevenredige schade bij een op zichzelf rechtmatige overheidshandeling als de onderhavige inbeslagneming (door de Keuringsdienst van Waren, J), gevolgd door vernietiging van de in beslag genomen voorwerpen jegens de daardoor getroffene (...) onrechtmatig is'.

85 De vraag is hoe lang de Hoge Raad gezien art. 1 Protocol nog kan volhouden dat de gehoudenheid tot schadevergoeding gebaseerd is op *onrechtmatige* daad. Zowel in Staat/Lavrijsen als in S/Staat wordt het overheidsoptreden nadrukkelijk als *rechtmatig* aangemerkt. In dit opzicht stukken beter is HR 23 november 1990, *NJ* 1991, 92 (Joemman/Staat I): 'Niet als juist kan worden aanvaard de stelling dat een overheidslichaam onrechtmatig handelt wanneer het door een rechtmatig handelen bij de behartiging van de hem toevertrouwde publieke belangen schade toebrengt en niet bereid is deze schade voor zijn rekening te nemen'. De Hoge Raad volgt A-G Strikwerda; zie diens conclusie, sub 8. In *RvSt* 6 mei 1997, *AB* 1997, 229 m.nt. PvB (Vlodrop) daarentegen wordt schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad als algemeen beginsel wél erkend en wordt hiervoor steun gezocht in art. 3:4 lid 2 AWB, waaraan volgens de Raad mede het beginsel van de *égalité devant les charges publiques* ten grondslag ligt 'op grond waarvan bestuursorganen zijn gehouden tot compensatie van onevenredige – buiten het maatschappelijke risico vallende en op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende – schade als gevolg van hun op de behartiging van het openbaar belang gerichte optreden'. De formulering in S/Staat vertoont met deze formulering van de *RvSt* een frappante gelijkenis en zij is mijns inziens een reflectie van de 'individual and excessive burden' van art. 1 Protocol.

86 *RvSt* 23 maart 2000, *LJN* AA5434 (Amsterdam), rov.2.2.

87 HR 16 november 2001, *NJ* 2002, 469 m.nt.TK en EAA (Vereniging Nederlandse Vakbond Varkenshouders c.s/Staat).

De Haagse rechtbank beschouwde de varkensrechten als eigendom in de zin van art. 1 Protocol.⁸⁸ Het Hof beschouwde deze rechten als een door de Staat opgelegde *beperking* van de *mestproductie* van het bedrijf, waardoor geen sprake is van ontneming, maar van regulering van het gebruik van de eigendom. Ook de Hoge Raad gaat uit van een regulering van het gebruik van de eigendom.⁸⁹ Het EHRM vermijdt soms het doen van een keuze⁹⁰ of stelt dat een keuze niet mogelijk⁹¹ dan wel lastig te maken is.⁹² Ook de Hoge Raad vermijdt soms het doen van een keuze.⁹³

Ook het begrip ontnemen blijkt de nodige scherppte te missen. Een duidelijk voorbeeld⁹⁴ hiervan is de liberalisering van de taximarkt, die tot gevolg had dat bestaande vergunningen, waarvoor belangrijke bedragen waren neergeteld, op slag hun waarde verloren. Volgens de rechter⁹⁵ was noch van een ontneming, noch van een regulering van het gebruik van eigendom sprake, omdat de Taxiwet de markt juist vrijmaakte en de reeds verstrekte vergunningen respecteerde. Miskend wordt echter dat ontneming van de waarde aan een 'asset' net zozeer een schending van de eigendom is als ontneming van de 'asset' zelf. In vergelijkbare gevallen van waarde aantasting wordt wel compensatie geboden. Ik noem als voorbeeld de vergoeding van planschade. Voorts wordt miskend dat bij regulering van het gebruik van de eigendom per definitie sprake is van maatregelen die gevolgen hebben voor de *waarde* van een possession.

88 Rechtbank Den Haag 23 december 1998, *M en R* 1999, 28 m.nt. Hoitink.

89 T.a.p. rov. 6.2.2. Voor pluimveerechten volgt CBB 10 december 2002, *LJN* AF2170, letterlijk het varkensrechtenarrest van de Hoge Raad. Zie over pluimveerechten ook CBB 21 november 2002, *LJN* AF2311.

90 EHRM 5 januari 2005, zaaknr. 58641/00 (Hoogendijk/Nederland) – de rechtsoverwegingen zijn niet genummerd –: 'The Court does not find it necessary to determine whether the applicant's loss of her entitlement to AAW benefits is to be considered a 'deprivation of possessions' within the meaning of the second sentence of the first paragraph of Article 1 of Protocol Nr. 1.'

91 EHRM 5 januari 2000, *NJ* 2000, 571 (Beyeler/Italië), § 106: 'Having regard to the foregoing, the Court does not consider it necessary to rule on whether the second sentence of the first paragraph of Article 1 applies in this case. The complexity of the factual and legal position prevents its being classified in a precise category.'

92 EHRM 20 juli 2004, zaaknr. 37598/97 (Bäck/Finland), handelend over de met art. 358 lid 1 Fw vergelijkbare Finse schuldsaneringsregeling, § 58: 'The Court observes that the adjustment of N.'s debts under the 1993 Act almost extinguished the applicant's claim. The facts of this case bear resemblance both to deprivation and to control of property, but they cannot easily be classified as a matter to be examined solely under the second or the third rule contained in Article 1 of Protocol Nr. 1.'

93 Zie HR 17 september 2004, zaaknummer 38.662, *LJN* AR2314, besproken in nr. 3.2.1.

94 Zie voor een ander voorbeeld hierna nr. 3.2.1 de conclusie van A-G Wattel vóór HR 7 maart 2003, nr. 36.621, *LJN* AD9721 inzake de verplichte ziekenfondsverzekering voor kleine zelfstandigen.

95 Rechtbank Den Haag 2 februari 2000, *LJN* AA4654.

Een mooi voorbeeld van een geval waarin door de Hoge Raad *geen* ont-neming werd geaccepteerd, is het arrest Lunderstädt/Jachtwerf Neptunus BV.⁹⁶ Hierin is de vraag aan de orde of een schuldeiser van een failliet, die door een derde is benadeeld doordat deze het vermogen van de failliet heeft (doen) leeghalen en/of hiervan heeft geprofiteerd in de periode voorafgaand aan het faillissement, het recht toekomt om zelfstandig een vordering tot schadevergoeding tegen die derde in te stellen. De Hoge Raad geeft eerst zijn eigen jurisprudentie weer op het stuk van de botsende bevoegdheden van de faillissementscurator resp. benadeelde schuldeisers – rov. 3.4.3 – en beantwoordt vervolgens de opgeworpen vraag bevestigend, omdat voor een anders-luidend oordeel mede in verband met het bepaalde in art. 1 Protocol een wettelijke grondslag vereist is – rov. 3.4.4 –:

‘3.4.3 In zijn arrest van 14 januari 1983, nr. 12026, NJ 1983, 597 heeft de Hoge Raad geoordeeld ‘dat een faillissementscurator ook bevoegd is voor de belangen van schuldeisers op te komen bij benadeling van schuldeisers door de gefailleerde en dat in zo een geval onder omstandigheden ook plaats kan zijn voor het geldend maken door de curator van een vordering tot schadevergoeding uit hoofde van art. 1401 BW tegen een derde die bij de benadeling van schuldeisers betrokken is, ook al kwam een dergelijke vordering uiteraard niet aan de gefailleerde zelf toe.’

Deze regel, die in latere arresten is herhaald en nader uitgewerkt (HR 8 november 1991, nr. 14278, NJ 1992, 174 en HR 23 december 1994, nr. 15503, NJ 1996, 628), heeft geleid tot uitvoerig debat in de literatuur. Dit richtte zich in belangrijke mate op de vraag of in de gevallen waarin (de gezamenlijke) schuldeisers uitsluitend benadeeld zijn in hun verhaalsmogelijkheden doordat baten aan de boedel zijn onttrokken – naar in cassatie veronderstellenderwijs moet worden aangenomen is hier van een dergelijk geval sprake – slechts aan de curator een vordering uit hoofde van (thans) art. 6:162 BW jegens de onrechtmatig handelende derde toekomt of dat een zodanige vordering ook rechtstreeks door de onrechtmatig benadeelde schuldeiser zelf kan worden ingesteld. Naar het onderdeel betoogt, moet het antwoord op deze vraag in laatstvermelde zin luiden: van een exclusieve bevoegdheid van de curator om deze vordering(en) geldend te maken is geen sprake.

3.4.4 Het onderdeel – in de schriftelijke toelichting wordt terecht benadrukt dat in een geval als het onderhavige, waar het gaat om een aanspraak tot schadevergoeding van een benadeelde schuldeiser jegens een derde, verstoring van de in het faillissement te handhaven ‘*paritas creditorum*’ zich niet kan voordoen – is gegrond. De sedert 1983 in de rechtspraak aangenomen bevoegdheid van de curator om ten behoeve van door de gefailleerde benadeelde schuldeisers een vordering uit onrechtmatige daad in te stellen tegen een bij die benadeling betrokken derde staat, ongeacht of de curator van deze bevoegdheid gebruik maakt of niet, niet eraan in de weg dat die schuldeisers de aan hen toekomende vordering zelf in rechte geldend maken. Voor een andersluidend oordeel zou, mede in verband met het bepaalde in art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM, een wettelijke grondslag vereist zijn. Deze kan echter, anders dan in verband met het bepaalde in art. 49

96 HR 21 december 2001, NJ 2005, 95 m.nt. S.C.J.J. Kortmann onder NJ 2005, 96.

F. het geval zou zijn bij een op art. 3:45 BW gebaseerde vordering, noch in de Faillissementswet, noch in enige andere wettelijke bepaling worden gevonden; ook niet – wat het geldend maken van de vordering tegen [verweerder 1] betreft – in art. 2:248 BW, welk artikel slechts in het geval van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur aan de curator van een gefailleerde besloten vennootschap de mogelijkheid biedt de bestuurders van die vennootschap aan te spreken voor het tekort in het faillissement’.

2.2 Het begrip eigendom

Eigendom in de zin van art. 1 Protocol heeft niet de betekenis die het begrip bij ons in art. 5:1 BW heeft, zoals al blijkt uit de Engelse en Franse tekst van de verdragsbepaling, waarin sprake is van ‘possessions’ respectievelijk ‘biens’. Dit is ook niet verwonderlijk gezien het uiteenlopend karakter van de rechtstelsels van de onderscheidene lidstaten. Het Hof kent het begrip een autonome betekenis toe.⁹⁷ Het begrip is vele malen ruimer dan ons eigendomsbegrip en omvat niet alleen ‘ownership of fysical goods’, maar ook belangen die baten vormen. Het EHRM spreekt van ‘certain other rights and interests constituting assets’.⁹⁸ Genoemd kunnen worden onder andere:⁹⁹ de wettelijke erkenning van een beroep,¹⁰⁰ een *betwiste* vordering (het Hof spreekt van een ‘legitimate expectation (to) obtain compensation’¹⁰¹), zekerheidsrechten (in casu een eigendomsvoorbehoud),¹⁰² een jachtrecht,¹⁰³ een vordering uit onrechtmatige

97 EHRM 16 september 1996, *Reports Judgments and Decisions* 1996-IV, nr. 14 (Matos e Silva/Portugal), § 75: ‘(...) the Court agrees with the Government that it is not for the Court to decide whether or not a right of property exists under domestic law. However, it recalls that the notion ‘possessions’ (in French: ‘biens’) in Article 1 of Protocol Nr. 1 (P1-1) has an autonomous meaning (...)’.

98 EHRM 23 februari 1995, *BNB* 1995, 262 m.nt. M.W.C. Feteris (Gasus Dossier- und Fördertechnik/Nederland).

99 Zie voor nog andere gevallen: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik en H.D. Ploeger, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse Burgerlijk recht* (preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2005, p. 56 e.v.

100 EHRM 26 juni 1986, *NJ* 1987, 581 m.nt. EAA (Van Marle c.s./Nederland), § 41: ‘The Court agrees with the Commission that the right relied upon by the applicants may be likened to the right of property embodied in Article 1 (P1-1): by dint of their own work, the applicants had built up a clientelle; this had in many respects the nature of a private right and constituted an asset and, hence, a possession within the meaning of the first sentence of Article 1 (P1-1).’

101 EHRM 20 november 1995, *NJ* 1996, 593 m.nt. EJD (Pressos Compania Naviera S.A. c.s./België).

102 EHRM 23 februari 1995, *BNB* 1995, 262 m.nt. M.W.C. Feteris (Gasus Dossier- und Fördertechnik/Nederland); zie hierna nr. 3.1.

103 EHRM 29 april 1999, *NJ* 1999, 649 (Chassagnou c.s./Frankrijk), § 74: ‘The Court notes that, although the applicants have not been deprived of their right to use their property, to lease it or to sell it, the compulsory transfer of the hunting rights over their land to an ACCA prevents them from making use of the right to hunt, which is directly linked to the right

daad,¹⁰⁴ (broeikasgas)emissierechten,¹⁰⁵ varkensrechten,¹⁰⁶ pluimveerechten,¹⁰⁷ exploitatie van een verkooppunt voor motorbrandstof,¹⁰⁸ productierechten¹⁰⁹ en rechten op het gebruik van een telefoonnummer of een frequentie.¹¹⁰

Ten aanzien van vergunningen zoals een drank-, horeca-, of exploitatievergunning zijn de opvattingen verdeeld. A-G Wattel¹¹¹ merkt vergunningen zonder enig voorbehoud aan als eigendom en beroept zich hiertoe op een aantal uitspraken van het EHRM.¹¹² Het EHRM lijkt in deze uitspraken de vergunningen zelf evenwel niet te zien als vermogensrechten, maar wel de onderneming die door middel van de vergunning kan worden geëxploiteerd.¹¹³ Zo overweegt het Hof in *Tre Traktörer Aktiebolag/Zweden*, § 53:

‘Like the Commission, however, the Court takes the view that the economic interests connected with the running of *Le Cardinal* were ‘possessions’ for the purposes of Article 1 of the Protocol (P1-1). Indeed, the Court has already found that the maintenance of the licence was one of the principal conditions for the carrying on of the applicant company’s business, and that its withdrawal had adverse effects on the goodwill and value of the restaurant (...).’

of property, as they see fit. In the present case the applicants do not wish to hunt on their land and object to the fact that others may come onto their land to hunt. However, although opposed to hunting on ethical grounds, they are obliged to tolerate the presence of armed men and gun dogs on their land every year. This restriction on the free exercise of the right of use undoubtedly constitutes an interference with the applicants’ enjoyment of their rights as the owners of property. Accordingly, the second paragraph of Article 1 is applicable in the case.’ Zie ook *NCJM-Bulletin* 1999, p. 771-790, m.nt. H. Bosma en P. Mendels.

104 EHRM 20 november 1995, *NJ* 1996, 593 m.nt. EJD (*Pressos Compania Naviera S.A. c.s./België*).

105 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 766, nr. 3, p. 50.

106 HR 16 november 2001, *NJ* 2002, 469 m.nt. TK en EAA (*Vereniging Nederlandse Vakbond Varkenshouders c.s./Staat*).

107 CBB 10 december 2002, *LJN* AF2170.

108 Wet tot veiling van bepaalde verkooppunten van motorbrandstoffen, *Stb.* 2005, 324 (*Kamerstukken* 29 951).

109 Vergelijk voor melk: HJEG 13 juli 1995, 466 c.s./93 O’Dwyer c.s. (*Irish creamery milk suppliers*) en HJEG 15 april 1997, 22/94, (*Irish Farmers Association/Minister for Agriculture, Food and Forestry Ireland*), waarin het HJEG expliciet ingaat op het grondrecht van eigendom. Zie voor mest: *Kamerstukken II* 2000/01, 27 825, nrs. 1-2, p. 22 (rapport; Invoering mineralenaangiftesysteem).

110 MDW-werkgroep Veilen en andere allocatiemechanismen, ‘Juridisch achtergrondrapport’, maart 2002, p. 17, te vinden op: <[http://apps.ez.nl/mdw/Projecten/Project81/veilen\(rap\)bijlage5.doc](http://apps.ez.nl/mdw/Projecten/Project81/veilen(rap)bijlage5.doc)>. MDW staat voor: Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit.

111 In zijn conclusie, sub 4.1, vóór HR 7 maart 2003, nr. 36.621, *LJN* AD9721.

112 EHRM 7 juli 1989, *Serie A*, nr. 159 (*Tre Traktörer Aktiebolag/Zweden*), EHRM 18 februari 1991, *Serie A*, nr. 192 (*Fredin/Zweden*) en EHRM 29 november 1991, *Serie A*, nr. 222 (*Pine Valley c.s./Ierland*).

113 In deze zin ook: Rapport van de MDW werkgroep verhandelbare rechten, ‘Verhandelbare rechten, Fase II, Ingrijpen en compenseren?’, onder voorzitterschap van L.A. Geelhoed,

Niet de vergunning, maar het economisch belang om het restaurant te runnen, wordt als possession aangemerkt. In *Fredin/Zweden* gaat het om de exploitatie van een grindmijn en wordt in § 40 overwogen:

‘The Court finds – and this point was not contested before it – that the revocation of the permit interfered with the applicants’ right to the peaceful enjoyment of their possessions, including the economic interests connected with the exploitation of the gravel pit (see, *mutatis mutandis*, the *Tre Traktörer AB* judgment of 7 July 1989, Series A Vol. 159, p. 21, § 53).’

Wederom wordt niet de vergunning (permit), maar het economisch belang verbonden aan de exploitatie van de grindmijn als possession aangemerkt.

De vraag of de vergunning zelf dan wel de op grond van deze vergunning geëxploiteerde onderneming een possession is, is van belang omdat in het eerste geval sprake is van een ontneming van de eigendom (sc. de vergunning) en in het tweede slechts van een regulering van het gebruik van eigendom¹¹⁴ (sc. de onderneming) en dit onderscheid is, zoals gezegd, weer van belang voor de schadevergoedingsplicht van de Staat en de minder strenge toetsing bij regulering van het gebruik van de eigendom.

De Europese Commissie voor de Rechten van de Mens heeft de mogelijkheid dat een vergunning om bepaalde economische activiteiten te ontplooiën als een possession kan worden beschouwd, opengelaten. Volgens de Commissie hangt het antwoord op de vraag of een vergunning een possession is onder meer af van de mate waarin ‘the license can be considered to create for the license-holder a reasonable and legitimate expectation as to the lasting nature of the license and as to the possibility to continue to draw benefits from the exercise of licensed activity.’¹¹⁵

2000, p. 27-28, te vinden op: <[http://apps.ez.nl/mdw/Projecten/Project70/verhandelbare_rechten%20fase%20II\(rap\).doc](http://apps.ez.nl/mdw/Projecten/Project70/verhandelbare_rechten%20fase%20II(rap).doc)> (corrigeer de fout in het adres niet!). Zie ook EHRM 25 maart 1999, *NJ* 1999, 649 (*Iatridis/Griekenland*). Het betrof hier een klantenbestand van een bioscoop waarvoor een geldig pachtcontract bestond en een overheidsvergunning was afgegeven. In het Nederlands recht hebben we precies dezelfde discussie (gehad): is de niet persoonsgebonden goodwill, de zogeheten lichamelijke goodwill, een afzonderlijk subjectief recht, zoals bijvoorbeeld Cohen Jehoram, *Goodwillrecht* (diss. 1963), Deventer: Kluwer 1963, *passim*, verdedigt of gaat zij op in de zaken, die tezamen een hogere waarde vertegenwoordigen dan de som van de afzonderlijke onderdelen? Asser-Mijnsen-De Haan, 2001, nr. 5 verwerpen de opvatting dat een absoluut recht op goodwill bestaat.

114 In deze zin ook: Rapport van de MDW werkgroep verhandelbare rechten, ‘Verhandelbare rechten’, onder voorzitterschap van L.A. Geelhoed (niet te verwarren met het in de vorige noot genoemde rapport) en te vinden op: <[http://apps.ez.nl/mdw/Projecten/Project70/verhandelbare_rechten\(rap\).doc](http://apps.ez.nl/mdw/Projecten/Project70/verhandelbare_rechten(rap).doc)>, p. 38.

115 ECRM ontvankelijkheidsbeslissing 10426/83 *Pudas/Zweden*. Uitspraak van het EHRM: 27 oktober 1987, zaaknr. 10426/83, *Serie A*, nr. 125-A.

In noot 60 is al de opvatting van Van Dijk en Van Hoof¹¹⁶ genoemd, die betogen dat het EHRM minder geneigd is om een 'possession/bien' (art. 1) aan te nemen, indien geen sprake is van 'civil rights and obligations' (art. 6). In dit verband verdient opmerking dat, terwijl het EHRM niet geneigd is de vergunning zelf te beschouwen als een possession, het desondanks van oordeel is dat een afgegeven hinderwetvergunning een 'civil right' in de zin van art. 6 Protocol is, ook al staat zij bloot aan vernietiging wegens door derden tegen haar afgifte ingebrachte bezwaren en leiden deze inderdaad tot haar vernietiging.¹¹⁷

Het moet bij art. 1 Protocol steeds gaan om vermogensrechten met een economische waarde.¹¹⁸ Geen beletsel voor erkenning als eigendom vormt de omstandigheid dat het recht volgens het nationale recht van de klager wordt betwist of niet bestaat.¹¹⁹ Dat het recht niet overdraagbaar is of in het publiekrecht wortelt, is evenmin een beletsel. Ik noem als voorbeeld de thans te bespreken sociale uitkering.

Volgens de wetgever is onduidelijk of een sociale uitkering van de overheid een eigendomsrecht is.¹²⁰ Dit is een hoogst opmerkelijk standpunt in het licht van de Gaygusuz-uitspraak,¹²¹ waarin het Hof in § 41 overweegt:

'The court considers that the right to emergency assistance¹²² – insofar as provided for in the applicable legislation – is a pecuniary right for the purposes of Article 1 of protocol Nr. 1. That provision is therefore applicable without it being necessary to rely solely on the link between entitlement to emergency assistance and the obligation to pay taxes or other contributions'.

116 P. van Dijk en G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, The Hague: Kluwer Law International, 1998, p. 620.

117 Zie EHRM 23 oktober 1985, NJ 1986, 102 (Bentham/Nederland), § 36.

118 Zie A-G Wattel in zijn conclusie, sub 4.5, vóór HR 7 maart 2003, nr. 36.621, LJN AD9721; H.D. Ploeger, 'Eigendom in het licht van het EVRM', WPNR 6419 (2000), nr. 4.3; P. van Dijk en G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, The Hague: Kluwer Law International, 1998, p. 620 en het in noot 110 genoemde Rapport van de MDW werkgroep Verhandelbare rechten, p. 27.

119 EHRM 16 september 1996, *Reports Judgments and Decisions* 1996-IV, nr. 14 (Matos e Silva/Portugal), § 75: 'the Court agrees with the Government that it is not for the Court to decide whether or not a right of property exists under domestic law. However, it recalls that the notion 'possessions' (in French: 'biens') in Article 1 of Protocol Nr. 1 (P1-1) has an autonomous meaning (see the Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH v. the Netherlands judgment of 23 February 1995, Series AVol. 306-B, p. 46, para. 53). In the present case the applicants' unchallenged rights over the disputed land for almost a century and the revenue they derive from working it may qualify as 'possessions' for the purposes of Article 1 (P1-1)'.

120 *Kamerstukken II* 1998/99, 25 757, nr. 60b, p. 7 (Wijziging van de Ziektewet, de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering en enkele andere wetten in verband met de beperking van het exporteren van uitkeringen (Wet beperking export uitkeringen)).

121 EHRM 16 september 1996, NJ 1998, 738 en in *Reports Judgments and Decisions* 1996-IV nr. 14.

122 Dit is een in Oostenrijk bestaande aanspraak voor personen wier recht op een werkloosheidsuitkering is geëindigd.

Hieruit valt af te leiden dat het recht op uitkering een eigendomsrecht is zonder dat hiertoe een tegenprestatie in de vorm van een premie of afdracht van belastingen behoeft te worden verricht.

De opvatting van de wetgever lijkt evenmin verenigbaar met de uitspraken van de CRvB inzake de inkomensafhankelijke ANW-uitkering en de Wet sociale zekerheidsrechten gedetineerden,¹²³ omdat de Raad impliciet ervan uitgaat dat sprake is van eigendom. Ten aanzien van de AAW-uitkering zegt de CRvB¹²⁴ letterlijk: 'Het eigendoms karakter van de AAW-uitkering behoeft niet meer in twijfel te worden getrokken'. Voorts is het standpunt van de wetgever niet goed verenigbaar met het eigen standpunt inzake de Wet werk en bijstand.¹²⁵ Aan alle onzekerheid lijkt een einde te zijn gemaakt in EHRM 30 september 2003, RSV 2005, 15 m.nt. M. van Everdingen (Koua Poirrez/Frankrijk), inzake een Franse bijstandsuitkering aan volwassen invaliden. In § 37 wordt na een woordelijke herhaling van de hiervoor geciteerde Gaygusuz-uitspraak overwogen:

'In that connection the Court considers that the fact that, in that case, the applicant had paid contributions and was thus entitled to emergency assistance (ibid., § 39) does not mean, by converse implication, that a non-contributory social benefit such as the AAH does not also give rise to a pecuniary right for the purposes of Article 1 of Protocol Nr. 1.'

Hiermee staat naar mijn mening vast dat iedere sociale uitkering, ongeacht of hiervoor premie c.q. belasting is betaald, eigendom is in de zin van art. 1 Protocol.

Van het aanbieden van goederen en diensten door de overheid in de zin van artikel 7 Algemene wet gelijke behandeling, zoals het verlenen van vergunningen en subsidies, wordt eveneens het eigendoms karakter door de wetgever ontkend¹²⁶ en ook hier kan een vraagteken bij worden geplaatst, omdat, minst genomen, sprake is van een verwachting, zeker indien sprake is van een gebonden beschikking en de belanghebbende voldoet aan de voorwaarden voor haar verlening.

Ook een verwachting kan volgens het EHRM eigendom zijn.¹²⁷ De verwachting moet wel voldoende concreet en reëel zijn en niet uitsluitend op hoop

123 Zie de noten 17 en 30.

124 CRvB 22 december 1999, RSV 2000, 78. Zie ook CRvB 24 januari 2001, AB 2001, 81 m.nt. FP inzake de ANW-uitkering.

125 *Kamerstukken I* 2003/04, 28 870 en 28 960, nr. E, p. 1 (Vaststelling van een wet inzake ondersteuning bij arbeidsinschakeling en verlening van bijstand door gemeenten (Wet werk en bijstand) resp. Invoering van de Wet werk en bijstand (Invoeringswet Wet werk en bijstand)).

126 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 481, nr. 1, p. 17 (Evaluatie Algemene wet gelijke behandeling).

127 EHRM 9 december 1994, NJ 1996, 592 m.nt. EJD (Stran Greek Refineries c.s./Griekenland), § 62: 'At the moment when Law nr. 1701/1987 was passed the arbitration award of 27

zijn gebaseerd.¹²⁸ In het arrest Kopecký/Slowakije¹²⁹ formuleert het Hof het aldus:

‘the hope of recognition of a property right which it has been impossible to exercise effectively cannot be considered a ‘possession’ within the meaning of Article 1 of Protocol Nr. 1, nor can a conditional claim which lapses as a result of the non-fulfilment of the condition.’

De ‘legitimate expectation’ raakt niet uitsluitend de verkrijging of het genot van de eigendom, maar omvat ook perspectieven die rechtstreeks verband houden met de verkrijging of het genot van de eigendom.¹³⁰

Ten tijde van een gebeurtenis nog niet bestaande, doch nadien gerealiseerde wetgeving kan ex post niet alsnog een verwachting laat staan een possession creëren.¹³¹ Een contractuele optie op verlenging van een lease overeenkomst,

February 1984 therefore conferred on the applicants a right in the sums awarded. Admittedly, that right was revocable, since the award could still be annulled, but the ordinary courts had by then already twice held – at first instance and on appeal – that there was no ground for such annulment. Accordingly, in the Court’s view, that right constituted a ‘possession’ within the meaning of Article 1 of Protocol Nr. 1 (P1-1).’ In EHRM 28 september 2004, zaaknr. 44912/98 (Kopecký/Slowakije) §§ 45-52 geeft het Hof een handzaam resumé wanneer een ‘legitimate expectation’ mag worden aangenomen.

128 Zo wordt de verwachting de erflater bij diens overlijden op te volgen niet beschermd, EHRM 13 juni 1979, NJ 1980, 462 m.nt. EAA (Marckx/België) evenmin als de verwachting van een Duitse notaris toekomstig inkomen te genereren, EComRM 1 april 1974 (X/Duitsland) Yearbook ECHR 1974, 148. Zie ook T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik en H.D. Ploeger, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse Burgerlijk recht* (preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2005, p. 60.

129 EHRM 28 september 2004, zaaknr. 44912/98.

130 EHRM 24 februari 2005, zaaknr. 46447/99, (Djidrovski/voormalige Yoegoslavische Republiek Macedonië), § 80: ‘The ‘legitimate expectation’ may also encompass the conditions attaching to the acquisition or enjoyment of property rights. For example, in the case of *Pine Valley* (cited above), the Court found that a legitimate expectation arose when outline planning permission had been granted, in reliance on which the applicant companies had purchased land with a view to its development. The planning permission, which was later annulled rendering development of the land impossible, was a ‘component part of the applicant companies’ property’. Similarly, where an applicant had leased land for a period of 22 years on payment of an annual ground rent with an option to renew the lease for a further period at the expiry of the term and had erected at his own expense buildings to sub-let for rent, the Court found that he had to be regarded as having at least a ‘legitimate expectation’ of exercising the option to renew and this had to be regarded, for the purposes of Article 1 of Protocol Nr. 1 as ‘attached to the property rights granted to him ... under the lease’ (*Stretch v. the United Kingdom*, nr. 44277/98, § 35, 24 June 2003).’ In casu betrof de verwachting een voor een (ex-)militair geldend gereduceerd tarief voor de aankoop van een woning.

131 EHRM 9 december 2003, 53002/99 (Meyne-Moskalczuk c.s./Nederland): ‘(...) it cannot be said that at the time when they were divorced, i.e. before the entry into force of the 1995 Act (gedoeld wordt op de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding, J), the applicants had either a ‘possession’ or a ‘legitimate expectation’ to be entitled to any part of their former husbands’ pensions. The applicants are now asking the Court to hold that a ‘legitimate expectation’ has come into being through the operation of the 1995 Act even though

verleend door een daartoe onbevoegd orgaan, creëert desondanks een ‘legitimate expectation’ indien geen van beide partijen zich bewust was van de onbevoegdheid.¹³²

Een bestaande fiscale vrijstelling vormt geen legitieme verwachting en dus ook geen possession. Volgens de Hoge Raad¹³³ is intrekking van de vrijstelling dan ook geen schending van art. 1 Protocol:

‘De tot 27 juni 2000 gerijpte waardestijging (sc. van de ondergrond, J) is niet aan belastingheffing op grond van een tot dat tijdstip bestaan hebbend, voor hem gunstiger regime onderworpen geweest. Aan voormeld arrest¹³⁴ kan voorts voor een geval als dat van belanghebbende niet worden ontleend dat artikel 1 van het Eerste Protocol een verwachting beschermde dat de belastingwet, zoals geldend tot 27 juni 2000, ongewijzigd zou blijven tot na het moment waarop bedoelde waardestijging zich zou vertalen in een voor de belastingheffing in aanmerking te nemen inkomst.’

Het oordeel lijkt mij juist. In het andere geval zou lopende een fiscaal jaar nooit legitiem bijvoorbeeld een tariefswijziging kunnen worden doorgevoerd. Er bestaat geen recht op handhaving van een bepaalde fiscale status quo (vrijstelling, tarief etc), dus ook niet in de vorm van een beschermingswaardige verwachting. Pas na ommekomst van het fiscale jaar kan mijns inziens een belastingplichtige fiscale possessions claimen.

De CRvB¹³⁵ nuanceert in het kader van de ANW-uitkering het begrip verwachting:

‘Onder de term ‘possessions’ in art. 1 van het Eerste Protocol moeten mede worden verstaan vermogensbestanddelen, met inbegrip van aanspraken, met betrekking waartoe de betrokkene kan onderbouwen dat hij tenminste een gerechtvaardigde verwachting heeft dat die zullen worden gerealiseerd. Van een dergelijke ‘possession’ is tot het moment van overlijden van de echtgenoot van betrokkene geen sprake geweest. Aan het risicoverzekeringskarakter van de Anw is inherent dat – afgezien van internationale gevallen waarin een overledene mede aan één of meer opbouwstelsels onderworpen is geweest – een vervuld tijdvak van verzekering

it did not exist before. However, such a position is not tenable in the light of the relevant domestic law. Moreover, Article 1 of Protocol Nr. 1 does not guarantee the right to acquire property (see, as a recent authority, *Jantner v. Slovakia*, nr. 39050/97, § 34, 4 March 2003).’

132 EHRM 24 juni 2003, zaaknr. 44277/98 (Stretch/Verenigd Koninkrijk), § 34.

133 HR 1 april 2005, zaaknr. 40.537, LJN AT3037 inzake een landbouwvrijstelling.

134 Gedoeld wordt op EHRM 10 juni 2003, zaaknr. 27793/95 (M.A. c.s/Finland). Het Hof overwoog (de overwegingen zijn niet genummerd): ‘Nor does the fact that the legislation applied retroactively in the applicants’ case constitute per se a violation of Article 1 of Protocol Nr. 1, as retrospective tax legislation is not as such prohibited by that provision. The question to be answered is whether, in the applicants’ specific circumstances, the retrospective application of the law imposed an unreasonable burden on them and thereby failed to strike a fair balance between the various interests involved.’

135 CRvB 5 december 2003, LJN AO2554.

krachtens de Anw is 'uitgewerkt', en derhalve geen economische waarde meer vertegenwoordigt, als het verzekerd risico tijdens dit tijdvak niet is ingetreden.'

Dit is in overeenstemming met het hiervóór geciteerde arrest Kopecký/Slowakije.¹³⁶

Een stuk ingewikkelder liggen de (eigendoms)zaken bij de Mijnbouwwet, waarin men in de Toelichting uitvoerige uiteenzettingen vindt over de vraag wie in de zin van art. 5:1 BW eigenaar is van nog niet gewonnen delfstoffen.¹³⁷ Naar het oordeel van de wetgever is het wetsvoorstel Mijnbouwwet verenigbaar met art. 1 Protocol.

Ik memoreer dat de regering in de toelichting op de Wet tot veiling van bepaalde verkooppunten van motorbrandstoffen,¹³⁸ opmerkt het mogelijk te achten dat de exploitatierechten van pompstations eigendom zijn in de zin van art. 1 Protocol.¹³⁹

3 DE TOEGESTANE BEPERKINGEN VAN DE EIGENDOM OF VAN HET GEBRUIK HIERVAN

In het vorige nummer is al aan de orde gekomen dat de beperking van de eigendom hetzij een ontneming van de eigendom, hetzij een regulering van het gebruik ervan kan betreffen. In de navolgende beschouwingen onderzoek ik hoe achtereenvolgens het EHRM en de verschillende hoogste Nederlandse rechtscolleges omgaan met de beperkingen die art. 1 Protocol toestaat. Het beeld dat zich ontvouwt, is niet erg bemoedigend. Het meeste lef wordt nog getoond door het EHRM, maar aan de andere kant biedt het Hof aan de lidstaten zoveel ruimte om van de uitzonderingsmogelijkheden gebruik te maken ('the wide margin of appreciation'), dat art. 1 Protocol voor de klager in de regel materieel weinig voorstelt. Maar wellicht dat de zo te bespreken Hatton-zaak een kentering inluidt.

Ook de hoogste Nederlandse rechters zijn uiterst terughoudend bij het aannemen van een ontoelaatbare schending van art. 1 Protocol. In dit verband is echter wel frappant dat de Hoge Raad op nationaal niveau bij ontneming of regulering van de eigendom met hantering van dezelfde criteria als het EHRM

136 Zie ook EHRM 4 maart 2003, zaaknr. 39050/97, (Jantner/Slowakije).

137 *Kamerstukken I* 2002/03, 26 219, nrs. 21 en 21a (Regels met betrekking tot onderzoek naar en het winnen van delfstoffen en met betrekking tot met de mijnbouw verwante activiteiten).

138 Zie noot 40.

139 Zie voor nog andere voorbeelden: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik en H.D. Ploeger, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse Burgerlijk recht* (preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2005, p. 56 e.v.

voorschrijft in het kader van art. 1 Protocol, wél met enige regelmaat oordeelt dat de Staat voor zijn optreden schadeplichtig is.¹⁴⁰

Van allen is de wetgever het conservatiefst. Hij trekt zich in de regel achter een dubbele linie terug: primair wordt het bestaan van een eigendomsrecht ontkend, subsidiair wordt gesteld dat het gaat om een door het verdrag toegelaten schending van de eigendom.¹⁴¹

Uiteraard is het niet mogelijk om alle interessante zaken de revue te laten passeren. Bij de selectie heb ik gekozen voor de meest sprekende gevallen.

3.1 EHRM

3.1.1 *Bewoners in de buurt van Heathrow wier nachtrust wordt verstoord door vliegverkeer*

In het Nederlands recht wordt de hinder die een eigenaar van een opstal – doorgaans een huis, maar de opstal kan ook bijvoorbeeld een kantoor zijn – ondervindt en die bestaat uit lawaai, stank, rook, trillingen e.d. niet beschouwd als een aantasting van diens persoon, maar als een inbreuk op diens eigendomsrecht.¹⁴² Indien men het huurrecht als een semi absoluut recht beschouwt, geldt m.m. hetzelfde voor de huurder.¹⁴³ In andere gevallen van een obligatoir gebruiksrecht geldt hinder als een schending van de zorgvuldigheidsverplichting.¹⁴⁴

Het EHRM doet het radicaal anders blijkens *Hatton c.s./Verenigd Koninkrijk*.¹⁴⁵ Het Hof ontloopt het probleem van art. 8 *lid 1* Protocol ('Everyone has the right to respect for private and family life, his home ...') doordat het vaststelt dat de Staat geen actor bij de schending is, maar zoekt de oplossing in lid 2 van dit artikel. De vraag is of dit geen uitstel van executie is, want vroeg of laat dient zich een zaak aan waarin de hinder de eigendom raakt en de Staat wél als actor opereert.¹⁴⁶

140 Zie de in de noten 82-84 genoemde gevallen.

141 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken I* 2002/03, 26 219, nr. 21a (Regels met betrekking tot onderzoek naar en het winnen van delfstoffen en met betrekking tot met de mijnbouw verwante activiteiten), en *Kamerstukken II* 1998/99, 25 757, nr. 60b, p. 7 (Wijziging van de Ziektewet, de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering en enkele andere wetten in verband met de beperking van het exporteren van uitkeringen (Wet beperking export uitkeringen)).

142 HR 30 januari 1914, *NJ* 1914, 497 (Krul/Joosten) en 10 maart 1972, *NJ* 1972, 278 m.nt. GJS (Vermeulen/Lekkerkerker).

143 In deze zin: J. Hijma en M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2002, nr. 408.

144 HR 16 maart 1973, *NJ* 1975, 74 m.nt. B.W (Stikke Trui).

145 EHRM 2 oktober 2001, *NJ* 2003, 454 m.nt. EJD.

146 Men denke aan snelwegen die vlak langs woningen gaan en aan GSM-masten, mits het beweerde verband met allerlei lichamelijke klachten wetenschappelijk kan worden vastgesteld.

Ook al heeft de zaak geen rechtstreeks verband met art. 1 Protocol, hoewel eigendom onmiskenbaar op de achtergrond speelt, hij is toch voldoende interessant om hem in deze bijdrage te bespreken, omdat hij een goed inzicht geeft in de wijze van opereren van het EHRM, in de alternatieven die bestaan indien art. 1 of 8 lid 1 Protocol niet haalbaar is, maar vooral omdat hij inzicht biedt in de mate van rek, die in de uitzonderingsmogelijkheden van deze bepalingen zit.

Mevrouw Hatton is een van degenen die de Engelse Staat aanklagen wegens verstoring van de nachtrust door het luchtverkeer van de luchthaven Heathrow in de buurt waarvan zij woont. Het Hof geeft eerst aan waarom geen sprake kan zijn van schending van art. 8 lid 1 Protocol: § 95:

‘The Court notes that Heathrow airport and the aircraft which use it are not owned, controlled or operated by the Government or by any agency of the Government. The Court considers that, accordingly, the United Kingdom cannot be said to have ‘interfered’ with the applicants’ private or family life. Instead, the applicants’ complaints fall to be analysed in terms of a positive duty on the State to take reasonable and appropriate measures to secure the applicants’ rights under Article 8 § 1 of the Convention (see the *Powell and Rayner v. the United Kingdom* judgment of 21 February 1990, Series A Vol. 172, § 41, and the *Guerra v. Italy* judgment of 19 February 1998, *Reports* 1998-I, § 58).’

Omdat de Engelse Staat direct noch indirect eigenaar, beheerder of exploitant is van de luchthaven of van de vliegtuigen die de lawaaioverlast veroorzaken, kan hij geen inbreuk plegen op het grondrecht van art. 8 lid 1 Protocol. Maar dit vrijwaart hem niet van aansprakelijkheid, want uit art. 8 lid 2 Protocol¹⁴⁷ leidt het Hof een op de Engelse Staat rustende gedragsverplichting af maatregelen te nemen ter bevordering en bescherming van het privacyrecht van art. 8 lid 1: § 96:

‘Whatever analytical approach is adopted – the positive duty or an interference – the applicable principles regarding justification under Article 8 § 2 are broadly similar (the aforementioned *Powell and Rayner v. the United Kingdom* judgment *loc. cit.*). In both contexts, regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole. In both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation in determining the steps to be taken to ensure compliance with the Convention (see, for example, the *Rees v. the United Kingdom* judgment of 17 October 1986, Series A Vol. 106, § 37, as concerns Article 8 § 1, and the *Leander v. Sweden* judgment of 26 March 1987, Series A Vol. 116, § 59, as concerns Article 8 § 2). Furthermore, even in relation to the positive obligations flowing from Article 8 § 1, in striking

147 Lid 2 luidt (voor zover van belang): ‘There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as in accordance with the law and necessary in a democratic society in the interests of (...) the economic well-being of the country (...) or for the protection of the rights and freedoms of others.’

the required balance the aims mentioned in Article 8 § 2 may be of a certain relevance (see the Rees v. the United Kingdom judgment previously cited, loc. cit.; see also the Lopez Ostra v. Spain judgment of 9 December 1994, Series A Vol. 303-C, p. 54, § 51).’

Waar het betreft de naleving van deze verplichting introduceert het Hof een oude bekende: ‘striking the fair balance between private and public interest within the wide margin of appreciation’ en de Hatton-zaak is met name van belang en interessant, omdat hij laat zien hoe het Hof met deze – ook aan art. 1 Protocol ten grondslag liggende regel – omgaat en die tot interne verdeeldheid binnen het Hof heeft geleid, omdat de minderheid de meerderheid ervan beticht een *politieke* beslissing te hebben genomen, die een miskennen inhoudt van de ruime beleidsvrijheid van de Engelse Staat om economische belangen te laten prevaleren boven het leef- en woongenot van de klagers.

De cruciale overweging van het meerderheidsstandpunt is § 97:

‘The Court would, however, underline that in striking the required balance, States must have regard to the whole range of material considerations. Further, in the particularly sensitive field of environmental protection, mere reference to the economic well-being of the country is not sufficient to outweigh the rights of others. The Court recalls that in the above-mentioned Lopez Ostra v. Spain case, and notwithstanding the undoubted economic interest for the national economy of the tanneries concerned, the Court looked in considerable detail at ‘whether the national authorities took the measures necessary for protecting the applicant’s right to respect for her home and for her private and family life ...’ (judgment of 9 December 1994, p. 55, § 55). It considers that States are required to minimise, as far as possible, the interference with these rights, by trying to find alternative solutions and by generally seeking to achieve their aims in the least onerous way as regards human rights. In order to do that, a proper and complete investigation and study with the aim of finding the best possible solution which will, in reality, strike the right balance should precede the relevant project.’

Hier gaat het Hof verheugend ver. De Staat moet *alle* in aanmerking komende belangen in zijn overwegingen betrekken, terwijl economische belangen niet eo ipso zwaarder wegen dan de rechten van anderen. Het Hof snijdt deze vergaande regel niet toe op art. 8, maar rept heel in het algemeen van (grond?)-rechten van anderen, waardoor de uitspraak van principiële betekenis is ook voor art. 1 Protocol.

Het Hof gaat vervolgens nauwkeurig na wat de Staat heeft gedaan om tot een goede belangenafweging te komen. De conclusie – in mijn woorden –: too little, too late. Zo heeft de regering geen eigen onderzoek gedaan naar ‘the reality or extent of that economic interest’ (§ 100). Ook is geen poging gedaan ‘to quantify the aviation and economic benefits in monetary terms’ (§ 101). De tussenconclusie waartoe het Hof komt: § 102:

‘The Court concludes from the above that whilst it is, at the very least, likely that night flights contribute to a certain extent to the national economy as a whole, the importance of that contribution has never been assessed critically, whether by the Government directly or by independent research on their behalf.’

Vervolgens constateert het Hof dat ‘only limited research had been carried out into the nature of sleep disturbance and prevention’ (§ 103), terwijl het rapport dát er was, was beperkt tot ‘sleep disturbance’ en in het geheel geen melding maakte van ‘sleep prevention’.

Het Hof oordeelt vervolgens dat ook gekeken moet worden naar de specifieke maatregelen die zijn genomen om de lawaaioverlast te beperken en oordeelt dat deze bescheiden zijn.

Dit alles brengt het Hof tot het volgende oordeel:

‘106. However, the Court does not accept that these modest steps at improving the night noise climate are capable of constituting ‘the measures necessary’ to protect the applicants’ position. In particular, in the absence of any serious attempt to evaluate the extent or impact of the interferences with the applicants’ sleep patterns, and generally in the absence of a prior specific and complete study with the aim of finding the least onerous solution as regards human rights, it is not possible to agree that in weighing the interferences against the economic interest of the country – which itself had not been quantified – the Government struck the right balance in setting up the 1993 Scheme.

107. Having regard to the foregoing, and despite the margin of appreciation left to the respondent State, the Court considers that in implementing the 1993 scheme the State failed to strike a fair balance between the United Kingdom’s economic well-being and the applicants’ effective enjoyment of their right to respect for their homes and their private and family lives.

There has accordingly been a violation of Article 8.’

In het kader van de ‘fair balance’ stelt het Hof zelfstandig vast wát de Engelse regering had moeten doen, maar heeft nagelaten om klagers te beschermen, het geeft een oordeel over wat zij wel gedaan heeft en komt, de eindbalans opmakend, in § 106 tot een vernietigend oordeel.

De overweging in § 107 kan niet verhelen dat het Hof niet marginaal, maar volledig toetst of datgene wat de regering heeft gedaan met het oog op haar gehoudenheid ex art. 8 lid 2 Protocol ‘adequate’¹⁴⁸ maatregelen zijn om klagers te beschermen’ (formulering § 104). Dit komt doordat het Hof op basis van *eigen* uitgangspunten het optreden van de regering – zowel hetgeen zij heeft gedaan als hetgeen zij heeft nagelaten – beoordeelt.

In zijn *concurring* opinion betoogt Costa dat een aantal individuen een te hoge prijs (verstoring van hun nachtrust) betaalt voor het naar zijn inzicht onvoldoende aangetoond algemeen economisch belang van een bereikbare

148 In de geciteerde § 106 spreekt het Hof echter van ‘the measures *necessary*’ (cursief van mij, J).

luchthaven en die op een of andere manier moet worden gecompenseerd bijvoorbeeld door geluidwerende voorzieningen te treffen aan de woning.

In zijn *partly dissenting* opinion werpt Greve de vraag op of zich niet een geheel nieuwe generatie rechten aandient, die niet goed zijn in te passen in art. 8 Protocol, reden waarom hij niet met de meerderheid meestemt.¹⁴⁹

De tweede dissenter, Kerr, ziet de verstoring van de nachtrust als een gevolg van de vrije woonplaatskeuze van het individu en als een fact of life in een veranderende wereld.¹⁵⁰

3.1.2 Caravanstandplaats op eigen terrein voor een zigeunerin

De opmaat voor de Hatton-uitspraak is de zaak Buckley/Verenigd Koninkrijk.¹⁵¹ Ontdaan van alle bijkomstigheden is het volgende aan de hand: Buckley is een zigeunerin die al haar hele leven in een caravan woont. In verwachting van haar derde kind en van echt gescheiden van haar partner koopt ze een stukje grond, gelegen naast dat van haar zus om daarop in haar wooncaravan te gaan wonen. Haar zus heeft wel (tijdelijke) toestemming voor het plaatsen van een aantal wooncaravans op het haar in eigendom toebehorende terrein. Aan Buckley wordt eenzelfde toestemming geweigerd. Later wordt zij verwezen naar een speciaal daartoe door de gemeente voor zigeuners in het leven geroepen standplaats, gelegen op zo'n 700 meter afstand van haar terrein. Buckley weigert daar naartoe te verhuizen onder meer wegens een aantal gewelddadige incidenten die zich daar hebben voorgedaan. De gemeente persisteert. Buckley stelt zich op het standpunt 'that Gypsies should not be

149 'These environmental rights are nonetheless of a different character from the core right not to have one's home raided without a warrant. Environmental problems may lead to State responsibility under Article 8 as a consequence of the impact of planning decisions, and potentially also when a State refrains from adequately addressing serious environmental problems. Unlike the majority, I find no major shortcomings in the State's inquiry into night flights' noise and the decision-making process used in this case by the authorities in the United Kingdom. On the contrary, I find that the procedures were reasonable and adequate'. In dit verband verwijst hij naar EHRM 25 september 1996, NJ 1997, 555 m.nt. EJD (Buckley/Verenigd Koninkrijk), hierna in 3.1 besproken.

150 'Modern life is beset with inconveniences. It is an inevitable incident of our changing world that land use plans change and that those changes have an impact on the lives of individuals. From time to time motorways are extended, roads are re-routed or public buildings are erected near private property. Those who are directly affected by such developments are naturally most likely to oppose them. So it is with night flights. But the mere fact that one's private life is interfered with by such developments is not enough to attract the protection of Article 8. It must be demonstrated that, in trying to balance the individual's rights and society's needs and interests, the State has not afforded the rights enshrined in that provision the requisite respect. In addressing that question, the possibility of removing oneself from the source of the inconvenience cannot be ignored. Having considered all the available evidence, I have concluded that it has not been established that there was a significant interference with the applicants' right to private life'.

151 EHRM 25 september 1996, NJ 1997, 555 m.nt. EJD (Buckley/Verenigd Koninkrijk).

immune from planning controls but argued that the burden placed on her was disproportionate. She stated that, seeking to act within the law, she had purchased the site to provide a safe and stable environment for her children and to be near the school they were attending.' Het Hof overweegt als volgt:

'74. As is well established in the Court's case-law, it is for the national authorities to make the initial assessment of the 'necessity' for an interference, as regards both the legislative framework and the particular measure of implementation (see, *inter alia* and *mutatis mutandis*, the *Leander v. Sweden* judgment of 26 March 1987, Series A Vol. 116, p. 25, para. 59, and the *Mialhe v. France* (Vol. 1) judgment of 25 February 1993, Series A Vol. 256-C, p. 89, para. 36). Although a margin of appreciation is thereby left to the national authorities, their decision remains subject to review by the Court for conformity with the requirements of the Convention. The scope of this margin of appreciation is not identical in each case but will vary according to the context (see, *inter alia* and *mutatis mutandis*, the above-mentioned *Leander* judgment, *ibid.*). Relevant factors include the nature of the Convention right in issue, its importance for the individual and the nature of the activities concerned.

75. (...) In so far as the exercise of discretion involving a multitude of local factors is inherent in the choice and implementation of planning policies, the national authorities in principle enjoy a wide margin of appreciation.

76. The Court cannot ignore, however, that in the instant case the interests of the community are to be balanced against the applicant's right to respect for her 'home', a right which is pertinent to her and her children's personal security and well-being (see the above-mentioned *Gillow* judgment, p. 22, para. 55). The importance of that right for the applicant and her family must also be taken into account in determining the scope of the margin of appreciation allowed to the respondent State. Whenever discretion capable of interfering with the enjoyment of a Convention right such as the one in issue in the present case is conferred on national authorities, the procedural safeguards available to the individual will be especially material in determining whether the respondent State has, when fixing the regulatory framework, remained within its margin of appreciation. Indeed it is settled case-law that, whilst Article 8 (art. 8) contains no explicit procedural requirements, the decision-making process leading to measures of interference must be fair and such as to afford due respect to the interests safeguarded to the individual by Article 8 (art. 8) (see the *McMichael v. the United Kingdom* judgment of 24 February 1995, Series A Vol. 307-B, p. 55, para. 87).

77. The Court's task is to determine, on the basis of the above principles, whether the reasons relied on to justify the interference in question are relevant and sufficient under Article 8 para. 2 (art. 8-2).'

Ook in deze zaak maakt het Hof duidelijk niet te zullen schromen om zijn oordeel in de plaats te stellen van dat van de Staat. De beleidsvrijheid van de Staat is niet meer dan een uitgangspunt. De reikwijdte hiervan wordt bepaald door de aard van het in geding zijnde grondrecht, het belang van dit recht voor het individu en de aard van de door de Staat ontwikkelde activiteiten. Het 'however' waarmee § 76 opent, spreekt echter boekdelen, want

het maakt duidelijk dat het Hof niet bereid is steeds ‘the wide margin of appreciation’ in acht te nemen. Integendeel, in § 77 spreekt het Hof uit het als zijn taak te zien om vast te stellen of de overwegingen van de Staat om op te treden, tegen de achtergrond van de uitgangspunten die het Hof hanteert en die ik zojuist heb aangegeven, *relevant* en *toereikend* zijn. Hierdoor creëert het Hof voor zichzelf de mogelijkheid om *voluit* te toetsen. Men kan het ook anders formuleren en lippendienst bewijzen: het Hof neemt de ‘the margin of appreciation’ wél in acht, maar geeft dit begrip vervolgens een inhoud die het Hof in staat stelt integraal te toetsen.

Beide uitspraken maken duidelijk dat het Hof ten minste in het kader van art. 8 Protocol bereid is ‘the wide margin of appreciation’ zodanig te vernauwen dat het in staat is integraal te toetsen of een ‘fair balance’ is bereikt.

Precies dezelfde benadering als in de beide Engelse zaken zien we in de zaak López Ostra/Spanje.¹⁵² López Ostra klaagt over (de gevolgen van) de zeer schadelijke uitstoot van een afvalverwerkingsinstallatie in haar woonplaats. Het Hof overweegt in § 58:

‘Having regard to the foregoing, and despite the margin of appreciation left to the respondent State, the Court considers that the State did not succeed in striking a fair balance between the interest of the town’s economic well-being – that of having a waste-treatment plant – and the applicant’s effective enjoyment of her right to respect for her home and her private and family life.’¹⁵³

Ook hier stelt het Hof zijn eigen oordeel in de plaats van dat van de Staat.

Zouden de hier besproken gevallen nog de beperkte conclusie kunnen dragen dat het Hof uitsluitend in de sfeer van art. 8 Protocol een ruimhartig opvatting over de fair balance heeft, de volgende zaken laten zien dat ook buiten de sfeer van dit artikel uitspraken van dit kaliber zijn gedaan.

3.1.3 Het bodemrecht van de fiscus

Ook (het minderheidsstandpunt in) de zaak Gasus Dosier- und Fördertechnik/Nederland¹⁵⁴ maakt helder welke ruimte de rechter voor zich kan opeisen

¹⁵² EHRM 9 december 1994, *Serie A*, no 303-C.

¹⁵³ Zie ook EHRM 19 februari 1998, zaaknr. 14967/89 (*Guerra c.s./Italië*), § 60: ‘The Court reiterates that severe environmental pollution may affect individuals’ well-being and prevent them from enjoying their homes in such a way as to affect their private and family life adversely (see, *mutatis mutandis*, the López Ostra judgment cited above, p. 54, § 51). In the instant case the applicants waited, right up until the production of fertilisers ceased in 1994, for essential information that would have enabled them to assess the risks they and their families might run if they continued to live at Manfredonia, a town particularly exposed to danger in the event of an accident at the factory. The Court holds, therefore, that the respondent State did not fulfil its obligation to secure the applicants’ right to respect for their private and family life, in breach of Article 8 of the Convention.’

¹⁵⁴ EHRM 23 februari 1995, *BNB* 1995, 262 m.nt. M.W.C. Feteris.

om te toetsen of de Staat als wetgever gebleven is binnen de grenzen van art. 1 Protocol.

De onderneming naar Duits recht Gasus Dosier- und Fördertechnik heeft een betonmolen onder eigendomsvoorbehoud geleverd aan het Nederlandse bedrijf Atlas en Van Baarsen. Voor een belastingschuld van dit bedrijf legt de Nederlandse fiscus ingevolge art. 16 Invorderingswet 1845¹⁵⁵ bodembeslag op de betonmolen en executeert deze vervolgens. Gasus klaagt bij het Hof over schending van zijn eigendomsrecht.¹⁵⁶ De meerderheid wijst de klacht af, een minderheid van drie is een andere mening toegedaan.

Het standpunt van de meerderheid is het volgende: de Staat komt een ruime beoordelingsvrijheid toe 'especially with regard to the question whether – and if so, to what extent – the tax authorities should be put in a better position to enforce tax debts than ordinary creditors are in to enforce commercial debts. The Court will respect the legislature's assessment in such matters unless it is devoid of reasonable foundation' (§ 60). De laatste zin maakt duidelijk dat het Hof bereid is een aanzienlijke distantie in acht te nemen. In het kader van de 'fair balance' moet sprake zijn van 'a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim pursued' (§ 62). Vervolgens stelt het Hof zich op het standpunt dat de fair balance in ieder geval niet verstoord wordt enkel omdat verhaal wordt genomen op vermogensbestanddelen van een derde:

'The Court notes at the outset that the grant to the tax authorities of a power to recover tax debts against goods owned by certain third parties – such as a seller of goods who retains his title – does not in itself prompt the conclusion that a fair balance between the general interest and the protection of the individual's fundamental rights has not been achieved. The power of recovery against goods which are in fact in a debtor's possession although nominally owned by a third party is a not uncommon device to strengthen a creditor's position in enforcement proceedings; it cannot be held incompatible per se with the requirements of Article 1 of Protocol Nr. 1 (P1-1). Consequently, a legislature may in principle resort to that device to ensure, in the general interest, that taxation yields as much as possible and that tax debts are recovered as expeditiously as possible. Nonetheless, it cannot be overlooked that, quite apart from the dangers of abuse, the character of legis-

155 Deze wet is vervangen door de Wet van 30 mei 1990, inzake invordering van rijksbelastingen, andere dan invoerrechten en accijnzen.

156 De fiscus is bereid uitsluitend voor reële eigendom te wijken. Reële eigendom is een fiscaal begrip en betekent dat de derde zowel juridisch eigenaar moet zijn als in economische zin als rechthebbende moet worden aangemerkt. Zaken die in operational lease ter beschikking zijn gesteld aan de belastingplichtige worden beschouwd als reële eigendom van de lessor en worden dus door de fiscus ongemoeid gelaten. Bij financial lease, levering onder eigendomsvoorbehoud of huurkoop daarentegen is geen sprake van reële eigendom en kan de fiscus zich dus verhalen op die zaken. Men zie overigens de onlangs ingevoerde artikelen 63c en 241c Fw. EHRM 23 februari 1995, *BNB* 1995, 262 m.nt. M.W.C. Feteris (Gasus Dosier und Fördertechnik/Nederland).

lation by which the State creates such powers for itself is not the same as that of legislation granting similar powers to narrowly defined categories of private creditors. Consequently, further examination of the issue of proportionality is necessary in this case.’ (§ 66)

Voor het Hof is voor de proportionaliteitskwestie beslissend of ten laste van Gasus sprake is van ‘an individual and excessive burden’.¹⁵⁷ Het Hof noemt in §§ 70-71 vervolgens vier argumenten waarom naar zijn oordeel geen sprake is van een individuele en buitensporige last: (a) de commerciële transactie van Gasus draagt naar zijn aard een risico in zich, (b) Gasus had dit risico kunnen vermijden door Atlas geen krediet te geven, een bankgarantie te verlangen of helemaal geen transactie met Atlas aan te gaan, (c) Gasus had kunnen weten dat de betonmolen onder het bodemrecht van de fiscus (‘furnishings’) viel en (d) de belastingdienst heeft niet dezelfde mogelijkheden als commerciële schuldeisers om zich te beschermen tegen financiële problemen van de belastingplichtige.

De argumenten zijn weinig overtuigend: bij (a) wordt miskend dat ook de overheid een risico loopt, te weten dat van belastinginning en dat transacties als de onderhavige ook belastinginkomsten genereren, (b) staat, zeker waar het betreft de laatste optie, buiten de realiteit, (c) is de omgekeerde wereld, want de vraag is nu juist of het bodemrecht niet een inbreuk op de eigendom vormt en (d) verliest uit het oog dat de belastingdienst veel meer mogelijkheden heeft dan de doorsnee commerciële schuldeiser (de dienst kan zelf de executoriale titel uitvaardigen, hij beschikt – onder andere door boekenonderzoek en belastingaangiften – over informatie waar geen andere schuldeiser ooit over kan beschikken, hij is als schuldeiser hoog bevoorrecht, kan boeten opleggen, de regeling van de heffingsrente is gunstiger dan die van de civiele moratoire interessen etc.).

De minderheid laat de proportionaliteitstest heel anders uitpakken en heeft daartoe drie argumenten: (a) het bodemrecht is niet onmisbaar voor de fiscus; fijntjes wordt erop gewezen dat de fiscus met het bodemrecht jaarlijks slechts één miljoen gulden ophaalt op een totaal budget van 233 miljard gulden, (b) het eigendomsvoorbehoud is een normale en gebruikelijke voorziening en (c) het is niet acceptabel ‘that a third party, if he is a private person, should bear the risk that the person with whom he enters into an agreement has not paid all his taxes. Normally the third party will know nothing about his business counterpart’s tax status as it is in most countries a punishable act for persons in government employ to disclose information of this nature to any private party, bank or credit information service’. Niet alleen vindt de minderheid het niet aanvaardbaar dat een derde het risico moet dragen dat iemand zijn belastingsschuld niet betaalt, maar door de wettelijke geheimhoudingsplicht

157 Het Hof verwijst hiertoe naar EHRM 21 februari 1986, *Serie A*, nr. 98, § 50 (James c.s./Verenigd Koninkrijk).

van de belastingdienst is die derde niet eens in staat zich een beeld te vormen van de verplichtingen die de belastingplichtige jegens de belastingdienst heeft.

De López Ostra-, Buckley- en Hatton-zaak maken duidelijk *hoe* het Hof opereert en zijn naar mijn mening een lichtend voorbeeld voor hoe rechters bij de belangenafweging in het kader van art. 1 Protocol te werk kunnen én dienen te gaan, wil deze bepaling niet volstrekt gemarginaliseerd worden. Dezelfde lading heeft in de Gasus-zaak het minderheidsstandpunt, dat wederom duidelijk maakt dat binnen de bestaande toetsingskaders een *volledige* toetsing mogelijk is met name doordat de rechter zelf kan vaststellen *wat* een fair balance in een concreet geval van de Staat verlangt. De drie hier besproken zaken maken duidelijk dat (de minderheid van) het Hof niet schroomt om zijn eigen oordeel te stellen in de plaats van dat van de Staat. De toekomst zal leren of sprake is van een radicale koerswijziging dan wel van de spreekwoordelijke zwaluw.

Minder onverschrokken opereren de hoogste Nederlandse rechters.

3.2 De hoogste Nederlandse rechters

3.2.1 Hoge Raad

De kleine zelfstandige en de Ziekenfondswet

Er bestaan bijna geen krassere voorbeelden van een zich verschuilen achter de uitzonderingen van art. 1 Protocol, ook al lijkt het aannemen van een niet gerechtvaardigde stoornis van het genot van de eigendom geïndiceerd, dan de fiscale uitspraken inzake de verplichte ziekenfondsverzekering van kleine zelfstandigen. Hier pakt met name de referteperiode soms uitgesproken onbillijk uit. De Belastingkamers van de verschillende Gerechtshoven en A-G Wattel in zijn conclusies¹⁵⁸ nemen op grond van deze onbillijke gevolgen de belastingplichtige in bescherming, de Hoge Raad maakt hiermee echter korte metten.

Kort gezegd komt de – complexe – regeling voor zelfstandigen op het volgende neer:¹⁵⁹ ingevolge artikel 3d lid 1 Ziekenfondswet is gedurende een kalenderjaar verzekerd de zelfstandige die een inkomen heeft dat – voor het in casu relevante jaar 2000 – niet meer bedraagt dan f 41.200 (= € 18.695). In artikel 3d lid 4 Ziekenfondswet is bepaald dat voor de toepassing van het eerste lid voor binnenlandse belastingplichtigen onder inkomen wordt verstaan het inkomen bedoeld in artikel 3 lid 1 van de Wet op de inkomstenbelasting

158 Het betreft hier drie zaken – nrs. 36.621, 36.642 en 36.558 –, waarvan ik, voor zover het de conclusies betreft, alleen 36.621 bespreek. Deze is genomen vóór HR 7 maart 2003, L/JN AD9721. De conclusie van A-G Wattel is ook o.a. te vinden op: <<http://www.futd.nl/content/futd/achtergronden/specials/ziekenfonds/doc23.html>>.

159 Zie voor de parlementaire stukken: http://www.monitor.nl/ziek.html?http://cgi.monitor.nl/s_596_all_.htm. (aanklikken Kamerstukken en -verslagen). Hierin wordt overigens met geen woord gerept over het EVRM!

1964, met dien verstande dat, indien de berekening van het inkomen tot een negatief bedrag leidt, dat inkomen op nul wordt gesteld. Voorts voorziet dat artikellid erin dat bij ministeriële regeling wordt bepaald over welk tijdvak het toetsinkomen in aanmerking wordt genomen en dat nadere regels kunnen worden gesteld ter uitvoering van onder meer lid 1. In artikel 4 lid 1 aanhef en letter b van de ministeriële Regeling tijdvak en inkomen ziekenfondsverzekering zelfstandigen is bepaald dat voor de beoordeling van de ziekenfondsverzekering van een zelfstandige die vanaf 1997 en daarna zelfstandige is respectievelijk is gebleven, voor het jaar 2000 in aanmerking wordt genomen het inkomen over 1997. Het is met name deze ministeriële regeling die voor problemen zorgt.

In casu ging het om een relatief jeugdige belastingplichtige, die leed aan een zeer zeldzame ziekte. Haar artsen schatten haar overlevingskansen op nihil. Zij was al vier maal gereanimeerd en de familie had al afscheid van haar genomen. Wereldwijd waren slechts enkele gevallen van overleving bekend. Tegen alle verwachting in herstelt ze. De kosten van de medische behandeling liepen in de tonnen en de kans op terugkeer van de ziekte is reëel. Zij kreeg van de inspecteur der belastingen, belast met de uitvoering van de desbetreffende regeling een beschikking, gebaseerd op art. 3d, tweede lid, Ziekenfondswet die inhield dat zij voldeed aan de voor het jaar 2000 geldende voorwaarden voor de *verplichte* ziekenfondsverzekering. Zij was ten tijde van deze beschikking particulier tegen ziektenkosten verzekerd. Haar situatie viel onder art. 4 lid 2, letter b van de krachtens art. 3d Ziekenfondswet gegeven Regeling tijdvak en inkomen ziekenfondsverzekering zelfstandigen, die in casu meebracht dat voor haar ziektenkostenverzekeringspositie in 2000 de hoogte van haar inkomen in 1997 bepalend was. In dat jaar was zij net als zelfstandige gestart en was haar referteperiode, die normaal een tijdvak van drie jaren beslaat, beperkt tot dit ene jaar. Haar inkomen lag in 1997 beneden de zogeheten ziekenfondsgrens.

Zij komt bij het Gerechtshof in beroep van de afwijzing van haar bezwaarschrift tegen deze beschikking van de inspecteur, omdat zij vreest binnen de kortste keren weer boven de ziekenfondsgrens uit te komen en dan grote problemen te krijgen met het afsluiten van een ziektenkostenverzekering. In haar beroep tegen de ministeriële regeling beroept zij zich op schending van ongeveer alle denkbare algemene beginselen van behoorlijk bestuur, maar werkwaardig genoeg doet zij geen beroep op art. 1 Protocol. Bij het Gerechtshof boekt zij succes. Dit is van oordeel dat de in de Regeling neergelegde maatstaf van slechts één toetsjaar door zijn beperkte reikwijdte in zodanige mate onderhevig is aan toevallige omstandigheden en keuzes die de ondernemer binnen de wettelijke mogelijkheden kan maken, dat de hantering van die maatstaf – zoals in het onderhavige geval – tot een uitkomst kan leiden die niet overeenkomt met de door de wetgever voor ogen staande toetsing aan een meer duurzaam inkomensperspectief. Voorts valt volgens het Hof niet in te zien waarom voor belanghebbende als een in 1997 gestarte zelfstandige, anders

dan voor de in 1998, 1999 en 2000 begonnen ondernemers, per se moet worden aangesloten bij hetzelfde blok van drie referentie jaren dat als basisreferentieperiode in aanmerking moet worden genomen voor ondernemers die reeds vanaf 1995 als zelfstandige waren aan te merken. Het in de ministeriële Regeling opgenomen systeem beperkt aldus zonder duidelijke grond de kennelijk voor starters in de jaren 1998, 1999 en 2000 wel benutte mogelijkheid van het in aanmerking nemen van toetsjaren buiten de basisreferentieperiode, terwijl die mogelijkheid ook voor in 1997 gestarte ondernemers zou kunnen worden benut om tot een meer betrouwbare maatstaf te komen. Daarmee zou, aldus het Hof, tevens recht zijn gedaan aan de kennelijk aan de noodzaak voor het treffen van een startersregeling en van een overgangsregeling ten grondslag liggende gedachte dat starters niet op één lijn zijn te stellen met 'gevestigde' ondernemers. Het Hof concludeert dat de Regeling met betrekking tot het in aanmerking te nemen tijdvak en inkomen een zodanig gebrekkige uitwerking van de Wet bevat dat die regeling voor gevallen als het onderwerpelijke buiten toepassing moet worden gelaten.

De Hoge Raad casseert, maar komt aan art. 1 Protocol – ook ambtshalve¹⁶⁰ – niet toe.¹⁶¹ Wel toetst de Hoge Raad aan een hele reeks algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaraan het hof als gevolg van zijn benadering niet was toegekomen en die na vernietiging van het arrest alsnog aan de orde moesten komen. De Hoge Raad doet de hierop gebaseerde verweren zelf af en verwerpt het beroep.

In HR 17 september 2004¹⁶² kan de kwestie van art. 1 Protocol echter niet meer worden ontlopen:

160 In EHRM 15 november 1996, zaaknr. 18877/91, (Sadik/Griekenland) is bepaald dat de rechter niet gehouden is tot ambtshalve toepassing van het EVRM, maar dit verdrag is een minimumvoorziening. Staten hebben de vrijheid extra voorzieningen te bieden. Vergelijk hiervoor T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik en H.D. Ploeger, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse Burgerlijk recht* (preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2005, p. 32-33.

161 Kernoverweging (met 'Wet' wordt bedoeld: Ziekenfondswet): '3.5. De door het Hof vermelde omstandigheden – kort samengevat: dat de hantering van slechts één toetsjaar tot een uitkomst kan leiden die niet overeenkomt met de toetsing aan een meer duurzaam inkomensperspectief welke de wetgever voor ogen stond, dat zonder duidelijke grond niet zoals ten aanzien van in de jaren 1998, 1999 en 2000 gestarte zelfstandigen toetsjaren buiten de basisreferentieperiode in aanmerking worden genomen, en dat de Regeling met betrekking tot het in aanmerking te nemen tijdvak en inkomen een gebrekkige uitwerking van de Wet bevat – zijn onvoldoende voor de conclusie dat de Regeling in strijd is met enig algemeen rechtsbeginsel; het Hof heeft ook niet aangegeven welk rechtsbeginsel hier zou zijn geschonken. Die omstandigheden zijn voorts, mede in aanmerking genomen dat de inhoud van de Regeling (sc. Regeling tijdvak en inkomen ziekenfondsverzekering zelfstandigen, J) bij de parlementaire behandeling van de Wet aan de orde is geweest, onvoldoende voor de conclusie dat de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport met de Regeling de haar in artikel 3d, lid 4, van de Wet gegeven bevoegdheid is te buiten gegaan. Voorzover in het middel hierop gerichte klachten liggen besloten, treft het mitsdien doel'.

162 Zaak 38.662, L/JN AR2314. Zie voorts HR 7 maart 2003, L/JN AD9784, zaak 36.642.

'3.1. Voor het Hof heeft belanghebbende een beroep gedaan op artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. Zijn daartoe gehouden betoog komt erop neer dat hij door artikel 3d van de Wet¹⁶³ ertoe wordt gedwongen zijn particuliere verzekering te verlaten en zich aan te sluiten bij een ziekenfonds, dat hem onder omstandigheden meer kost en daarvoor minder levert, en dat hij bij een stijging van zijn inkomen zich weer particulier zal moeten verzekeren, hetgeen niet mogelijk is zonder uitsluitingen of premieverhoging dan wel met de beperkingen van de standaardpakketpolis. Het Hof heeft dit beroep op artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM verworpen. Daartegen keert zich het vierde middel.

3.2. De Wet Zelfstandigen in Zfw dient een algemeen belang, hierin bestaande dat ook zelfstandigen uit de lagere inkomensgroepen een gegarandeerde toegang hebben tot een volledige ziektekostenverzekering tegen een betaalbare, want aan het inkomen gerelateerde premie. Deelname is verplicht gesteld omdat met een vrijwillige verzekering de deur naar zelfselectie zou worden opengezet, waardoor het financiële draagvlak van de verzekering te zeer zou worden aangetast (Kamerstukken II 1998/1999, 26 553, nr. 5, p. 2, en Kamerstukken I 1999/2000, 26 553, nr. 28a, p. 6). Kennelijk en niet onbegrijpelijk was de wetgever van oordeel dat ook voor de laagste inkomensgroepen de premie voor zo'n verzekering slechts betaalbaar kan worden gehouden door deelname aan die verzekering verplicht te stellen. Zulks in aanmerking genomen kan niet worden gezegd dat geen redelijke verhouding bestaat tussen voormeld algemeen belang en de nadelige gevolgen die in individuele gevallen kunnen voortvloeien uit beëindiging van een lopende particuliere ziektekostenverzekering.

Reeds op deze grond faalt het middel. In het midden kan blijven of de Wet Zelfstandigen in Zfw leidt tot ontneming of regulering van een possession/bien in de zin van het Eerste Protocol bij het EVRM.'

De overwegingen van de Hoge Raad zijn volgens het EHRM-boekje. In Allan Jacobsson/Zweden (nr. 1)¹⁶⁴ schetst het EHRM de speelruimte van de lidstaten, § 55:

'Under the second paragraph of Article 1 of Protocol Nr. 1 (P1-1), the Contracting States are entitled, amongst other things, to control the use of property in accordance with the general interest, by enforcing such laws as they deem necessary for the purpose. However, as this provision is to be construed in the light of the general principle enunciated in the first sentence of the first paragraph, there must exist a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised (see, as the most recent authority, the above-mentioned *Tre Traktörer AB* judgment, Series A nr. 159, p. 23, para. 59). *In striking the fair balance thereby required between the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights, the authorities enjoy a wide margin of appreciation* (see the *AGOSI* judgment of 24 October 1986, Series A nr. 108, p. 18, para. 52).'

163 Sc. Ziekenfondswet.

164 EHRM 25 oktober 1989, *Serie A*, nr. 163.

De voorlaatste zin van rov. 3.2 is een getrouwe toepassing van de door mij gecursiveerde passage, maar zoals de Hoge Raad de regel hanteert zal het individuele belang het vrijwel altijd afleggen tegen het algemeen belang. Ten eerste wegens de aard en omvang van laatstgenoemd belang en ten tweede vanwege 'the wide margin of appreciation' die voor de Staat bestaat bij de afweging van het algemene belang ten opzichte van het individuele belang ('fair balance'). De Staat moet het wel heel bont maken wil zijn optreden zo'n marginale toetsing niet overleven.¹⁶⁵ De Hoge Raad suggereert echter nog andere pijlen op zijn boog te hebben voor zijn beslissing ('reeds op deze grond').

In de benadering van de Hoge Raad kan inderdaad in het midden worden gelaten of sprake is van een ontneming of regulering van een possession/bien, omdat ook indien het antwoord bevestigend zou luiden de stoornis geoorloofd is op de gehanteerde uitzonderingsgrond.

Volgens vaste rechtspraak van het EHRM is een vordering op een verzekeraar, ook al is zij voorwaardelijk omdat het risico zich nog niet heeft verwezenlijkt, een possession.¹⁶⁶ Dat sprake zou zijn van een *ontneming* kan wellicht nog worden betwijfeld, omdat in al deze processen het streven van de belanghebbenden juist was gericht op deze ontneming hetgeen er op wijst dat zij meenden door die ontneming juist beter af te zijn. Maar dat ook geen sprake

¹⁶⁵ Zo'n geval zijn EHRM 20 november 1995, *NJ* 1996, 593 m.nt. EJD (Pressos Compania Naviera c.s./België) – nadat het Belgisch Hof van Cassatie had beslist dat loodsen op de Schelde aansprakelijk waren voor hun fouten, vaardigt de Belgische Staat een wet uit die met een terugwerkende kracht van dertig jaren de aansprakelijkheid van loodsen beperkt tot opzet of grove schuld – en EHRM 9 december 1994, *NJ* 1996, 592 m.nt. EJD (Stran Greek Refineries c.s./Griekenland): klagers verkrijgen bij de gewone rechter een veroordeling van de Griekse Staat. Deze start daarop een arbitrale procedure. Ook hierin wordt de Staat veroordeeld. Daarop bestrijdt de Staat bij de gewone rechter de bevoegdheid van de arbiters. In eerste en tweede aanleg wordt Staat wederom in het ongelijk gesteld. Tijdens de cassatieprocedure wordt een gelegenheidswet aangenomen die het arbitrale beding en de procedure daaromtrent nietig verklaart, waarop de Griekse Hoge Raad casseert en het arbitrale vonnis alsnog vernietigt. Het Hof neemt schending van art. 6 lid 1 (fair trial) alsmede van art. 1 (verstoring van het evenwicht tussen de bescherming van de eigendom en de eisen van het algemeen belang). Zie over de zaak Pressos van a tot z: Femke Blancquaert, 'Het fenomeen retroactiviteit: een 'gevaarlijke' fictie die nog steeds tot onze werkelijkheid behoort?!', <http://www.law.kuleuven.ac.be/jura/33n1/blancqua.htm#N_7_>. Een derde voorbeeld is EHRM 14 mei 2004, zaaknr. 49806/00, (Prodan/Moldavië), waarin de Staat aansprakelijk wordt gehouden, omdat hij geen medewerking verleende aan de executie van onherroepelijk geworden rechterlijke uitspraken (waarbij hij zelf geen partij was).

¹⁶⁶ Zie EHRM 16 september 1996, *NJ* 1998, 738 (Gaygusuz), § 41: 'The Court considers that the right to emergency assistance – in so far as provided for in the applicable legislation – is a pecuniary right for the purposes of Article 1 of Protocol Nr. 1 (P1-1). That provision

zou zijn van een *regulering* van het gebruik van de eigendom valt niet goed vol te houden.¹⁶⁷

Dat de uitzonderingen van art. 1 Protocol in de hier bedoelde gevallen ook heel anders kunnen uitpakken, laat A-G Wattel zien in zijn conclusie in zaak 36.621. Volgens Wattel is wél sprake van een ontneming:¹⁶⁸ hij betoogt dat de kleine zelfstandige wordt gedwongen zijn particuliere verzekering te verlaten en zich bij een ziekenfonds te verzekeren, dat hem weer zal uitwerpen zodra zijn inkomen te hoog wordt, waarna een particuliere verzekeraar hem niet meer zal verzekeren, althans niet zonder uitsluitingen of premieverhoging dan wel slechts op basis van een standaardpakketpolis. Voorts betoogt hij dat hoewel zulks zou passen in de ratio van de regeling, de kleine zelfstandige die jaarlijks ten genoegen van de inspecteur aantoonde dat hij voldoende verzekerd is, niet ervoor kan kiezen particulier verzekerd te blijven en evenmin is voorzien in een verbod voor particuliere verzekeraars om kleine zelfstandigen uit te sluiten voorzover zij in een verplichte wettelijke verzekering vallen. Zijn conclusie is de volgende:

‘5.5 Voorts meen ik op grond van de in de bijlage vermelde jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), met name zijn arrest in de zaak *Gaygusuz*,¹⁶⁹ dat in casu sprake is van regulerende inmenging van de Staat in het recht van de burger op ongestoord genot van zijn ‘possessions/biens’ in de zin van art. 1 van het Eerste Protocol bij het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM). Bij een dergelijke regulerende inmenging heeft de Staat een ruime beleidsmarge, maar dient wel een redelijke verhouding te bestaan tussen het beleidsdoel en de individuele gevolgen van het gebruikte middel. Weliswaar is de aanwezigheid van betere beleidsalternatieven op zichzelf geen reden om aan te nemen dat de inbreuk ongerechtvaardigd is, maar in het specifieke geval van de belanghebbende is mijns inziens sprake van een zodanige wanverhouding tussen enerzijds het met de overheidsmaatregel te dienen doel van algemeen belang (met name gezien de moeilijk verklaarbare ruimte tussen de verklaarde beleidsdoelen en wensen en de uitwerking daarvan) en anderzijds de individuele nadelige gevolgen voor de belanghebbende van het daartoe gebruikte middel (met name gezien het risico dat haar ziektebeeld terugkomt), dat zelfs bij een marginale rechterlijke toetsing de conclusie moet zijn dat van een ‘fair balance’ in haar geval geen sprake is.’

Het verschil in beoordeling is evident, maar wat verklaart het? De benadering van A-G Wattel is dezelfde als die van de Hoge Raad. Eerst wordt de ruime beleidsmarge van de Staat erkend en vervolgens wordt getoetst aan de even-

(P1-1) is therefore applicable without it being necessary to rely solely on the link between entitlement to emergency assistance and the obligation to pay ‘taxes or other contributions’.

167 In deze zin ook A-G Wattel, in zijn conclusie, sub 4.8, vóór HR 7 maart 2003, nr. 36.621, *L/N* AD9721.

168 T.a.p. sub 4.1.

169 EHRM 16 september 1996, *NJ* 1998, 738, J.

eens door het EHRM erkende regel van de 'fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights'.¹⁷⁰ Deze regel stelt in staat om een *reële* afweging te maken van de betrokken belangen zonder op voorhand al een zekere distantie in acht te moeten nemen zoals het geval is bij 'the wide margin of appreciation'. Het behoort immers tot de kerntaken van de rechter een oordeel uit te spreken over het billijkheidsgehalte van een maatregel. De 'fair balance' rule realiseert het tussen partijen noodzakelijke evenwicht en moet een *faire* uitkomst van het geding garanderen.

Het verschil tussen de Raad en zijn A-G is dat de A-G de regel, zoals hij blijkens zijn formulering ook is bedoeld, *subjectief* toepast en het accent legt op de belangen van het individu ('haar geval', 'haar ziektebeeld'). Het gaat om the *individual's* fundamental rights. De Hoge Raad daarentegen legt het accent op het belang van de *doelgroep* waartoe de belanghebbende behoort en zegt bijna letterlijk dat de *nadelige* gevolgen die in *individuele* gevallen kunnen voortvloeien uit beëindiging van een lopende particuliere ziektekostenverzekering de balans niet kunnen doen doorslaan ten gunste van laatstgenoemde. Maar op zo'n manier pakt de toetsing aan de 'fair balance' rule *altijd* negatief uit voor het individu, want diens belang legt het per definitie af tegen het algemeen belang (het collectief). Wat bedoeld is als een *concrete* toetsing in een *individueel* geval verwordt zo tot een *generale* beoordeling van de belangen van de *doelgroep*. De Raad heeft dan niet eens meer 'the wide margin of appreciation' nodig om het beoogde resultaat van de belangenafweging veilig te stellen.

Dat de Raad het accent uitsluitend legt op het algemeen belang blijkt uit het feit dat wél een nauwkeurige inventarisatie wordt gemaakt van de voor het algemeen belang relevante gezichtspunten – (1) *gegarandeerde* toegang van zelfstandigen uit de *lagere* inkomensgroepen, (2) *volledige* ziektenkostenverzekering tegen een *betalbare* premie, (3) *verplichte* verzekering waardoor het *financieel draagvlak* wordt verbreed –, maar dat zo'n zelfde inventarisatie van de belangen van het individu achterwege blijft. Welke gezichtspunten van het individu door de Hoge Raad bij de belangenafwegingen zijn betrokken, blijft aldus volstrekt in het vage. De A-G maakt die inventarisatie wél – voor hem weegt vooral zwaar het risico dat het ziektebeeld terugkeert en de gevolgen die dit heeft voor de verzekeringsmogelijkheden – en komt hierdoor naar mijn mening tot een veel overtuigender, maar in ieder geval veel beter gemotiveerd oordeel. Tevens is het een verademing dat hij niet klakkeloos kiest voor (het gewicht van) het algemeen belang.

Om binnen de door het EHRM getrokken grenzen te blijven moet de A-G tot slot nog vaststellen of ook binnen 'the wide margin of appreciation' die

170 Zie bijvoorbeeld EHRM 23 september 1982, *Serie A*, nr. 52, § 69 (Sporrong en Lönnroth/Zweden) en EHRM 18 december 1989, *Serie A*, nr. 169, § 44 (Mellacher c.s./Oostenrijk).

aan de Staat toekomt, sprake is van een fair balance, welke vraag door hem ontkennend wordt beantwoord.

Het valt te betreuren dat het EHRM ook bij het billijkheidsoordeel de Staat een ‘wide margin of appreciation’ geeft. Een billijkheidsoordeel is een rechterlijke werkzaamheid bij uitstek en het verlangt per definitie een *volledige* toetsing. Immers de vraag is niet wat *in redelijkheid* redelijk en billijk is, maar wat redelijk en billijk is. Het ware beter geweest indien het EHRM ‘the wide margin of appreciation’ had beperkt tot de keuze van de Staat op welke wijze hij vorm wenst te geven aan het gekozen *beleid*. Door dit niet te doen loopt het Hof, om in dezelfde terminologie te blijven, het risico zichzelf te marginaliseren. Gehoopt mag worden dat de Hatton-zaak een eerste aanzet is tot correctie van een regel, die veel te veel ruimte biedt aan het algemeen belang ten koste van de belangen van het individu, waardoor van een effectieve rechtsbescherming van klagers geen sprake kan zijn.¹⁷¹

Kennis nemend van de inmiddels vele uitspraken die door de verschillende, hoogste Nederlandse rechters zijn gedaan, kan men zich in gemoede afvragen hoe ernstig het nadeel van het individu moet zijn, wil hij wél in aanmerking komen voor bescherming. Ook de CRvB durft het niet aan het handelen van de Staat te wraken, zelfs niet in het krasse geval dat de Raad met zoveel woorden vaststelt dat sprake is van een *ernstige* inbreuk op de eigendom en dat de door de Staat gekozen oplossing ingaat tegen de jurisprudentie van de Raad.

3.2.2 Centrale Raad van Beroep

Met terugwerkende kracht een inkomenseis stellen

Een vrouw geniet een volledige AAW-uitkering sedert 1 oktober 1976. Met ingang van 1 juli 1991 wordt deze uitkering ingetrokken op de grond dat de vrouw in het jaar voorafgaande aan het intreden van haar arbeidsongeschiktheid, te weten 1975, geen inkomen uit of in verband met arbeid heeft genoten. Dit besluit berust op de Reparatiewet AAW van 1989, zoals gewijzigd bij Wet van 4 juli 1990 op grond van welke bepaling ten aanzien van degene wiens arbeidsongeschiktheid is ingetreden vóór 1 januari 1979 met betrekking tot het behoud van de aanspraak op uitkering vanaf 1 juli 1991 de voorwaarden gelden als bepaald in art. 6 AWW, zoals dat artikel luidde door inwerkingtreding van de Wet van 20 december 1979. De vrouw voldoet niet aan de – nieuwe – eis dat zij in 1975 inkomen uit arbeid had. Zij klaagt bij de CRvB over onrechtmatige ontneming van haar eigendomsrecht in de zin van art. 1 Protocol.

¹⁷¹ Het Hof concludeert dat ook art. 13 Protocol is geschonden en kent de klagers voorts smartengeld, vergoeding van kosten en wettelijke interesses toe.

De CRvB¹⁷² gaat overstag en erkent op de voet van het Gaygusuz-arrest het eigendoms karakter van de AAW-uitkering. Ook is de Raad van oordeel dat in casu deze eigendom is ontnomen en toetst vervolgens of aan de voorwaarden van eigendomsontneming is voldaan. Overwogen wordt:

‘De criteria die in de Straatsburgse jurisprudentie worden gehanteerd in verband met een beroep op het zojuist bedoelde onderdeel van artikel 1 zijn recentelijk nog eens uiteengezet door het Hof in zijn arrest van 29 april 1999 (Chassagnou e.a. vs Frankrijk, nog niet gepubliceerd,¹⁷³ zie *NJCM-bulletin* 1999, p. 771 e.v.):

‘It is well established caselaw that the second paragraph of Article 1 of Protocol Nr. 1 must be construed in the light of the principle laid down in the first sentence of the Article. Consequently, an interference must achieve a ‘fair balance’ between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual’s fundamental rights. The search for this balance is reflected in the structure of Article 1 as a whole, and therefore also in the second paragraph thereof: there must be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim pursued. In determining whether this requirement is met, the Court recognises that the State enjoys a wide margin of appreciation with regard both to choosing the means of enforcement and to ascertaining whether the consequences of enforcement are justified in the general interest for the purpose of achieving the object of the law in question (see the *Fredin v. Sweden* nr. 1 judgement of 18 February 1991, Series A Vol. 192, p 17, § 51).’

Kort gezegd dient de inbreuk een evenwichtige afweging te bewerkstelligen tussen de gemeenschapsbelangen en de vereisten die voortvloeien uit het ingeroepen fundamentele recht en moet er een redelijke proportionaliteitsrelatie bestaan tussen de gekozen middelen en het beoogde doel; een en ander onder erkenning van een ruime beoordelingsmarge die de staat heeft bij de hantering van die criteria. Bij de beantwoording van de vraag of bij het onderhavige besluit ingevolge de Reparatiwet AAW aan die criteria is voldaan, roept de Raad de voorgeschiedenis van die wet in herinnering, zoals deze is weergegeven in de prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de EG welke hebben geleid tot het arrest Posthuma-van Damme (RSV 1996/169; de prejudiciële vragen in RSV 1995/121):

‘Aanvankelijk gaf de AAW, die sinds 1 oktober 1976 van kracht is, mannen alsmede ongetrouwde vrouwen na een arbeidsongeschiktheid van een jaar recht op een arbeidsongeschiktheidsuitkering waarvan de hoogte niet afhankelijk was van de eventuele overige inkomsten van de uitkeringsgerechtigde of van de door deze geleden inkomensderving.

Met de Wet invoering gelijke uitkeringsrechten voor mannen en vrouwen van 20 december 1979 kregen ook getrouwde vrouwen recht op een AAW-uitkering.

172 CRvB 22 december 1999, RSV 2000, 78.

173 Zie inmiddels *NJ* 1999, 649, J.

Tegelijkertijd voerde die wet voor alle verzekerden, met uitzondering van bepaalde categorieën, de voorwaarde in, dat er slechts recht op uitkering bestaat indien de betrokkene in het jaar voorafgaand aan het intreden van de arbeidsongeschiktheid uit of in verband met zijn of haar arbeid een bepaald inkomen – oorspronkelijk minimaal 3 423,81 HFL – heeft verworven (hierna: ‘inkomenseis’). Die inkomenseis gold voor alle personen die op of na 1 januari 1979 arbeidsongeschikt waren geworden.

Ingevolge de overgangsbepalingen van genoemde wet van 20 december 1979 behielden mannen en vrouwen die voor 1 januari 1979 arbeidsongeschikt waren geworden, hun recht op uitkering zonder aan de inkomenseis te hoeven voldoen.

Gehuwde vrouwen wier arbeidsongeschiktheid dateerde van voor 1 oktober 1975, hadden geen recht op uitkering, zelfs indien zij aan de inkomenseis voldeden, en gehuwde vrouwen die tussen 1 oktober 1975 en 1 januari 1979 arbeidsongeschikt waren geworden, hadden enkel recht op uitkering indien zij aan de inkomenseis voldeden.

Bij een aantal uitspraken van 5 januari 1988 oordeelde de Centrale Raad van Beroep, dat die overgangsbepalingen een discriminatie op grond van geslacht vormden, die onverenigbaar was met artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten van 19 december 1966 (*Recueil des Traités*, vol. 999, blz. 171), en dat gehuwde vrouwen die voor 1 januari 1979 arbeidsongeschikt waren geworden, met ingang van 1 januari 1980 – datum van inwerking-treding van de wet van 20 december 1979 – onder dezelfde voorwaarden als mannen recht hadden op een AAW-uitkering, dat wil zeggen zonder aan de inkomenseis te hoeven voldoen, zelfs indien hun arbeidsongeschiktheid dateerde van voor 1 oktober 1975.’

De keuze van de wetgever bij de Reparatiewet AAW, na de zojuist geschetste ontwikkeling, om voor een ieder die vanaf 1 juli 1991 aanspraak maakte op AAW-uitkering een inkomensvoorwaarde te laten gelden, werd voornamelijk ingegeven door twee overwegingen:

- 1 onder het regime van een langlopende uitkeringsregeling, namelijk tot het 65e jaar bij voortdurende arbeidsongeschiktheid, bestond een betekend verschil in uitkeringsvoorwaarden (de inkomenseis) dat enkel werd bepaald door de datum van intreden van arbeidsongeschiktheid (vóór, dan wel op of na 1 januari 1979) en dat als zodanig op gespannen voet stond met het beginsel van gelijke behandeling van gelijke gevallen;
- 2 de groep arbeidsongeschikten die ook vanaf 1 januari 1980 zonder inkomensstoets een voortgezette aanspraak op uitkering hadden, was door de rechtspraak aanmerkelijk vergroot, hetgeen tot onaanvaardbare budgettaire gevolgen zou kunnen leiden.

Bij de reconstructie van de AAW uit hoofde van deze overwegingen dienden voorts ook anderszins de rechtsnormen inzake gelijke behandeling in acht te worden genomen, in welk verband vooral een rol speelden de communautaire regels inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen en het in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG nader uitgewerkte verbod van

directe en indirecte discriminatie tussen mannen en vrouwen in de sociale zekerheid.

De afweging die de wetgever heeft gemaakt, heeft geleid tot een volstrekte gelijkheid in uitkeringsvoorwaarden – op het punt van voorafgaand arbeidsinkomen – binnen de gehele groep van AAW-gerechtigden. Hoewel dit voor een deel van die groep betekent dat, soms na een periode van (maximaal) ruim 14 jaar AAW-uitkering zoals in het geval van appellante, deze uitkering wordt ingetrokken, hetgeen zonder twijfel als een ernstige inbreuk op het door artikel 1 van het Eerste Protocol beschermde recht moet worden beschouwd, en de gekozen constructie door de introductie-achteraf van een toetredingsvoorwaarde op bedenkingen stuit als geformuleerd in 's Raad uitspraak RSV 1996/170, is de Raad van oordeel dat, gegeven de geschetste ontwikkeling en de beperkte keuzemogelijkheden die de wetgever nadien ter beschikking stonden, de gekozen maatregel ook bij een toetsing aan artikel 1 van het Eerste Protocol gerespecteerd moet worden.

Daarbij neemt de Raad nog in ogenschouw dat voor de getroffen groep een wettelijke overgangperiode¹⁷⁴ van – uiteindelijk – 26 maanden is gecreëerd, gedurende welke de uitkeringsaanspraak onverkort heeft voortbestaan. Bij deze beperkte compensatie verdient aantekening dat bij maatregelen die (mede) zijn ingegeven door dringende overwegingen van financiële aard een volledige of zelfs aanmerkelijke compensatie niet aan de orde kan komen zonder de doelstelling van die maatregelen (grotendeels) teniet te doen.

Voorts neemt de Raad in aanmerking dat door de nader gestelde voorwaarde beoogd werd enkel die groep te treffen die voorafgaand aan het intreden van de arbeidsongeschiktheid voor het levensonderhoud niet was aangewezen op inkomen uit arbeid.

Tenslotte acht de Raad nog van belang dat in het Nederlandse stelsel de Algemene bijstandswet als sociaal 'vangnet' fungeert, hetgeen derhalve ook van toepassing is voor diegenen die voor hun levensonderhoud waren aangewezen op de AAW-uitkering.'

De CRvB maakt zich er niet gemakkelijk vanaf. Wat dit betreft zou de Raad van State Afdeling Bestuursrechtspraak met zijn uiterst karige motiveringen waar het de verenigbaarheid met art. 1 Protocol betreft, aan hem een voorbeeld kunnen nemen. Toch ontkomt ook de CRvB niet aan het verwijt dat hij het niet heeft aangedurfd de regeling door een veto te treffen, hoewel hiertoe voldoende aanleiding zou hebben bestaan. Ten eerste rept de Raad zelf van een *ernstige* inbreuk op art. 1 Protocol en constateert hij dat de gekozen constructie door

174 In CRvB 18 juni 2004, RSV 2004, 298, rov. 3.4.2.11, oordeelt de CRvB dat de wetgever *niet* op een toereikende wijze vorm heeft gegeven aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit door met inachtneming van een overgangstermijn van slechts één maand een uitkering, ingevolge de Wet sociale zekerheidsrechten gedetineerden te ontnemen. Een uitloop van zes maanden zou volgens de Raad wél in overeenstemming zijn met art. 1 Protocol.

de introductie-achteraf van een toetredingsvoorwaarde op bedenkingen van 's Raads jurisprudentie stuit. Wat de Raad desondanks de regeling deed saueren waren: (a) de royale overgangstermijn, (b) de beperkte keuzemogelijkheden van de wetgever in verband de budgettaire gevolgen, (c) de ABW¹⁷⁵ die als vangnet dienst doet en (d) de inkomenseis beoogde enkel een groep te treffen die voorafgaand aan het intreden van de arbeidsongeschiktheid voor het levensonderhoud niet was aangewezen op inkomen uit arbeid.

Deze argumenten overtuigen niet: de overgangsregeling doet niet terzake, want het gaat om de vraag of de ontneming van het inkomen zelf legitiem is. Het vangnet van de ABW is als argument ondeugdelijk, omdat hiermee de ontneming van iedere uitkering kan worden gerechtvaardigd. Argument (d) gaat niet op, want klaagster maakte juist geen deel uit van de doelgroep, aangezien zij in 1972 was gescheiden en dus vanaf dat moment was aangewezen op eigen inkomen. Blijft over argument (b). De zwakte hiervan is dat de ook volgens de Raad *ernstige* gevolgen van de regeling worden afgewenteld op het individu en niet op de gemeenschap. Wat zou er op tegen zijn geweest om de premie of – bij fiscale financiering van de uitkering – de belastingen te verhogen om de budgettaire gevolgen van de regeling te neutraliseren? Als het belang van de gemeenschap dient te prevaleren dan mag toch, minst genomen, worden verwacht dat die gemeenschap hier iets tegenover stelt.¹⁷⁶ Vergelijkt men dit geval met de hiervoor besproken gevallen waarin de rechter oordeelde dat *niet* aan de proportionaliteitseis was voldaan, dan moet worden geconstateerd, dat dit geval in ernst niet onderdoet voor die andere gevallen en toch is de uitkomst een andere. In dit verband teken ik aan dat de omstandigheid dat het gestelde doel ook met een lichter middel (in casu omslag over de gemeenschap) kan worden bereikt, op zichzelf weliswaar ontoereikend is voor het oordeel dat de inbreuk niet gerechtvaardigd is,¹⁷⁷ maar dat de aanwezigheid van alternatieven wél meeweegt bij de proportionaliteitstoets.¹⁷⁸

¹⁷⁵ Thans de Wet werk en bijstand.

¹⁷⁶ Ik noem in dit verband als voorbeeld de Wet medefinanciering oververtegenwoordiging oudere ziekenfondsverzekerden (Wet MOOZ), die als solidariteitsheffing een verplichte opslag kent op de premie die particulier verzekerden betalen voor hun ziektenkostenverzekering teneinde de ziekenfondsverzekering van de ouderen betaalbaar te houden.

¹⁷⁷ Zie EHRM 19 december 1989, *Serie A*, nr. 169, § 53 (Mellacher c.s./Oostenrijk), § 53: 'The possible existence of alternative solutions does not in itself render the contested legislation unjustified. Provided that the legislature remains within the bounds of its margin of appreciation, it is not for the Court to say whether the legislation represented the best solution for dealing with the problem or whether the legislative discretion should have been exercised in another way (see the James and Others judgment, cited above, Series A nr. 98, p. 35, § 51).'

¹⁷⁸ Zie EHRM 22 september 1994, *Serie A*, nr. 296A (Hentrich/Frankrijk), § 47: 'The Court notes, firstly, that the Revenue may, through the exercise of its right of pre-emption, substitute itself for any purchaser, even one acting in perfectly good faith, for the sole purpose of warning others against any temptation to evade taxes. This right of pre-emption, which does not seem to have any equivalent in the tax systems of the other States parties to the Convention, does not apply systematically – in other words, every time the price has been

Een laatste bezwaar is dat, terwijl de CRvB met zoveel woorden stelt dat sprake is van een ontneming van eigendom en terwijl volgens vaste rechtspraak van het EHRM ontneming 'disproportionate' is indien geen compensatie wordt geboden, anders dan zou mogen worden verwacht, aan de kwestie van de schadevergoeding zelfs geen woord wordt gewijd.¹⁷⁹

Het EHRM signaleert dit probleem vermoedelijk wel, maar loopt, zoals we thans zullen zien, hier met een wijde boog omheen.¹⁸⁰ In zijn uitspraak van 5 januari 2005 oordeelt (een niet nader genoemde meerderheid van) het EHRM dat de AAW-reparatiewet geen schending vormt van art. 1 Protocol.¹⁸¹ Net als voor de CRvB weegt voor het Hof zwaar dat de AAW-reparatiewet beoogt de staatsuitgaven te beheersen en een einde te maken aan discriminatie. Voorts laat het Hof op sociaal en economisch terrein een ruime beoordelingsvrijheid aan de Staat:

'It finds that the removal of discriminatory regulations and the control of public expenses by the State are legitimate aims for the purposes of securing social justice and protecting the State's economic well-being. In this respect, the Court reiterates that, in implementing social and economic policies, the margin of appreciation enjoyed by the national authorities in determining what is in the general interest of the community is a broad¹⁸² one (see *James and Others v. the United Kingdom*, judgment of 21 February 1986, Series A nr. 98, p. 32, § 46, and *Bäck v. Finland*, nr. 37598/97, § 53, 20 July 2004).'

Maar om een inbreuk op de eigendom te rechtvaardigen moet niet alleen aan de zijde van de Staat sprake zijn van een door het algemeen belang ingegeven rechtmatig doel – aan deze voorwaarde is blijkens de vorige alinea volgens het Hof voldaan –, maar ook mag de tegenpartij op zijn beurt niet het slachtoffer worden van een 'individual and excessive burden':

more or less clearly underestimated – but only rarely and scarcely foreseeably. Furthermore, the State has other suitable methods at its disposal for discouraging tax evasion where it has serious grounds for suspecting that this is taking place; it can, for instance, take legal proceedings to recover unpaid tax and, if necessary, impose tax fines. Systematic use of these procedures, combined with the threat of criminal proceedings, should be an adequate weapon.'

179 Stukken beter in dit opzicht: CRvB 24 januari 2001, AB 2001, 81 m.nt. FP, inzake de ANW-uitkering. Na te hebben vastgesteld dat sprake is van een gedeeltelijke ontneming van de uitkering overweegt de Raad: 'Dat slechts een 'volledige compensatie' in overeenstemming met artikel 1 van het Eerste Protocol zou zijn, zoals namens de betrokkenen in de op de onderhavige zitting behandelde gedingen is betoogd, berust op een onjuiste opvatting ten aanzien van die bepaling, welke niet zo ver strekt dat zij het een staat ten enenmale onmogelijk zou maken in bestaande (sociale zekerheids)rechten in te grijpen'.

180 Zie hiervóór nr. 2.1.

181 EHRM 5 januari 2005, zaaknr. 58641/00 (Hoogendijk/Nederland). De rechtsoverwegingen zijn ongenummerd.

182 In zijn eindconclusie inzake art. 1 Protocol rept het Hof weer van een 'wide margin'.

‘However, an interference with property rights under Article 1 of Protocol Nr. 1 must not only pursue a legitimate aim ‘in the public interest’; there must also be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised. The requisite balance will not be found if the person concerned has had to bear ‘an individual and excessive burden’ (see *James and Others v. the United Kingdom*, cited above, § 50).’

Ook in dit opzicht volgt het Hof de CRvB en komt tot het oordeel dat geen sprake is van een individual and excessive burden, omdat er een royale overgangsregeling bij de beëindiging van de uitkering was getroffen en een recht op een bijstandsuitkering als vangnet bestond. Het door de CRvB, door mij hiervóór sub (d) genoemde argument gebruikt het Hof evenwel niet.

Uit deze uitspraak kan worden geconcludeerd dat klachten op sociaal en economisch terrein bij het Hof nagenoeg kansloos zijn,¹⁸³ aangezien zelfs in een geval waarin de hoogste nationale rechter oordeelt dat de inbreuk op de eigendom ernstig en de door de Staat gekozen oplossing contrair aan de jurisprudentie van de Raad is, het Hof kennelijk geen termen aanwezig acht om in te grijpen. Ook op fiscaal gebied moet een klager geen overdreven verwachtingen hebben.¹⁸⁴

Er bestaan evenwel nog andere bezwaren tegen deze uitspraak van het EHRM: mijns inziens is in het onderhavige geval sprake van een ontneming van eigendom *zonder* enige vorm van compensatie. Er is sprake van ontneming, omdat de uitkering in haar geheel verloren gaat – in deze zin ook de CRvB – en compensatie ontbreekt, omdat de aanspraak op de Algemene bijstandswet¹⁸⁵ voor klager reeds bestond en voorts niet als compensatie voor dit verlies is *bedoeld*. Het is vaste rechtspraak van het Hof dat een *ontneming* van de eigendom *zonder* compensatie als ‘disproportionate’ wordt aangemerkt.¹⁸⁶

183 Zie ook EHRM 20 juli 2004, zaaknr. 37598/97 (Bäck/Finland), § 53: ‘The Court, finding it natural that the margin of appreciation available to the legislature in implementing social and economic policies should be a wide one, will respect the legislature’s judgment as to what is ‘in the public interest’ unless that judgment is manifestly without reasonable foundation (see *Former King of Greece and Others v. Greece* [GC], nr. 25701/94, § 87, ECHR 2000-XII, and *James and Others v. the United Kingdom*, judgment of 21 February 1986, Series A nr. 98, pp. 31-32, §§ 45-46).’ Een illustratie hiervan vormt CRvB 18 juni 2004, L/JN AP4680, rov. 3.3.1.4, inzake de Wet sociale zekerheidsrechten gedetineerden, waarin wordt aangehaakt bij deze vaste jurisprudentie van het EHRM.

In de besproken fiscale kwestie inzake bodemrecht van de Nederlandse fiscus rept het Hof niet, zoals in Bäck/Finland van ‘*manifestly* without reasonable foundation’, maar van ‘*devoid* of reasonable foundation’, t.a.p. § 60. De laatste formulering schijnt mij krachtiger toe. Niet duidelijk is of met dit verschil in formulering ook een verschil in gevolgen wordt bedoeld.

184 Zie A-G Wattel in zijn conclusie, sub 6.7, vóór HR 8 februari 2002, L/JN ZC8109 (inzake terugwerkende kracht wijziging Wet op de belastingen van rechtsverkeer): ‘Straatsburg (beschouwt) belastingheffing bij uitstrek een politiek beleidsterrein waar de politiek zoveel mogelijk ruimte gelaten moet worden. Ingegrepen wordt pas (...) bij een wijze van heffing waarvoor een fatsoenlijk land zich moet schamen’.

185 Thans de Wet werk en bijstand.

186 Zie hiervóór nr. 2.1.

Het lijkt mij dan ook geen waarom, maar een daarom dat het Hof in zijn uitspraak nadrukkelijk in het midden laat of sprake is van een ontneming van de eigendom:

‘The Court does not find it necessary to determine whether the applicant’s loss of her entitlement to AAW benefits is to be considered a ‘deprivation of possessions’ within the meaning of the second sentence of the first paragraph of Article 1 of Protocol Nr. 1.’

Door deze kwestie uit de weg te gaan meent het Hof ontslagen te zijn van de verplichting een oordeel te geven over de schadevergoedingsplicht van de Staat jegens klager, maar rekent dan buiten de waard. Het Hof kán deze keuze niet ontlopen, want het moet beoordelen of een fair balance bestaat en dan geldt voor ontneming van de eigendom een ander criterium (‘disproportionate’) dan voor regulering van het gebruik ervan. In het laatste geval hanteert het Hof het criterium van de ‘individual and excessive burdens’ en dit is precies het criterium waaraan het Hof toetst. Hoewel het dus met zoveel woorden zegt geen keuze te maken, kiest het impliciet voor regulering van het gebruik van de eigendom, maar dan is volstrekt onduidelijk waarom geen sprake is van een ontneming. In ieder geval kan worden vastgesteld dat de CRvB – mijns inziens terecht – uitgaat van een ontneming.

Voorts verzuimt het Hof aan te geven waarom van de Staat niet kon worden geleverd een solidariteitsheffing op de belasting- c.q. premiebetalers te leggen, waardoor het budgettaire argument zou worden ontkracht. In andere gevallen is zo’n solidariteitsheffing door de Staat wél opgelegd.¹⁸⁷

Tenslotte verdient aandacht dat het Hof kennelijk niet geïnteresseerd is in kwantitatieve gegevens zoals de omvang van de door de reparatiewet getroffen groep en van de budgettaire gevolgen van het achterwege laten van de AAW-reparatie hoewel het Hof in andere gevallen aan dergelijke gegevens wél belang hechtte. Ik noem in dit verband de zaak *Hatton c.s./Verenigd Koninkrijk* (‘the reality or extent of the economic interest’ en ‘to quantify the aviation and economic benefits in monetary terms’) en het minderheidsstandpunt in de zaak *Gasus Dosier- und Fördertechnik/Nederland* (gegevens over de door middel van het bodemrecht geïncasseerde bedragen).

Tussen het EHRM en de CRvB bestaat, afgezien van het reeds genoemde argument (d), één opvallend verschil in benadering: het EHRM kent de beheersing van de staatsuitgaven een rol toe in het kader van ‘determining what is in the general interest of the community’, de CRvB plaatst de kwestie in het kader van de ‘individual and excessive burdens’. De benadering van het EHRM lijkt mij juist, omdat dit element meer in de sfeer van de Staat dan in die van de klager valt te situeren.

¹⁸⁷ Zie in dit verband noot 176.

Alles bijeen genomen mist ook de uitspraak van het EHRM overtuiging, omdat onduidelijk blijft waarom bij de bepaling van het oordeel of een fair evenwicht is bereikt, aspecten die blijkens andere uitspraken in dit verband relevant zijn, hier kennelijk niet relevant zijn, waarom de gemeenschap van het individu een offer mag verlangen zonder zelf hier iets tegenover te stellen, waarom kennelijk onvoldoende gewicht toekomt aan het feit dat sprake is van een ernstige stoornis van de eigendom en een handelen van de overheid dat indruist tegen de jurisprudentie van de hoogste rechter en, ten slotte, waarom in het midden kan worden gelaten of sprake is van een ontneming, hoewel dit gegeven cruciaal is voor de schadevergoedingsplicht van de Staat.

3.2.3 Raad van State Afdeling Bestuursrechtspraak

Het verbod de recreatiewoning te gebruiken voor permanente bewoning

Zuinigheid is in het algemeen troef bij uitspraken van dit rechtscollege. Geen woord te veel, maar evenmin een motivering. Uit een eindeloze reeks in de serie recreatiewoningen één uitspraak.¹⁸⁸ Ingevolge het desbetreffende bestemmingsplan heeft het terrein waarop de woning van appellant is gelegen de bestemming recreatie. De gronden met de bestemming recreatie zijn bestemd voor recreatieve doeleinden. De Raad overweegt:

‘Voorzover het in het bestemmingsplan opgenomen gebruiksverbod kan worden beschouwd als een inmenging in de rechten als bedoeld in art. 8, eerste lid, EVRM, heeft de afdeling in genoemde rechtspraak overwogen dat deze haar wettelijke grondslag vindt in de Wet op de Ruimtelijke Ordening (hierna: WRO) en op grond van die wet, onder andere door het gemeentebestuur, nader vastgestelde regelgeving, daaronder begrepen een bestemmingsplan als bedoeld in artikel 10 WRO.

Ingevolge laatstgenoemde bepaling stelt de gemeenteraad voor het gebied, dat niet tot de bebouwde kom behoort – zoals hier aan de orde – een bestemmingsplan vast, waarbij, voorzover dit ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening nodig is, de bestemming van de in het plan begrepen grond en de zich daarop bevindende opstallen.

Het gebruiksverbod is derhalve bij wet voorzien en moet worden aangemerkt als noodzakelijk in het belang van het economisch welzijn van het land en de rechten en vrijheden van anderen, waarbij een billijke afweging heeft plaatsgevonden tussen de belangen van het individu enerzijds en genoemde belangen van de gemeenschap als geheel anderzijds’.¹⁸⁹

Het ‘spectaculaire’ deel van de uitspraak is dat de wetgeving bij wege van delegatie valt onder wet in art. 1 Protocol. Voor de rest is armoe troef. De

188 RvSt 28 april 2004, *LJN AO8491* (Lochem). Zie J.B. Mus, ‘Permanente bewoning van recreatieverblijven’,

<http://www.akd.nl/pdf/BR_Permantente_bewoning_van_recreatiebedrijven_Mus.pdf>.

189 In dezelfde zin: RvSt 28 april 2004, *AB 2004*, 276 m.nt. RW.

toverformule van het EHRM ('striking the fair balance with the wide margin of appreciation') wordt plichtmatig genoemd en ook hier weer treft het vooropstellen van het algemeen belang zonder een inventarisatie van de belangen aan de zijde van het individu.

Volstrekt onduidelijk is ook op wiens afweging in de derde alinea wordt gedoeld, die van de wetgever of van de gemeente Lochem. Zou gedoeld worden op die van de wetgever, dan lijkt mij de uitspraak onjuist, omdat art. 1 Protocol verlangt dat de *rechter* zijn *eigen* afweging maakt.

Ik betoog niet dat de uitspraak onjuist is, maar de wijze waarop hij is opgezet, is symptomatisch voor de aanpak door de Nederlandse rechter: de afweging is voorspelbaar en de overwegingen zijn plichtmatig.

Dezelfde karigheid vinden we terug in andere uitspraken van de Raad.¹⁹⁰ Zo wordt de Wet voorkeursrecht gemeenten als rechtmatig aangemerkt met een wonderlijke motivering:¹⁹¹

'Het tweede deel van art. 1 Eerste protocol bij het EVRM geeft de staat voorts het recht om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang, zodat reeds daarom van een schending van het eerste deel van dit artikel geen sprake is'.

Ook hier weer: geen *eigen* belangenafweging door de rechter op basis van een inventarisatie van de over en weer betrokken belangen, maar louter een referte aan de belangenafweging door de wetgever, een benadering die mijns inziens volkomen strijdig is met (de ratio van) art. 1 Protocol.¹⁹² Deze bepaling wordt hierdoor een dode letter, want men kan er gevoeglijk van uitgaan dat de wetgever enige belangenafweging heeft gemaakt.

4 CONCLUSIES

Formele wetten kunnen in ieder geval worden getoetst aan een ieder verbindende verdragen. Deze toetsing geschiedt op nationaal niveau door de verschil-

190 Zie bijvoorbeeld RvSt 16 april 2003, AB 2004, 347 m.nt.ChB (Aanwijzing IJmeer als vogelbeschermingszone is een toelaatbare regeling van het gebruik van eigendom. Er is geen reden om aan te nemen dat het daarbij gaat om een individuele of buitensporige last voor de eigenaar of gebruiker die op voorhand een verplichting tot het aanbieden van schadevergoeding of nadeelscompensatie zou meebrengen) en RvSt 20 oktober 2000, L/JN AA8930 (A. Recycling Centrale/Zuid Holland), rov.2.4.2 (bestuursdwang inzake art. 18.8 lid 1 Wet milieubeheer).

191 RvSt 20 juni 2000, AB 2002, 23 m.nt. J.B. Mus. Ook de Hoge Raad is van oordeel dat de Wvg art. 1 Protocol niet schendt en ook hier ontbreekt de motivering; zie HR 17 november 2000, L/JN AA8353 (Stienstra Bedrijfsprojectontwikkeling c.s./Maastricht c.s.), rov. 3.6.

192 Stukken beter in dit opzicht: (een andere kamer van) RvSt 21 augustus 2002, L/JN AE6739 (Margraten), eveneens over de Wet voorkeursrecht gemeenten, rov. 2.9-2.11.

lende Nederlandse rechtscolleges en op internationaal niveau door het EHRM, dat wél aan algemene rechtsbeginselen kan toetsen aangezien het deze integreert in de verschillende verdragsbepalingen. Daarnaast dient ook de formele wetgever zich steeds af te vragen of zijn wetgeving de toetsing aan art. 1 Protocol kan doorstaan.

Deze twee Nederlandse machten van de Trias Politica tonen koudwaterrees indien het aankomt op deze toetsing en verschuilen zich dikwijls achter de zeer ruim geformuleerde uitzonderingsmogelijkheden van deze bepaling. De wetgever kent steevast een dubbele Pavlov-reactie: de eerste is de ontkenning dat überhaupt een recht van eigendom in de zin van art. 1 Protocol bestaat. De tweede is dat, zo al zo'n eigendomsrecht moet worden aangenomen, een stoornis van de eigendom c.q. een regulering van het gebruik van de eigendom gerechtvaardigd is door het algemeen belang. De Nederlandse rechters geven de eerste linie vrij snel op, maar graven zich volledig in in de tweede linie, hierbij dankbaar gebruik makend van de ruimte die het EHRM hen hiertoe biedt, doordat ook de billijkheidsafweging ('fair balance') slechts marginaal mag worden getoetst ('the wide margin of appreciation').

Dit laatste valt te betreuren om verschillende redenen: (a) miskend wordt dat de billijkheidsafweging een rechterlijke werkzaamheid bij uitstek is, (b) marginale toetsing houdt verband met de Trias Politica en zij waakt ervoor dat de rechter op de stoel van het bestuur gaat zitten. In casu is van een bestuurlijke werkzaamheid van de rechter evenwel geen sprake, omdat de rechter zich niet bemoeit met de keuze van de Staat, maar zich uitsluitend inlaat met de vraag of de door de Staat gekozen optie een 'fair balance' constitueert, (c) de verdragrechtelijke bescherming van burger krijgt een vrijwel louter papieren betekenis, ondanks de zeer ruime opvatting die het EHRM heeft ten aanzien van het bereik van het begrip eigendom in de zin van art. 1 Protocol.

Een aantal zaken – Hatton/Verenigd Koninkrijk, Buckley/Verenigd Koninkrijk, López Ostra/Spanje, het minderheidsstandpunt in Gasus Dosier- und Fördertechnik/Nederland en de conclusie van A-G Wattel in de ziekenfondszaken – maakt duidelijk dat het ook heel anders kan en dat de rechter integraal kan toetsen of de Staat een 'fair balance' heeft weten te bereiken door na te gaan of de Staat heeft gedaan wat *naar het oordeel van de rechter noodzakelijk is* om dit evenwicht te bereiken. De 'wide margin of appreciation' dient beperkt te blijven tot de beleidsopties van de Staat, zoals terecht wordt overwogen in rov. 6.2.2. van het varkensrechtenarrest.¹⁹³ 'Waar het gaat om de beoordeling van wat in het algemeen belang is en de keus van de middelen om dit belang te dienen, komt de wetgever een 'wide margin of appreciation' toe.'¹⁹⁴

193 HR 16 november 2001, NJ 2002, 469 m.nt. TK en EAA.

194 Dit conform de vaste opvatting van het EHRM; zie laatstelijk EHRM 22 februari 2005, zaaknr. 35014/97 (Hutten-Czapska/Polen), § 185: 'States necessarily enjoy a wide margin of appreciation not only in regard to the existence of the problem of general concern

Slechts met inachtneming van de hier geschetste uitgangspunten kan art. 1 Protocol mede gezien het zeer ruime begrip eigendom dat het Hof hanteert, voor klagers het schild zijn dat het beoogt te zijn. Op sociaal, economisch en fiscaal terrein evenwel heeft een klager niets te verwachten van het EHRM.

warranting measures for control of individual property but also to the choice of the measures and their implementation.'

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn verschenen:

- MI-1 T. Barkhuysen, *Artikel 13 EVRM: effectieve nationale rechtsbescherming bij schending van mensenrechten* (diss. Leiden), Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, ISBN 90 5458 530 7
- MI-2 E.E.V. Lenos, *Bestuurlijke sanctietoepassing en strafrechtelijke waarborgen in de sociale zekerheid* (diss. Leiden), Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, ISBN 90 5458 558 7
- MI-3 M.V. Polak (red.), *Geschillenbeslechting naar behoren. Algemene beginselen van behoorlijke geschillenbeslechting in traditionele en alternatieve procesvormen*, Deventer: Kluwer 1998, ISBN 90 2683 298 2
- MI-4 C.E. Smith, *Feit en rechtsnorm* (diss. Leiden), Maastricht: Shaker 1998, ISBN 90 4230 045 0
- MI-5 S.D. Lindenberg, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, ISBN 90 2683 324 5
- MI-6 P.B. Cliteur, G.J.J. Heerma van Voss, H.M.T. Holtmaat & A.H.J. Schmidt (red.), *Sociale cohesie en het recht*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, ISBN 90 5458 618 4
- MI-7 M.H. Elferink, *Verwijzingen in wetgeving. Over de publiekrechtelijke en auteursrechtelijke status van normalisatienormen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, ISBN 90 2683 352 0
- MI-8 P.T.C. van Kampen, *Expert Evidence Compared. Rules and Practices in the Dutch and American Criminal Justice System* (diss. Leiden), Antwerpen/Groningen: Intersentia 1998, ISBN 90 5095 049 3
- MI-9 N.C. van Steijn, *Mobil Oil III, een uitvinding of een ontdekking? Een onderzoek naar de gevolgen van de Mobil Oil III-beschikking van het Europees Octrooi Bureau van Nederland*, Den Haag: Jongbloed 1999, ISBN 90 7006 221 6
- MI-10 R.A. Lawson, *Het EVRM en de Europese Gemeenschappen; bouwstenen voor een aansprakelijkheidsregime voor het optreden van internationale organisaties* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1999, ISBN 90 2683 463 2
- MI-11 J. Junger-Tas & J.N. van Kesteren, *Bullying and Delinquency in a Dutch School Population*, New York: Kugler Publications 1999 (or PB 97747, 2509 GC Den Haag), ISBN 90 6299 171 8
- MI-12 T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, ISBN 90 2683 511 6
- MI-13 P.W. Brouwer, M.M. Henket, A.M. Hol & H. Kloosterhuis (red.), *Drie dimensies van recht: rechtstheorie, rechtsgeleerdheid, rechtspraktijk*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999, ISBN 90 5454 026 5
- MI-14 T. Hartlief, *De vrijheid beschermd*, Deventer: Kluwer 1999, ISBN 90 2683 567 1
- MI-15 H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie*, Deventer: Kluwer 1999, ISBN 90 2683 557 4
- MI-16 H.I. Sagel-Grande & M.V. Polak (eds.), *Models of conflict resolution*, Antwerpen: Maklu 1999, ISBN 90 6215 651 7
- MI-17 H.J.Th.M. van Rosmalen, *The King can do no wrong. Overheidsaansprakelijkheid naar Engels recht onder invloed van de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen*, Den Haag: Jongbloed 2000, ISBN 90 7006 223 2
- MI-18 R.A. Lawson & E. Myjer, *50 jaar EVRM*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 2000, ISBN 90 6750 038 0
- MI-19 C.B. van der Net, *Grenzen stellen op het Internet. Aansprakelijkheid van Internet-providers en rechtsmacht*, Deventer: Gouda Quint 2000, ISBN 90 2683 622 8
- MI-20 R.P. Raas, *Het Benelux Merkenrecht en de Eerste Merkenrichtlijn: overeenstemming over verwarring?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, ISBN 90 5454 028 1
- MI-21 R.H. Haveman, P. Ölçer, Th.A. de Roos & A.L.J. van Strien (red.), *Seks, zeden en strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 2000, ISBN 90 3870 798 3
- MI-22 W.J. Zwolve, *Qui solvit alii. Beschouwingen over betaling aan inningsonbevoegden*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, ISBN 90 5454 033 8
- MI-23 Hans Krabbendam & Hans Martien ten Napel (eds.), *Regulating Morality. A Comparison of the Role of the State in Mastering the Mores in the Netherlands and the United States*, Antwerpen: Maklu 2000, ISBN 90 6215 736 x

- MI-24 Jan-Peter Loof, Hendrik Ploeger & Arine van der Steur, *The right to property. The influence of Article 1 Protocol no. 1 ECHR on several fields of domestic law*, Maastricht: Shaker Publishing 2000, ISBN 90 4230 103 1
- MI-25 D.L.M.T. Dankers-Hagenaars, *Op het spoor van de concessie. Een onderzoek naar het rechtskarakter van de concessie in Nederland en in Frankrijk*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, ISBN 90 5454 042 7
- MI-26 T. Hartlief & M.M. Mendel (red.), *Verzekering en maatschappij. Juridische beschouwingen over de maatschappelijke rol van verzekeringen en verzekeringsmaatschappijen*, Deventer: Kluwer 2000, ISBN 90 2683 713 5
- MI-27 J.E.M. Polak, *Effectieve bestuursrechtspraak. Enkele beschouwingen over het vermogen van de bestuursrechtspraak geschillen materieel te beslechten* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2000, ISBN 90 2715 268 3
- MI-28 H.F. Munneke, *Recht en samenleving in de Nederlandse Antillen, Aruba en Suriname. Opstellen over recht en sociale cohesie*, Nijmegen: Wolf Legal Productions 2001, ISBN 90 5850 011 x
- MI-29 C.P.M. Cleiren, *Geding buiten geding. Een confrontatie van het geding voor de strafrechter met strafrechtelijke ADR-vormen en mediation* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2001, ISBN 90 3870 833 5
- MI-30 W.M. Visser 't Hooft, *Japanese Contract and Anti-Trust Law. A Sociological and Comparative Study*, Richmond: Curzon Press 2001
- MI-31 M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2001, ISBN 90 2683 763 1
- MI-32 X.E. Kramer, *Het kort geding in internationaal perspectief. Een rechtsvergelijkende studie naar de voorlopige voorziening in het internationaal privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2001, ISBN 90 2683 784 4
- MI-33 P.B. Cliteur & V. Van Den Eeckhout, *Multiculturalisme, cultuurrelativisme en sociale cohesie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, ISBN 90 5454 093 1
- MI-34 C.P.M. Cleiren & G.K. Schoep (red.), *Rechterlijke samenwerking*, Deventer: Gouda Quint 2001, ISBN 90 3870 848 3
- MI-35 A.C. 't Hart, *Hier gelden wetten! Over strafrecht, openbaar ministerie en multiculturalisme*, Deventer: Gouda Quint 2001, ISBN 90 3870 847 5
- MI-36 U. Drobnig, H.I. Sagel-Grande & H.J. Sniijders, *Neue Entwicklungen im deutschen und niederländischen Insolvenzrecht sowie Kreditsicherheiten an Mobilien*, Amsterdam: Rozenberg Publishers 2001, ISBN 90 6170 546 8
- MI-37 E.R. Muller & C.J.J.M. Stolker, *Ramp en recht. Beschouwingen over rampen, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, ISBN 90 5454 113 x
- MI-38 P.B. Cliteur, H.J. van den Herik, N.J.H. Huls & A.H.J. Schmidt (red.), *It ain't necessarily so*, Deventer: Kluwer 2001, ISBN 90 2683 854 9
- MI-39 E.R. Muller, *Conflictbeslechting: Kruisbestuiving van rechtswetenschap en bestuurskunde* (oratie Leiden), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2001, ISBN 90 1408 204 5
- MI-40 H.C. Wiersinga, *Nuance in benadering. Culturele factoren in het strafproces* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, ISBN 90 5454 155 5
- MI-41 W. den Ouden, *De subsidieverplichting; wie betaalt bepaalt? Een onderzoek naar de rechtmatigheid van subsidieverplichtingen*, Deventer: Kluwer 2002, ISBN 90 2683 887 5
- MI-42 I. Sagel-Grande, *In the best interest of the child. Conflict resolution for and by children and juveniles*, Amsterdam: Rozenberg Publishers 2001, ISBN 90 5170 572 7
- MI-43 W.M. Visser 't Hooft, *Japanese Contract and Anti-Trust Law. Sociological and Comparative Study*, Richmond Surrey: Curzon Press 2002, ISBN 07 0071 577 0
- MI-44 M. Dekker, *Het water meester. Het recht rond de overheidszorg voor de beveiliging tegen overstroming*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, ISBN 90 5454 188 1
- MI-45 M. Lurks, W. Den Ouden, J.E.M. Polak & A.E. Schilder, *De grootste gemene deler. Opstellen aangeboden aan prof. mr. Th.G. Drupsteen ter gelegenheid van zijn afscheid van de Universiteit Leiden op 31 mei 2002*, Deventer: Kluwer 2002, ISBN 90 2684 004 7

- MI-46 S.C. Huisjes, *Over dode lijnen en een heuvel recht. De privaatrechtelijke aansprakelijkheid voor schade als gevolg van falende telecommunicatiedienstverlening*, Deventer: Kluwer 2002, ISBN 90 2684 003 9
- MI-47 M. Hallers, C. Joubert & J. Sjöcrona (eds.), *The Position of the Defence at the International Criminal Court and the Role of the Netherlands as the Host State*, Amsterdam: Rozenberg Publishers 2002, ISBN 90 5170 625 1
- MI-48 K. Teuben, *Rechtsregelingen als 'recht' in de zin van art. 79 Wet RO*, Den Haag: Jongbloed 2002, ISBN 90 7006 231 3
- MI-49 M. Hallers, A.J. Mauritz, E.R. Muller & C.J.J.M. Stolker, *Beginselen van behoorlijk rampenonderzoek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, ISBN 90 5454 251 9
- MI-50 J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten. Een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten*, Deventer: Kluwer 2003, ISBN 90 268 4117 5
- MI-51 Y.L.L.A.M. Delfos-Roy, C. de Groot, P.A.C.E. van der Kooij, S.J.A. Mulder (red.), *Zekerheidshalve. Opstellen aangeboden aan prof. mr. M.M. Mendel*, Deventer: Kluwer 2003, ISBN 90 268 4083 7
- MI-52 B. Barentsen, *Arbeidsongeschiktheid. Aansprakelijkheid, bescherming en compensatie*, Deventer: Kluwer ISBN 90G 0000 61X
- MI-53 A.F.M. Brenninkmeijer, M. Hallers, A.T. Marseille, N.M. Mulder & G.K. Schoep (red.), *De taakopvatting van de rechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, ISBN 90 5454 279 9
- MI-54 H. Snijders & S. Weatherill, *E-commerce Law. National and transnational topics and perspectives*, Londen: Kluwer International 2003
- MI-55 F.B. Ronkes Agerbeek, *Zeg ik dat goed? EU-ambtenaren en hun vrijheid van meningsuiting*, Den Haag: Jongbloed 2003, ISBN 90 7006 2 33 x
- MI-56 A.C. Damsteegt, *De aansluiting van de Werkloosheidswet op het ontslagrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, ISBN 90 5454 312 4
- MI-57 P. Vos, *Kredietopraging en Insolventierisico. Overlevingskansen van bedrijven in financiële moeilijkheden en de Faillissementswet*, Deventer: Kluwer 2003, ISBN 90 13 00580 2
- MI-58 P.B. Cliteur & H.-M.Th.D. ten Napel (red.), *Rechten, plichten, deugden*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2003, ISBN 90 6916 485 X
- MI-59 F.J.M. Feldbrugge (red.), *Law's beginnings*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2003, ISBN 90 0413 705X
- MI-60 A.F.M. Brenninkmeijer, *Effectieve conflictoplossing bij individuele arbeidsconflicten*, en L.C.J. Sprengers, *Collectieve belangen – uiteenlopende geschillen (oraties Leiden)*, Den Haag: Sdu 2003
- MI-61 A.H. Scheltema, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde*, Deventer: Kluwer 2003, ISBN 90 13 00744 9
- MI-62 W.H. Pokorný-Versteeg, *Milieu-effectrapportage in Nederland en de direct aangrenzende EU-lidstaten. Een rechtsvergelijkend onderzoek*, Deventer: Kluwer 2003, ISBN 90 13 00946 8
- MI-63 A.P.A. Broeders, *Op zoek naar de bron. Over de grondslagen van de criminalistiek en de waardering van het forensisch bewijs*, Deventer: Kluwer 2003, ISBN 90 13 00964 6
- MI-64 C.L.J. Caminada & K.P. Goudswaard, *Verdeelde zekerheid. De verdeling van baten en lasten van sociale zekerheid en pensioenen*, Den Haag: Sdu 2003, ISBN 90 1210 006 2
- MI-65 B.T.M. van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen*, Deventer: Kluwer 2004
- MI-66 A.J. Mauritz, *Liability of the operators and owners of aircraft for damage inflicted to persons and property on the surface*, Maastricht: Shaker 2003, ISBN 90 423 0234 8
- MI-67 T. Hartlief, Jac. Hijma & L. Reurich (red.), *Coherente instrumenten in het contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2003 ISBN 90 13 0092 47
- MI-68 E.I. Helsloot, E.R. Muller, R. Pieterman & W.J.M. Voermans (red.), *Vervoer gevaarlijke stoffen in perspectief. Evaluatie van de Wet vervoer gevaarlijke stoffen 1996-2002*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, ISBN 90 5454 420 1
- MI-69 W.J.M. Voermans, *Toedeling van bevoegdheid (oratie Leiden)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, ISBN 90 5454 433 3

- MI-70 M.C. Zwanenburg, *Accountability under International Humanitarian Law for UN and NATO Peace Support Operations* (diss. Leiden), 2004
- MI-71 M. Kuijer, *The Blindfold of Lady Justice. Judicial Independence and Impartiality in Light of the Requirements of Article 6 ECHR*, Nijmegen: Wolf Legal Productions 2004, ISBN 90 5850 074 8
- MI-72 V.J.A. Sütő, *Nieuw Vermogensrecht en rechtsvergelijking – reconstructie van een wetgevingsproces (1947-1961)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, ISBN 90 5454 467 8
- MI-73 Paul Cliteur, Hans Franken & Wim Voermans (red.), *Naar een Europese Grondwet*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, ISBN 90 5454 471 6
- MI-74 S.L. Kuipers, *Cast in Concrete? The Institutional Dynamics of Belgian and Dutch Social Policy Reform*, Delft: Eburon Academic Publishers 2004, ISBN 90 5972 028 8
- MI-75 J. Heinsius, *Collectief ontslagrecht. Enkele voorstellen betreffende een betere regelgeving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, ISBN 90 5454 502 x
- MI-76 N. Djebali, *Procedures ter beslechting van interstatelijke verrekenprijsgeschillen*, Den Haag: Jongbloed 2004, ISBN 90 70062 36 4
- MI-77 M.M. Groothuis, *Beschikken en digitaliseren. Over normering van de elektronische overheid*, Den Haag: Sdu 2004, ISBN 90 5409 448 6
- MI-78 K. Teuben, *Rechtsregelingen in het burgerlijk (proces)recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2004, ISBN 90 1302 144 1
- MI-79 K.P. Goudswaard, C.L.J. Caminada & H. Vording, *Naar een transparanter loonstrookje?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, ISBN 90 5454 521 6
- MI-80 P.J. Slot & M. Bulterman (eds.), *Globalisation and Jurisdiction*, Den Haag: Kluwer Law International 2004, ISBN 90 411 2307 5
- MI-81 R. Holtmaat, *Grenzen aan gelijkheid* (oratie Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, ISBN 90 5454 523 2
- MI-82 J. van der Leun & L. Vervoorn, *Slavernij-achtige uitbuiting in Nederland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, ISBN 90 5454 534 8
- MI-83 B.C. Labuschagne (red.), *Religie als bron van sociale cohesie in de democratische rechtsstaat?*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004, ISBN 90 6916 526 0
- MI-84 J.H. Crijns, P.P.J. van der Meij & G.K. Schoep (red.), *De taak van de strafrechtswetenschap*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, ISBN 90 5454 554 2
- MI-85 G.K. Schoep & P.M. Schuyt, *Instrumenten ter ondersteuning van de rechter bij straftoemeting*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, ISBN 90 5850 107 8
- MI-86 M.E. Koppenol-Laforce (red.), *De Europese vennootschap (SE) in de praktijk*, Deventer: Kluwer, ISBN 90 13023 22 3
- MI-87 A.P.A. Broeders, *Ontwikkelingen in de criminalistiek. Van vingerspoot tot DNA-profiel – van zekerheid naar waarschijnlijkheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, ISBN 90 5454 576 3
- MI-88 I.S.J. Houben, *Contractdwang* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, ISBN 90 1302 715 6
- MI-89 T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Recht realiseren. Bijdragen rond het thema adequate naleving van rechtsregels*, Deventer: Kluwer 2005, ISBN 90 130 2811 X
- MI-90a L. Reurich, *De articulatie van gedragsnormen. Deel I: normen van vaagheid*, Deventer: Kluwer 2005
- MI-90b L. Reurich, *De articulatie van gedragsnormen. Deel II: vaagheid van normen* (diss. Leiden), Kluwer: Deventer 2005, ISBN 90 1302 776 8
- MI-91 R. Haveman & H. Wiersinga, *Langs de randen van het strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, ISBN 90 5850 116 7
- MI-92 P.C. van Es, *De actio negatoria. Een studie naar de rechtsvorderlijke zijde van het eigendomsrecht*, (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, ISBN 90 5850 131 0.
- MI-93 R.W.M. Giard, *Aansprakelijkheid van artsen. Juridische theorie en medische praktijk*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, ISBN 90 5454 633 6
- MI-94 W. den Ouden (red.), *Staatssteun en de Nederlandse rechter*, Deventer: Kluwer 2005, ISBN 90 1303 063 7
- MI-95 F. Hamburg, *Een computermodeel voor het ondersteunen van euthanasiebeslissingen*, (diss. Leiden), Antwerpen: Maklu 2005, ISBN 90 4660 020 3

- MI-96 J.P. Loof, *Mensenrechten en staatsveiligheid: verenigbare grootheden?*, (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Productions 2005, ISBN 90 5850 147 7
- MI-97 J.A.A. Adriaanse, *Restructuring in the shadow of the law. Informal reorganisation in the Netherlands*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer ISBN 90 1303 156 0
- MI-98 Bundel n.a.v. congres Fiscaal overgangsbeleid van 15 april jl. (A. Lubbers en M. Bravenboer)
- MI-99 Bundel over Juridische positie Allochtone gezinnen (Nationale Gezinsraad E. Hooghiemstra en R. Heerema)
- MI-100 Verrassingsboek. Nader bekend te maken.
- MI-101 G.C. Coteanu, *Cyber Consumer Law State of the Art and Perspectives*, (diss. Leiden) 2005, Roemenië, ISBN 973 50 1106 9

Overige publicaties van het E.M. Meijers Instituut:

- H.D. Ploeger, *Privaatrechtelijke aspecten van de aanleg van boortunnels*, Kluwer Rechtswetenschappelijke publicaties, Deventer: Kluwer 1997, ISBN 90 2683 122 6
- T. Heukels, N. Blokker & M. Brus (eds.), *The European Union after Amsterdam; A Legal Analysis*, The Hague: Kluwer Law International 1998, ISBN 90 411 1131 x
(together with the Europa Instituut, Universiteit Leiden)
- T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & P.H.P.H.M.C. van Kempen (eds.), *The Execution of Strasbourg and Geneva Human Rights Decisions in the National Legal Order*, The Hague: Kluwer Law International 1999, ISBN 90 411 1152 2
(together with Van Asbeck Centrum, Universiteit Leiden)
- H. Peter van Fenema, *The International Trade in Launch Services, The Effects of us Laws, Policies and Practices on its Development*, Leiden 1999, ISBN 90 901 3064 0
(together with International Institute of Air and Space Law)
- E.C. Nieuwenhuys & M.M.T.A. Brus, *Multilateral Regulation of Investment*, Den Haag: Kluwer Law International 2001, ISBN 90 411 9844 x
- E. Nieuwenhuys, A. Toussaint & M. Valstar, *Verslag van het symposium Internationale Dimensies van Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen*, Leiden: E.M. Meijers Instituut 2002, ISBN 90 9016 080 9
- E.R. Muller & J.P. Coenen, *Parlementair onderzoek in Nederland*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, ISBN 90 1209 700 2
- E.R. Muller, D. Starink, J.M.J. Bosch & I.M. de Jong, *Krijgsmacht. Studies over de organisatie en het optreden*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2004, ISBN 90 1301 130 6
- E.R. Muller, *Veiligheid. Studies over inhoud, organisatie en maatregelen*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2004, ISBN 90 1301 129 2

Eerder verschenen in de BWKJ-reeks:

- BWKJ 1 (1985): BW-NBW: Twee sporen, één weg
- BWKJ 2 (1986): NBW: Vliegen zonder vleugels
- BWKJ 3 (1987): Schadeverhaal
- BWKJ 4 (1988): Oud en nieuw
- BWKJ 5 (1989): Een internationale code
- BWKJ 6 (1990): Rechterlijke macht en Nieuw BW
- BWKJ 7 (1991): Practicum Nieuw BW. Enkele praktische wenken bij de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek
- BWKJ 8 (1992): Het Nieuw BW in functie. De invloed van het nieuwe vermogensrecht op 10 bijzondere rechtsgebieden
- BWKJ 9 (1993): Beginselen van vermogensrecht
- BWKJ 10 (1994): Historisch vooruitzicht. Opstellen over rechtsgeschiedenis en burgerlijk recht
- BWKJ 11 (1995): Europees contractenrecht

BWKJ 12 (1996): Onrechtmatige daad
BWKJ 13 (1997): Import en export van burgerlijk recht
BWKJ 14 (1998): Koop!
BWKJ 15 (1999): Civiele constructies
BWKJ 16 (2000): Tijd en onzekerheid
BWKJ 17 (2001): Recht(er) en belang
BWKJ 18 (2002): Gemeenschap
BWKJ 19 (2003): Doel en effect van civielrechtelijke sancties
BWKJ 20 (2004): Termijnen
BWKJ 21 (2005): Rechtseenheid en vermogensrecht