

Rechtsleer

**Over Codificatie en Convergentie in een
meergelaagd Privaatrecht**

Walter VAN GERVEN

Emeritus hoogleraar, K.U.Leuven, gew. advocaat-generaal Hof van Justitie

1. Laat mij eerst zeggen wat ik versta onder de woorden codificatie en wetboek. Een wetboek of codex is een gestructureerd (al)omvattend (“comprehensive”) en thematisch samenhangend geheel van regels die zijn ondergebracht in één, in artikelen gerangschikt en hoofdstukken ingedeeld (wet) boek. In de echte zin van het woord is codificatie niet gefocust op de bescherming van specifieke belangen maar houdt zij er, wat beschermde belangen betreft, een globale visie op na waaraan beleidskeuzen ten grondslag liggen die op een democratische wijze, d.w.z., in voortdurend overleg met de volksvertegenwoordiging, werden vastgelegd. In dit opzicht is het Nederlandse BW (hierna NBW) een lichtend voorbeeld, overigens niet langer zoals voorheen een symbool van een natiestaat maar een juristencodex die bestemd is om het geldende recht te moderniseren en toegankelijker te maken. Vraag is alleen, vijftig jaren nadat het werk werd aangevat, of het wetboek thematisch niet te “alomvattend” is opgevat en of het niet beter ware geweest, naar o.m. Zwitsers voorbeeld, de persoonsrechtelijke en vermogensrechtelijke materies in afzonderlijke wetboeken onder te brengen. In het voordeel van een alomvattend BW pleiten ongetwijfeld coherentie van de rechtsorde en consistentie van de regelgeving waarbij de vraag echter rijst of dit nog wel kan en moet, althans in die mate.

1. Codificatie in staat van faillissement?

2. Niemand zal betwisten dat de *Code Napoléon* (om hier alleen de meest be-roemde codificatie te noemen) bekend staat om zijn intrinsieke verdiensten. Hij is opgesteld in een heldere, eenvoudige, beknopte en vaak elegante taal en blinkt uit door coherentie die het resultaat is van een door Domat en Pothier geïnspireerde ‘rechtsordelijkheid’. Het was bovendien een moderne code, enerzijds, omwille van de eraan ten grondslag liggende inspanning om de rechtsorde te structureren en toegankelijk te maken voor de burger en, anderzijds, omdat hij uitdrukking gaf aan de toen revolutionaire beginselen van vrijheid en gelijkheid (maar niet tussen man en vrouw). Deze kwaliteiten hebben nochtans niet kunnen verhinderen dat ook deze code al vlug onderhevig werd aan “vervelling” zowel binnen als buiten de code. Ingezet met de wet van 9 april 1898 betreffende arbeidsongevallen werden steeds meer civielrechtelijke regelen buiten de code ondergebracht. Dit *de-codificatie* verschijnsel kwam vooral tot uiting in het personen- en familierecht maar tastte later ook het verbintenissenrecht aan. De *Code de la consommation* is daarvan het beste voorbeeld. Ook het eigendomsrecht en de bijzondere overeenkomsten zijn er sterk aan onderhevig gemaakt. Maar ook binnen de code zijn talrijke wijzigingen aangebracht: in 2004 waren de helft van de oorspronkelijke artikelen gewijzigd of vervangen, nog het minst de delen zakenrecht en verbintenissenrecht (waar de jurisprudentie echter een belangrijke moderniseringsrol heeft gespeeld). Het spreekt van zelf dat deze wijzigingen geen goed hebben gedaan aan de helderheid, de toegankelijkheid en de coherentie van het wetboek, ofschoon een onderscheid moet worden gemaakt tussen de teksten in het wetboek zelf die in de tweede helft van de vorige eeuw werden aangebracht door Jean Carbonnier. Deze befaamde hoogleraar is het gelukt de oorspronkelijke stijl vrij goed te

behouden; recentere wijzigingen zijn, naar verluidt, van een veel lager gehalte.¹

3. Een nog ‘fraaier’ voorbeeld van de-codificatie biedt het *Belgische Wetboek van Koophandel* dat, zoals de Franse *Code de commerce*, dateert uit 1807. Van de oorspronkelijke 648 artikelen over vier delen (boeken) gespreid, is niet veel overgebleven. Het laatste boek, over faillissementsrecht, is vervangen door de niet in het wetboek opgenomen Faillissementswet van 8 augustus 1997. Het voorlaatste boek over de handelsrechtbanken is vervangen door bepalingen opgenomen in het Gerechtelijk Wetboek van 1967. Het tweede boek houdende 278 artikelen over zee- en binnenvaart maakt nog deel uit van het wetboek maar talrijke artikelen ervan zijn vervangen door internationale verdragen en de andere bepalingen zijn ofwel geschrapt ofwel totaal verouderd, wat een deskundig auteur toelaat te zeggen: “Belgian maritime law has become obsolete, mainly dead law, not realistic law with many gaps and law that is chaotic and questionable ...”. De oorspronkelijke bepalingen van Boek 1 over “koop-handel in het algemeen” zijn vrijwel allemaal geschrapt of vervangen door nauwelijks samenhangende afzonderlijke wetteksten.² Wordt er gedacht aan een nieuwe redactie van het wetboek? Daarvoor lijkt niet zo heel veel enthousiasme te bestaan maar was is er ruime steun te vinden voor beperkte ‘codificaties’ (waarvan sommige recent buiten het wetboek zijn tot stand gebracht, zoals boekhouding, faillissement en gerechtelijk akkoord, vennootschappen, verzekeringen).

II. Codificatie als een feniks herrezen uit zijn as?

4. Nederlandse politici en juristen hebben het, onmiddellijk na Wereldoorlog II, wel aangedurfd om een *nieuw B.W.* te ontwerpen. Ofschoon niet iedereen (o.m. Paul Scholten) het ermee eens was, werd daartoe bij K.B. van 25 april 1947 aan E.M. Meijers de opdracht gegeven. Belangrijke factoren zijn geweest: “[d]e naoorlogse drang tot hernieuwing, de in brede kring heersende onvrede over de bijzondere rechtspraak, de grote invloed van Meijers en het doorzettingsvermogen van de toenmalige minister van justitie Van Maarseveen.”³ Achteraf gezien en daargelaten een aantal zwakke punten (onvermijde-

¹ Over al het voorgaande B. FAUVARQUE-COSSON en S. PATRIS-GODECHOT, *Le Code civil face à son destin*, Ministère de la Justice, La documentation Française, Paris, 2006, 261 p., op 22, 93-97.

² Daarover W. VAN GERVEN, Eindrapport “Koophandel zonder Wetboek” in J.P. BUYLE, et al. (ed.), *Bicentenaire du Code de commerce/ Tweehonderd jaar Wetboek van Koophandel*., Larcier, Brussel, 2007, 367-389, met verwijzingen naar de voorafgaande deelrapporten (het Engelse citaat staat op p. 353 en is van E. Van Hooydonk).

³ S.C.J.J. KORTMANN, “Het Nederlands Burgerlijk Wetboek: het nut van de Nederlandse ervaringen voor België” in D. HEIRBAUT en G. MARTYN (ed.), *Napoleons nalatenschap/Un héritage Napoléonien*, Kluwer, 2005, 353-364, op 354. Recenter artikel en in een Europese context: M. W. HESSELINK, “The ideal of codification and the dynamics of Europeanisation: The Dutch experience”, in S. VOGENAUER & S. WEATHERILL (eds.), *The Harmonisation of European Contract Law*, Hart Publishing Oxford, 2006, 39-70.

lijk voor een dergelijke grootschalige onderneming) is het wetboek een succes gebleken. Toch, zo werd opgemerkt van onverdachte zijde, is “het ideaal van eenvoud en helderheid dat Meijers zich stelde, ... niet bereikt.”⁴ De codificatie heeft wel een lange wordingsgeschiedenis gekend (een halve eeuw) en is nog niet voltooid; zij is ook zeer lang geworden (boeken 7 en 7a, en 8 inclusief, rond de 5000 artikelen).⁵ Zou ze nu nog worden ondernomen en, zo ja, tot een goed einde worden gebracht? Men kan daaraan twijfelen gelet op het zich gestadig voortzettend proces van *verbijzondering* van grote delen van civiel en commercieel privaatrecht (rechtspersonen, vennootschappen, verzekeringen, vervoerrecht, arbeidsrecht, consumentenrecht ...), een proces dat in een aantal landen, zoals Frankrijk en België, heeft geleid tot *afsplijting* van wetten, mede onder de invloed van het Europese Gemeenschapsrecht. Door dat laatste is bovendien een verregaande *verkokering* teweeg gebracht, waarmee bedoeld wordt dat, in vele domeinen waar voorheen eenheid van recht heerste, nu een *beschot* is aangebracht tussen, ruw geschetst, regelen tot regulering van tussen staten handelsverkeer en totstandkoming van een interne markt *en* regelen voor binnenstaats verkeer en niet op de interne markt gerichte regulering (daarover straks meer). Bovendien heeft het Europees gemeenschapsrecht, in acht genomen zijn oorspronkelijke en nog steeds voornaamste ‘interne markt’ doelstelling, het *onderscheid* tussen *privaat* (civiel) en *publiek* (handels-economisch-monetair) recht nog meer dan voordien op de helling gezet.

Hoe dan ook, het Nederlandse BW is er niettemin in geslaagd het privaatrecht in de ruime zin van het woord in een wetboek onder te brengen en het nog daadwerkelijk te laten functioneren - mede dankzij een significant aantal ‘vage’ of ‘open’ normen - en bovendien door voldoende ruimte te laten voor nieuwe aan- of opbouw waardoor het mogelijk is de door Europa voorgeschreven wetgeving zonder al teveel moeilijkheden in het wetboek te incorporeren.⁶

III. Europa dividet et imperat. Wetgevers let op uw tellen

5. Op het stuk van nationale wetgeving, het vermogensrecht in het bijzonder, komt het Europese recht niet zelden als een stoorzender over. Dit is te wijten aan het *beginsel van attributie* van bevoegdheden. Volgens dit beginsel moeten de Europese Gemeenschap/Unie en hun wetgevende, executieve en rechterlijke organen strikt blijven binnen de beperkte hen door de lidstaten toegekende bevoegdheden (art. 5, eerste alinea, en art. 7 eerste lid, EG Verdrag) - beperkt bij de aanvang maar steeds uitgebreider na elke verdragswijziging. Het beginsel moet zowel bij intern als bij internationaal optreden van de Gemeenschap/Unie worden geëerbiedigd. Het impliceert dat er voor elk handelen een *specifieke rechtsgrond* (b.v. artikel 44, f, EG inzake vennootschappen; artikel 83 EG inzake mededingingsrecht) of een *algemene rechtsgrond* (artikel 94 en 95 EG inzake harmonisering en/of eenmaking van nationaal recht) in de Verdragen

⁴ J.H. BEEKHUIS, gecit. Door KORTMANN, op 356.

⁵ Aan het wetboek is een halve eeuw gewerkt. Als men er boek 7 en 7a (bijzondere overeenkomsten) en boek 8 (verkeersmiddelen en vervoer) bijtelt, komt men rond de 5000 artikelen.

⁶ S.C.J.J., KORTMANN, supra n. 3, op 358-359 resp. p. 364.

moet kunnen worden aangewezen. Daarin wordt de materiële bevoegdheid tot handelen omlind en de middelen gepreciseerd om die bevoegdheid uit te oefenen, voornamelijk de normeringinstrumenten en de procedure van besluitvorming.⁷ Maar zelfs dan dient de Europese wetgever zich, in de uitoefening van de hem toegestane bevoegdheden, te houden, aan het beginsel van subsidiariteit wanneer “de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de lidstaten kunnen worden verwezenlijkt en derhalve vanwege de omvang of de gevolgen van het overwogen optreden beter door de Gemeenschap kunnen worden verwezenlijkt.” (art. 5, tweede alinea, EG Verdrag).⁸

Het *attributie*beginsel is verantwoordelijk voor het ‘patchwork’ of ‘lappendeken’ karakter van het Europese secundaire recht en van het daarop gesteunde nationale recht. Immers, de Europese wetgever kan alleen binnen de grenzen van de hem (exclusief of gedeeltelijk) overgedragen bevoegdheden optreden tot regeling van materies die daaronder vallen; buiten die grenzen blijft alleen de nationale regelgever bevoegd. Het gevolg van deze dubbelbevoegdheid is dat in elke lidstaat binnen een bepaald rechtsgebied twee wetgevers werkzaam zijn, soms gezamenlijk maar dan toch optredend volgens andere wetgevende procedures, waardoor twee - zo niet totaal verschillende dan op elkaar afgestemde - regelingen naast elkaar ontstaan in een rechtsgebied waar, vóór Europeanisering, slechts één regeling bestond.

6. Een voor de hand liggend voorbeeld van een *specifieke rechtsgrond* is artikel 83 EG Verdrag. Het artikel machtigt de Raad van Ministers met gekwalificeerde meerderheid verordeningen of richtlijnen uit te vaardigen die dienstig zijn voor de toepassing van de Europese *kartelregelen* neergelegd in de artikelen 81 en 82 EG. Deze artikelen hebben uitsluitend betrekking hebben op mededingingspraktijken die de inter-staten handel betreffen en niet op die welke de lokale (of intra-staatse) handel betreffen. Voor laatst bedoelde praktijken geldt de nationale (Nederlandse, Belgische, ...) mededingingswet wat betekent dat, met betrekking tot gelijksoortige praktijken, op hetzelfde grondgebied Europese en nationale regelingen naast elkaar functioneren, elk met een eigen toepassingsgebied. Om begrijpelijke redenen van coherentie en consistentie van regelgeving op het eigen grondgebied proberen de lidstaten die dualiteit uit de weg te gaan, of althans parallelle toepassing van beide regelingen door hun mededingingsautoriteiten en rechtbanken te faciliteren, door, bijv., uit eigen beweging, de nationale regeling en toepassing daarvan zoveel mogelijk conform te maken aan de Europese (zgn. uitwaaiëring; zie infra, nr. 12).

Een *algemene rechtsgrond* die op een nog ruimere schaal aanleiding geeft tot versnippering van regelgeving binnen een zelfde lidstaat (ofschoon hij leidt tot gelijkvormigheid van recht tussen de lidstaten) zijn de artikelen 94 en 95 EG Verdrag. Die artikelen zijn bestemd om verschillen in nationale wetgeving tussen de lidstaten te elimineren door middel van *harmonisatie of eenmaking* van

⁷ K. LENAERTS & P. VAN NUFFEL, *Europees Recht in hoofdlijnen*, derde herziene uitgave, Maklu, 2003, 111-112.

⁸ Over het beginsel en de mogelijkheid van rechterlijke controle, zie C.W.A. TIMMERMANS, “Is het subsidiariteitsbeginsel vatbaar voor rechterlijke controle,” *S.E.W.*, 2007, 224-230.

hun nationale bepalingen wanneer zij “rechtstreeks van invloed zijn op de instelling of de werking van de gemeenschappelijke markt” (art. 94 EG: harmonisatie door richtlijnen) of die “de instelling en de werking van de interne markt betreffen” (art. 95 EG: harmonisatie of eenmaking door richtlijnen resp. verordeningen). Op grond daarvan kunnen soms omvangrijke delen privaatrecht, in het bijzonder consumentenrecht, op een min of meer ingrijpende wijze, minimaal of maximaal, worden geëuropeaniseerd waardoor zij van het algemene of bijzondere nationale privaatrecht geheel of gedeeltelijk worden afgezonderd. Daardoor wordt het hierboven gesignaleerde ‘lappendeken’-karakter van de binnen een lidstaat vigerende rechtsorde nog verhoogd.

7. De voornoemde artikelen hebben trouwens aanleiding gegeven tot vaak onderhuidse *spanningen* tussen Europese en nationale wetgevers wanneer de geciteerde zinsneden ruim worden opgevat. Meer bepaald, omdat wordt aangenomen dat alleen het feit dat er in de 27 lidstaten verschillende regelingen bestaan in verband met eenzelfde rechtsobject - m.a.w., alleen al het bestaan van legislatieve diversiteit – voldoende is om de instelling of de werking van de gemeenschappelijke of interne markt te hinderen in de zin van genoemde artikelen 94 en 95. Immers, zo gaat de redenering, consumenten die in een andere dan hun eigen lidstaat winkelen, worden daarin ontmoedigd omdat ze de wetgeving van het andere land niet kennen (alsof shoppers de wetgeving van hun eigen land zo goed kennen). Dergelijke ruime interpretatie is natuurlijk van aard om aan de in de artikelen neergelegde harmonisatie- of eenmakingbevoegdheid van de Unie een aanzienlijke uitbreiding te geven; zodanig dat zij, volgens sommigen (daarin gesteund door resoluties van het Europese Parlement), een valabele algemene rechtsgrond uitmaakt om hele stukken van vermogensrechtelijk privaatrecht van de lidstaten, bijv., het algemene contractenrecht, eenvormig te maken. Aan deze ruime interpretatie werd echter door het Hof van Justitie paal en perk gesteld in zijn arrest *Duitsland t. Parlement en Raad*, het zogenaamde Tabakreclame-arrest (H.v.J., 5 oktober 2000, nr. C-376/98, *Jur. H.v.J.*, 2000, I-4989). De relevante overweging luidt:

“... de in artikel [95 (1)] van het [EG]Verdrag bedoelde maatregelen de voorwaarden voor de instelling en de werking van de interne markt dienen te verbeteren. Een uitlegging van dat artikel, volgens welke de gemeenschapswetgever daarin een algemene bevoegdheid wordt verleend om de interne markt te reglementeren, zou niet alleen indruisen tegen de tekst zelf van bovengenoemde bepalingen, maar zou ook onverenigbaar zijn met het in artikel [5 EG] neergelegde beginsel dat het bij de bevoegdheden van de gemeenschap om toegeken- de bevoegdheden gaat.” (r.o. 83).

In de volgende overweging stipt het Hof nog aan dat

“[indien] de loutere vaststelling van verschillen tussen nationale regelingen en van het abstracte risico van daaruit voortvloeiende belemmeringen van de fundamentele vrijheden of mededingingsverstoringen volstond om de keuze van artikel [95 EG] als rechtsgrondslag te rechtvaardigen, zou het rechterlijk toezicht op de eerbiediging van de rechtsgrondslag niet doeltreffend meer kunnen zijn.” (r.o. 84).

Uit het arrest vloeit een belangrijke beperking voort voor de harmonisering- of eenmakingbevoegdheid van de Europese wetgever door middel van richtlijnen of verordeningen. Die bevoegdheid is, aldus het Hof, *strikt met de werking van de interne markt verbonden*, zozeer zelfs dat in twijfel mag worden getrokken of bepaalde vóór het arrest uitgevaardigde consumentenrichtlijnen (b.v. de Colportagerichtlijn 85/577/EEG) op een correcte basis werden genomen en de door hen teweeg gebrachte harmonisering wel geldig is opgelegd. Wat het hierna besproken *verkokeringsfenomeen* betreft, heeft het arrest tot gevolg aan de Unie minder harmoniseringbevoegdheid wordt gegeven, meer bepaald niet buiten strikt interne markt gebonden materies, zodat er ook minder verkokering in het daarbuiten liggende nationale recht kan ontstaan

IV. Verkokerde wetgeving en wetgever

8. Het ligt voor de hand dat wanneer twee wetgevers, de nationale (elk voor eigen land) en de Europese (voor de gehele gemeenschap wat betreft de hem toegewezen bevoegdheden), op eenzelfde terrein werkzaam zijn, zij het met een eigen afbakening van bevoegdheid, geen van beiden nog heer en meester zijn over het gehele grondgebied van de lidstaat. *Verkokering* is daarvan het gevolg, d.i., een beschot tussen het legislatief handelen en de regelgeving van de Europese wetgever en degene van de nationale wetgever. Principieel - behoudens delegatie of machtiging - kan geen van beiden de bevoegdheidssfeer van de andere wetgever betreden of diens regelgeving aantasten. Hoever die verkokering strekt, hangt af van de afbakening van de twee wetgevingniveaus. Tot zover is die afbakening, in de Europese Verdragen, nog weinig duidelijk gebeurd maar in het Verdrag Europese Grondwet en opnieuw in het Verdrag van Lissabon wordt de afbakening veel verduidelijkt. Drie categorieën van *bevoegdheden van de Unie* worden daarin onderscheiden: exclusieve bevoegdheden, gedeelde bevoegdheidsgebieden en gebieden voor ondersteunend, coördinerend of aanvullend optreden (art. 3, 4 en 6 van de geconsolideerde versie van het VWEU).

De *eerste* categorie, exclusieve bevoegdheden, telt het geringste aantal bevoegdheden maar wel heel belangrijke, meer bepaald de mededingingsregelen die noodzakelijk zijn voor de werking van de interne markt, en het gemeenschappelijk handelsbeleid tegenover derde landen. Ten aanzien van deze bevoegdheden is verkokering volledig: behoudens delegatie of machtiging mag de nationale wetgever aan de Europese inter-staten mededingingswetgeving niet raken; hij is uitsluitend bevoegd voor de zuiver intra-staatse handel. Voor het handelsbeleid ten aanzien van derde landen geldt hetzelfde. Onder de *tweede* categorie, de gedeelde bevoegdheden, komen onderwerpen voor als de interne markt, landbouw en visserij, milieu en consumentenbescherming. Daarvoor geldt dat “de Unie en de lidstaten beide bevoegd zijn op dat gebied wetgevend op te treden” maar de lidstaten kunnen hun bevoegdheid slechts uitoefenen voor zover de Unie haar bevoegdheid niet heeft uitgeoefend of besloten heeft deze niet langer uit te oefenen (art. 2 (2) VWEU). Van zodra en zolang de Unie haar wetgevende bevoegdheid heeft uitgeoefend (“pre-emptie” genoemd), treedt verkokering in. Dit geldt, bv., met betrekking tot Europese consumentenmaatregelen, nog het duidelijkst bij algemene maatregelen zoals

de Richtlijn 93/13/ EEG over oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. Terwijl voor binnen de richtlijn vallende materies met betrekking tot overeenkomsten met consumenten de in nationaal recht omgezette Europese bepalingen onverkort gelden, gelden voor overeenkomsten met niet-consumenten alleen de nationale bepalingen van algemeen contractenrecht - tenzij (daarover later) de nationale wetgever de Europese bepalingen bij uitbreiding ook op hen toepasselijk heeft verklaard. Dit gebeurt ook meer dan eens met door het Europese recht geïntroduceerde begrippen in materies van de eerste of de tweede categorie.⁹

De *derde* categorie heeft uiteraard minst van verkokering te lijden. Onder die categorie komen o.m. volksgezondheid, onderwijs en cultuur. Voor die gebieden zijn en blijven de lidstaten wezenlijk bevoegd en kan de Unie slechts ondersteunend, coördinerend of aanvullend optreden. Bovendien mag de Unie - wanneer zij gemachtigd is op grond van specifieke bepalingen voor die gebieden juridisch bindende handelingen te verrichten - daaronder geen handelingen begrippen tot harmonisatie van wettelijke of bestuursrechtelijke regelingen van de lidstaten (art. 2, (5), tweede lid, VWEU). Al het vorige onder voorbehoud van Europese regelen van dwingend recht zoals discriminatieverboden en gelijkheidsbeginselen die het gehele nationale recht van de lidstaten occasioneel en op een soms weinig geordende manier kunnen doorkruisen.¹⁰

9. Nu het Europese recht (verdragen, wetgeving en rechtspraak) steeds meer domeinen gaat bestrijken verhoogt het verkokeringseffect en wordt het eruit voortspruitende *lappendekenkarakter* van het op het territorium van elke lidstaat geldend recht steeds meer zichtbaar. Wetgeving kan aan die verkokering zelf niet veel doen: *“de wetgever” is immers zelf verkokerd*. Slechts in domeinen die het Europese recht helemaal ongemoeid laat – waarmee het zich zelfs niet occasioneel bemoeit, d.i., door middel van regelen van Europees dwingend recht of openbare orde - is er nog maar één, nationale, wetgever; in de talrijke domeinen waarmee het Europese recht zich wel moeit is een meergelaagde, Europese en nationale, wetgever (evenals een meergelaagde executieve en rechter) aan de slag, op elk niveau met behulp van eigen technieken van normering, procedures van besluitvorming en methodes van interpretatie en sanctionering. Het ligt voor de hand dat coherentie en consistentie in een dergelijke meergelaagde rechtsorde – waaraan, bovenaan, nog een laag internationaal verdragsrecht en in federale staten, onderaan, ook nog een laag regionaal recht moeten worden toegevoegd – een wel heel hoog gestelde, zij het rechtmatige,

9 Zie bv, de begrippen “niet-toepasselijkheid” en “niet-tegenwerpelijkheid” in H.v.J. van 30 april 1996, zaak C194/94, *CIA-Security International*, Jur. 1996, I-2201, r.o. 48 en 54 of het begrip “juridisch non-inexistent” in H.v.J., 15 juni 1994, zaak C-137/92P, Commissie t. BASF, Jur. 1994, I-2555, r.o. 47-50. Ook nog het begrip “onverbindendheid” in Richtlijn 1999/44/EG over consumentenverkoop; daarover W. VAN GERVEN, “Onverbindendheid: blokkendoos of grabbelton?” in *Liber Amicorum Jacques Herbots*, Kluwer, 2002, 483-496.

10 Voor een uitgebreid overzicht van discriminatiewetgeving in de EU, EVRM en talrijke Europese en niet-Europese landen, zie D. SCHIEK, L. WADDINGTON & M. BELL, *Cases, materials & text on national, supranational and international Non-discrimination law*, in *Ius commune casebooks for the common law of Europe* (W. VAN GERVEN, gen.ed.), Hart Publishing, Oxford, 2007.

verwachting is. Sommigen menen daaraan te kunnen beantwoorden door middel van Europese codificatie van grote delen van privaatrecht, bijv., het vermogensrechtelijk privaatrecht. Waarbij de voorafgaande vraag rijst of dit wenselijk is gelet op het vereiste van eerbiediging door de Unie van culturele verscheidenheid (artikel 151, lid 1, EG Verdrag) en nationale identiteit (artikel 6, lid 3, EU Verdrag), maar vooral of dit doenbaar is in acht genomen de schaars-te aan menselijke en financiële middelen voor zowel het ontwerpen van een eenvormige code als de uniforme interpretatie daarvan (nog een nieuw Europees gerecht !?). Daarboven op komt, op zich geen detail, dat, zoals klaar en duidelijk is geworden na het Tabakreclame arrest van het Hof van Justitie (supra, nr. 7), aan de Europese wetgever onvoldoende harmonisatie- of uniformisatie bevoegdheden zijn overgedragen om een Europese code uit te vaardigen, en dat daartoe dan ook een bevoegdheidsverruiming vereist is die enkel kan worden doorgevoerd door middel van een door alle lidstaten goedgekeurde Verdragswijziging.¹¹

Al kunnen nationale wetgevers in beginsel niet aan de verkokering door Europees recht verhelpen, toch kunnen zij er verschillend op reageren: ofwel op een afhoudende, zelfs defensieve wijze, ofwel op een ontvankelijke, zelfs verwelkomende wijze. De eerste is de wijze waarop de Nederlandse wetgever, althans bij de aanvang, is tewerk gegaan bij de receptie van Europees consumentenrecht, de tweede is de manier waarop de Duitse wetgever daarmee is omgegaan bij de aanvang van deze eeuw. Beide houdingen waren ingegeven door - en begrijpelijk vanuit - de eigen achtergrond: de Nederlandse wetgever probeerde zijn recent uitgevaardigd BW zo ongeschonden mogelijk te bewaren, de Duitse wetgever greep de Europese consumenten wetgeving aan om een al lang op stapel staande hervorming van het *Schuldrecht* in het BGB er eindelijk door te krijgen. Voor Nederland kwam dit verschil in houding, o.m., tot uiting bij gelegenheid van de omzetting van de Europese Richtlijn 1999/44/EG aangaande consumentenverkoop: door de klemtoon te leggen op het zuiver karakter van consumentenbescherming van de richtlijn beperkte de Nederlandse omzetting zich strikt tot de consumentrechtelijke regelen in het NBW; aan de Duitse omzetting werd echter een ruime draagwijdte gegeven tot ver buiten het consumentenrecht, meer bepaald werd zij als aanzet werd gebruikt om een algemene hervorming van het verbintenissenrecht door te voeren.¹²

11 Daarover de grondige studie van M. LUDWIGS, "Harmonisierung des Schuldvertragsrecht in Europa" in A. S. HARTKAMP, e.a., *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht* (2 delen), Kluwer 2007, I, 243-280.

12 Voor Nederland, zie M. W. HESSELINK in S. VOGENAUER & S. WEATHERILL, supra n. 3, op 43-48, speciaal op 47. Voor Duitsland, zie R. ZIMMERMANN, "Contract Law Reform: the German experience, *ibid.*, op 71-87, waar aangegeven wordt hoe het (zogenaamde) *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* van 26 november 2002 de aanleiding is geweest om de tot dan mislukte herziening van belangrijke delen van het BGB op een snelle - maar niet zo ordentelijke - wijze erdoor te krijgen.

V. Leven na codificatie: denken in termen van convergentie.

10. Hoe verhelpen aan incoherentie en inconsistentie die, in een meergelaagde rechtsorde, het gevolg zijn van decodificatie, verbijzondering en verkokering van wetgeving? Een alomvattende codificatie lijkt daarvoor geen oplossing te zijn, althans geen pasklare oplossing.¹³ Hoe dan wel tewerk gaan? Eerst iets over wat ik *pseudocodificatie* zal noemen. Voor de alledaagse beoefening van recht is de nood aan codificatie minder dwingend geworden dan voorheen: dankzij verbeterde, ook digitale, publicatietechnieken zijn verzamelingen van wetteksten (met vermelding van daarop betrekking hebbende rechtspraak en rechtsleer) nog nooit zo gemakkelijk op de markt gebracht als vandaag. Juridische, tot eenzelfde rechtsgebied behorende teksten van welke oorsprong ook (verdragsbepalingen, wetten en besluiten, ‘soft law’), worden bijeen gebracht in tekstverzamelingen en op een meer lezersvriendelijke manier toegankelijk gemaakt dan een traditioneel wetboek dat kan doen. Voorzeker, zij kunnen geen bindende wetgeving vervangen aangezien zij niet eenzelfde waarborg van authenticiteit en rechtszekerheid kunnen bieden maar zijn meestal handiger in het dagelijks gebruik. Overigens is een combinatie van beide mogelijk zoals wordt aangetoond door de Franse *Code civil* uitgegeven in de reeks *Dalloz*. Daarin is niet alleen de tekst van de bijgewerkte Code civil opgenomen maar ook complementaire wetteksten, rechtspraak, annotaties en bibliografische verwijzingen, telkens op de aangewezen plaats en in een aangepaste omkadering.¹⁴

Een stap verder in de richting van een echte codificatie bestaat erin voor de wetgever, bij wijze van tussenvorm, een reeks afzonderlijke basiswetten uit te vaardigen waarbij voorrang wordt gegeven aan afzonderlijke wetten die het meest kwetsbaar zijn voor beïnvloeding door Europees recht (zoals vennootschappenrecht, faillissement- en zekerhedenrecht, bank- en verzekeringsrecht, ...). Wetten die vroeger een plaats kregen in een omvattend wetboek kunnen dan door een uitgever onder één of verschillende noemers worden gepubliceerd. *Wetboeken op maat* van de gebruiker is overigens een techniek die langzamerhand op gang komt.¹⁵ Dergelijke versnippering mag uiteraard niet ten koste gaan van de coherentie van de gehele rechtstak waartoe de afzonderlijk gepubliceerde wetten behoren, wat impliceert dat uitgekeken moet worden naar instrumenten die geschikt zijn om deze coherentie te vrijwaren. Een techniek die daarvoor in aanmerking komt, is het aanleggen op nationaal of sectoraal vlak van een referentiekader van begrippen, beginselen en wellicht modelbepalingen zoals dat thans op Europees vlak wordt voorbereid en waarmee het nationale en sectorale dan zoveel mogelijk in overeenstemming moet worden gebracht.

¹³ In die zin o.m. M. W. HESSELINK, supra n. 12, op 70.

¹⁴ Code civil DALLOZ, *Texte du code, textes complémentaires, jurisprudence, annotations*, Parijs, 101e uitgave, 2002.

¹⁵ Zie bv. Knops Publishing: <Mijnwetboek.be/moncode.be/mylegaltextbook.be>.

11. Buiten codificatie en pseudocodificatie zijn er in een Europese context een aantal *technieken* bedacht om de coherentie en consistentie van een meerge-laagd en verkokerd rechtssysteem als dat van de EU en haar lidstaten zo goed mogelijk te vrijwaren. Ik bespreek ze hierna kort. Een *eerste* techniek is al vermeld in verband met het Nederlandse BW. Zij bestaat erin een nationale wetgeving, wetboek of afzonderlijke wet, op een *flexibele* manier te structureren, d.w.z., ze op een vooruitziende manier zodanig op te zetten dat toekomstig Europees en internationaal recht gemakkelijk in het nationale wetgevingsstramien kan worden geïncorporeerd. Het Belgische wetboek van vennootschappen van 7 mei 1999 en het K.B. van 30 januari 2001 tot uitvoering daarvan zijn daarvan een goed voorbeeld: de wet (1017 artikelen) is het resultaat van talrijke Europese richtlijnen en is, mede daardoor, gestructureerd met de blik gericht op verleden en toekomst; bovendien worden een aantal aspecten doorverwezen naar het K.B. (226 artikelen) - overigens niet de minst belangrijke, zie Boek II over de jaarrekening (art. 22-183) - waaraan wijzigingen makkelijker kunnen worden aangebracht. Aan de wet zelf zijn aan het eind twee Europese teksten toegevoegd: de Europese vennootschap (Boek XV) en de Europese Coöperatieve vennootschap (Boek XVI). Een andere Europese vorm, het Europees Economisch Samenwerkingsverband werd niet opgenomen omdat het, volgens de Europese wetgever, niet als een vennootschap kan worden gekwalificeerd.¹⁶

Een *tweede* hierboven ook al vermelde techniek is de aanwending op Europees niveau van een *gemeenschappelijk referentiekader (GRK)* dat met de bijstand van een groep academici werd uitgewerkt.¹⁷ Daarmee wordt gestreefd naar het vastleggen van een duidelijke gemeenschappelijke definiëring “van juridische termen, grondbeginselen en coherente modelbepalingen van verbintenissenrecht (...), die op het *acquis communautaire* en op de beste oplossingen uit de rechtsstelsels van de lidstaten berusten.”¹⁸ Daardoor kan coherentie worden aangebracht in bestaande en komende Europese wetgeving en nationale transitieregulering. Dit referentiekader wordt de nationale wetgevers en rechters, en de Europese wetgever (en contractspartijen), bij wijze van ‘toolbox’ ter beschikking gesteld met het oog op het voorkomen van terminologische en conceptuele inconsistenties tussen de verschillende domeinen van het verbintenissenrecht. Liever dan een bindende Europese wetgeving op te leggen, waarvoor geen rechtsgrondslag in de Verdragen aanwezig is (supra, nr. 9), wordt aldus convergentie nagestreefd door middel van ‘soft law’.¹⁹ Door sommigen wordt

¹⁶ Daarover K. GEENS, “200 jaar vennootschapsrecht in perspectief: Quo Vadis Ius Societatum?”, *T.P.R.*, 2007, 73-140.

¹⁷ Daarover J. SMITS, “De toekomst van het Europees Privaatrecht: Gemeenschappelijk referentiekader, Optionele code en Implementatie van richtlijnen” in A.S. HARTKAMP, e.a., supra n. 11, 281-297, 285 e.v.

¹⁸ Mededeling over Europees verbintenissenrecht en de herziening van het *acquis*: verdere maatregelen, COM (2004)651 def. Pb EG 2005, C 14/6, op 3 en 12.

¹⁹ Parallel daarmee verlopen de werkzaamheden van een andere groep academici die proberen het consumenten *acquis* dat in de reeds uitgevaardigde richtlijnen is neergelegd coherent te maken. Daarover o.m. C. TWIGG-FLESNER, “No sense of purpose or direction? The modernization of European Consumer Law”, *European Review of Contract Law*, 2007, 198-213.

deze techniek gezien als een (niet bindend) substituut voor een Europese co-dex.²⁰

12. Een *derde* meer ingrijpende techniek beoogt de verkokering die het Europese recht in een bepaalde materie van nationaal recht heeft teweeg gebracht, zo goed mogelijk ongedaan te maken. Dit kan doordat de nationale wetgever ertoe vrijwillig overgaat om het deel nationaal recht dat door het Europese recht *niet* is aangetast, te conformeren aan het deel nationaal recht dat door het Europese recht *wel* is aangetast. De techniek, *uitwaaiering* (“débordement”, “spill-over”, “Überschiessung”) van Europees recht genoemd, kan gebeuren door de reikwijdte van Europese regelgeving uit te breiden *ratione materiae*, *personae* of *loci*. *Ratione materiae*, bijv., door het nationale mededingingsrecht zoveel mogelijk te conformeren aan het Europese (zo in België, Nederland en het Verenigd Koninkrijk);²¹ of nog ruimer door het algemene contractenrecht in een lidstaat, op sommige (of vele) punten te conformeren aan het algemene Europees beïnvloede consumenten contractenrecht (zoals in Duitsland: supra nr. 9).²² *Ratione personae*: door een Europese richtlijn ook toepasselijk te maken op andere vormen van rechtspersonen die er niet door gevisieerd zijn.²³ *Ratione loci*: door Europese wetgeving ook buiten de EU toepasselijk te verklaren (zoals Zwitserland het op grote schaal heeft gedaan²⁴). Zowel de Europese als de nationale wetgevers zouden er de gewoonte van kunnen maken het potentiële uitwaaieringseffect van nieuwe Europese wetgeving van bij de aanvang te onderzoeken en naderhand ook uit te voeren. Dit laatste gebeurt nu al bij gelegenheid van transpositie van Europese wetgeving in de sector van de financiële markten, zo, bijv., in de schoot van het Committee of European Securities Regulators (CESR) binnen welk organisme nationale financiële markt regulatoren o.m. samenwerken om de Europese ‘Lamfalussy’ wetgeving op

²⁰ Daarover M.W. HESSELINK, supra n. 12, 52-58, op 58.

²¹ Voor België, zie F. WIJCKMANS, “De nieuwe Belgische mededingingswet, *R.W.*, 2006-07, 622-634, op 624 e.v.

²² Een vergaand voorbeeld is de Belgische wet van 15 december 2004 betreffende de financiële zekerheden, genomen in uitvoering van de Europese “Collateral” richtlijn 2002/47/EG. Door deze wet werd aan de Belgische transpositie een veel ruimere toepassing gegeven dan door de richtlijn werd voorgeschreven. Daarover V. SAGAERT & H. SEELDRAYERS, “De wet financiële zekerheden”, *R.W.* 2004-05, 1521-1550, evenals D. DEMAREZ, “De Wet financiële zekerheden”, *T.P.R.*, 2006, 1101-1156 vergeleken met Nederland: F.M.J. VERSTEYLEN, “*Paritas creditorum*, voorrang en preferentie”, *T.P.R.*, 2006, 1157-1236.

²³ Een vergaand voorbeeld is de Belgische wet van 15 december 2004 betreffende de financiële zekerheden, genomen in uitvoering van de Europese “Collateral” richtlijn 2002/47/EG. Door deze wet werd aan de Belgische transpositie een veel ruimere toepassing gegeven dan door de richtlijn werd voorgeschreven. Daarover V. SAGAERT & H. SEELDRAYERS, “De wet financiële zekerheden”, *R.W.* 2004-05, 1521-1550, evenals D. DEMAREZ, “De Wet financiële zekerheden”, *T.P.R.*, 2006, 1101-1156 vergeleken met Nederland: F.M.J. VERSTEYLEN, “*Paritas creditorum*, voorrang en preferentie”, *T.P.R.*, 2006, 1157-1236.

²⁴ Zie BREITENMOSER, “Sectoral Agreements between the EEC and Switzerland: Contents and Context,” 40 *CMLRev.* (2003) 1137-86.

een zo goed mogelijk met elkaar overeenstemmende manier te implementeren.²⁵

Uitwaaiëring van Europese wetgeving doet uiteraard problemen rijzen die nader onderzoek verdienen. Zo bv., wat betreft de verplichting van een nationale rechter om nationaal recht dat door de nationale wetgever vrijwillig aan de Europese regulering werd aangepast, conform Europees recht te interpreteren²⁶, of, daarmee samenhangend, de bevoegdheid van het Hof van Justitie om door middel van een prejudiciële arrest, op vraag van de nationale rechter, een bepaling van Europees recht te interpreteren die in een voor hem hangend geding toepasselijk is als gevolg van een verwijzing in *nationaal recht*.²⁷ Zijn bevoegdheid tot het beantwoorden van prejudiciële vragen heeft het Hof van Justitie trouwens steeds ruim geïnterpreteerd: alle gemeenschapshandelingen kunnen het voorwerp uitmaken van een interpretatievraag, met inbegrip van niet-bindende, zoals aanbevelingen.²⁸ Dit zou betekenen dat ook de bepalingen van het Gemeenschappelijk referentiekader (supra nr. 11), eenmaal uitgevaardigd door de Commissie, binnen de interpretatiebevoegdheid van het Hof zouden kunnen komen – een consequentie waaraan het Hof in zijn rechtspraak van de 70/80er jaren zeker niet heeft gedacht. Overigens strekt de prejudiciële procedure zich principieel ook uit tot bepalingen van gemeenschapsrecht waarnaar een *contractuele bepaling* verwijst, bijv., in een aanbestedingsovereenkomst “ter vaststelling van de mate waarin een van de partijen financieel aansprakelijk kan worden gesteld.”²⁹ Uit de verwijzing naar deze specifieke aansprakelijkheidsverbintenis blijkt toch een zekere terughoudendheid van het Hof.

25 Daarover W. VAN GERVEN, “Bringing (Private) Laws closer to each other at the European Level”, in F. CAFAGGI, (ed.), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford University Press, 2006, 37-77, op 57-60 en 72-73.

26 Zie M.E. STORME, “Juridische stellagebouw die het zicht op Europa belet, geïllustreerd aan de hand van de bezitsverschaffing van financiële activa”, *T.P.R.*, 2006, 1249-1262. De auteur meent, m.i. terecht, dat de richtlijnconforme interpretatie ook geldt voor het niet door Europees recht beïnvloede deel.

27 Het Hof heeft die vraag positief beantwoord, ook al is de gestelde vraag toepasselijk geworden “buiten de door het gemeenschapsrecht afgebakende werkingssfeer”: zie arrest 8 november 1990, C-231/89, *K. Gmurzynska-Bscher*, Jur. H.v.J., 1990, I-4012, r.o. 24; arrest 18 oktober, 1990, C-297/88 en 197/89, *M. Dzodzi*, Jur. H.v.J., 1990, I-3763, r.o. 42-43 waar het hof niettemin verduidelijkt dat het de vraag niet kan beantwoorden voor zover ze betrekking heeft “op zuiver interne situaties”; arrest 17 juli 1997, C-28/95, *A. Leur-Bloem*, Jur. H.v.J., 1997, I-4161, r.o. 25-27.

28 Arrest van 15 juni 1976, 113/75, *Frescassetti*, Jur. H.v.J., 1976, 983, r.o. 3 en 8-9; arrest van 13 december, C-322/88, *Grimaldi*, Jur. H.v.J., 1989, 4407, r.o. 7-9 waar het arrest verwijst naar alle handelingen “zonder enige uitzondering”.

29 Aldus het arrest van 25 juni 1992, C-88/91, *Federconsorzi*, Jur. H.v.J., 1992, I-4035, r.o. 7-8. Al voordien stelde het Hof in zijn *Leur-Bloem* arrest, hiervoor geciteerd in n. 27, dat het zijn prejudiciële bevoegdheid ook toepasselijk acht met betrekking tot gemeenschapsrecht dat toepasselijk is verklaard “door middel van eenvoudige contractuele bepalingen”. Zie ook nog het arrest van 12 november 1992, C-73/89, *Fournier*, Jur. H.v.J., 1992, I-5621, r.o. 22-23, waar het hof echter van oordeel is dat de contractuele verwijzing niet relevant is omdat de clause

13. Als vierde techniek zij verwezen naar wat ik bij een andere gelegenheid de *open methode van convergentie* heb genoemd - in een parafrasering van de op Europees vlak functionerende open methode van coördinatie (OMC).³⁰ De methode wordt gebruikt om alle neuzen in eenzelfde richting te krijgen in een domein waarin regulering- of beslissingbevoegdheden verdeeld liggen over Europese en nationale wetgevers, rechters en beambten en waarbij ook privaatrechtelijke instellingen (vakbonden, ngo's, universiteiten) kunnen betrokken worden. Ontleend aan de politieke wetenschap, is de methode gesteund op convergentie van doelstellingen en principes van voluntarisme (niet bindende doelstellingen, soft law), subsidiariteit (samenwerking van onderuit: private sector, lidstaten en Unie) en inclusiviteit (deelneming van alle betrokkenen). Bij een multiële betrokkenheid van besluitvormingniveaus wordt zij gebruikt als alternatief voor de bindende juridisch geïnspireerde "community method". Zij hanteert politologisch jargon, meestal in het Engels geformuleerd, zoals "fixing goals, guidelines and timetables, laying down benchmarks and comparing best practices, taking into account national preferences, encouraging mutual learning processes, and establishing reporting and monitoring mechanisms to assess progress". Omgezet in een open methode van *convergentie* op juridisch vlak omvat de methode, in mijn opvatting, de communicatieprocessen tussen Europese (EHRM en HvJ) en nationale *rechters*, tussen Europese en nationale *administraties*, zoals mededingingsautoriteiten (ENA) en financiële marktautoriteiten, (CESR) en - uiteraard - tussen *academici, universiteiten en faculteiten* met het oog op het gemeenschappelijk of vergelijkbaar maken van leerprogramma's, leermethodes en studiemateriaal (source- of casebooks, handboeken) en het uitwisselen van lesgevers en studenten. Zij maken deel uit van het globale proces van vrijwillige of spontane convergentie dat binnen de Unie op gang is gekomen en dat enige - maar niet teveel - sturing verdient.³¹

VI. Een generatie van "Prinzipienreiter" (=beginselhelden³²).

14. Bijna twintig jaar geleden (ruim gemeten) noemde ik de ontwikkeling door rechters en academici van beginselen en concepten die de rechtsordes van West-Europa gemeenschappelijk hebben, als een van belangrijkste ingrediënten van een "common law of Europe".³³ M.a.w. - en daarom herneem ik deze woorden hier - algemene beginselen en concepten zijn een middel bij uitstek om *coherentie en convergentie* tussen de rechtsorden te bewerkstelligen. De basis voor deze bewering ligt in artikel 288, tweede alinea, EG Verdrag en ar-

niet dezelfde bewoording heeft en evenmin moet hebben als de tekst van de richtlijn waarnaar zij verwijst.

30 Zie W. VAN GERVEN, supra n. 25, op 60 e.v.

31 Overall het voorgaande, zie *ibid*, op 65-77.

32 Ik heb het woord *Prinzipienreiter* hierboven vertaald als beginselhelden: dit is de vertaling gebruikt in *Kramers' Deutsch Woordenboek*, 6e druk door J.H. Scholte, Gouda, s.d.

33 W. VAN GERVEN, "Court decisions, general principles and legal concepts: ingredients of a common law of Europe" in B. DE WITTE & C. FORDER, (ed.), *The common law of Europe and the future of legal education*, Kluwer, 1992, 339-348.

tikel 6 (1) EU Verdrag: in beide artikelen wordt verwezen naar *algemene beginselen welke de rechtsstelsels der lidstaten gemeen hebben*: het eerste met betrekking tot niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap, het tweede met betrekking tot de beginselen van vrijheid, democratie, eerbiediging van grondrechten en fundamentele vrijheden, en van de rechtsstaat. Ook het Hof van Justitie stelt voorop dat het, bij het zoeken naar een oplossing voor een probleem van gemeenschapsrecht, inspiratie zoekt in algemene beginselen die de lidstaten gemeenschappelijk hebben. Het Hof krijgt die “normerende” opdracht overigens uitdrukkelijk in artikel 288 (2) EG. Maar, niet alleen de rechters van de Unie en van de lidstaten zijn daartoe geroepen: ook de wetgevers, administraties, academici en practici die met Europees recht omgaan, doen er goed aan zich, elk binnen zijn domein, van deze opdracht te kwijten. Onder algemene beginselen die de lidstaten gemeen hebben, moet men trouwens niet verstaan dat alle lidstaten eenzelfde beginsel in hun rechtsorde hebben opgenomen. Het kan, m.i., volstaan “that the principle is accepted (by a prevailing opinion) in a sufficiently large number of Member States in which the issue concerned has arisen in similar terms... [I]t does not refer to precise rules but to maxims or concepts with a considerable degree of abstraction which, in concrete cases, may nonetheless result in similar solutions. In some States such principles may have been reduced in writing, in others they may find support in legislation or in case law.”³⁴

Dergelijke beginselen ontstaan als gevolg van een *voortdurende wisselwerking* tussen het gemeenschapsrecht en de nationale rechtsordes. De meest vruchtbare wisselwerking treft men aan binnen de Europese instellingen, waar juristen van alle landen met elkaar en met ambtenaren of vertegenwoordigers van de lidstaten dagelijks samenwerken.³⁵ Elk van hen heeft het eigen rechtssysteem in het achterhoofd en zal dit, zeker bij het opstellen van normatieve teksten of gerechtsdocumenten, inbrengen in de discussie of redactie. Waar het gaat over arresten van de Europese gerechten of conclusies van advocaten generaal – trouwens ook bij handelingen van de andere instellingen – is er bovendien een belangrijke inbreng vanwege juridische vertalers. Dit leidt tot een naar elkaar toegroeien van de juridische terminologie in de lidstaten en het ontstaan van gemeenschappelijke concepten en beginselen in verschillende rechtstalen. Bovendien worden vele van deze documenten in ruime juridische kringen in de lidstaten en daarbuiten becommentarieerd en bekritiseerd. Zoals de *common law* (endogeen) gegroeid recht is, geen (exogeen) gegeven recht (daarvoor zijn er *statutes*), zo zijn gemeenschappelijke beginselen “uit het niet geboren” of

³⁴ W. VAN GERVEN, “The emergence of a common European law in the area of tort law: the EU contribution” in D. FAIRGRIEVE, M. ANDENAS & J. BELL (ed.), *Tort Liability of public authorities in comparative perspective*, BIICL, London, 2002, 125-147, op 135.

³⁵ Dat dit niet altijd rimpelloos loopt blijkt uit de bespreking van het *Mangold* arrest van 22 november 2005 (C-144/04, Jur. H.v.J., 2005, I-9981) betreffende discriminatie op grond van leeftijd door W. DEVROE, “Impact van door het Europees Hof van Justitie ontwikkelde algemene beginselen op privaatrechtelijke verhoudingen”, in A.S. HARTKAMP, e.a., *supra* n. 11, deel I, op 144 e.v. In die bijdrage refereert de auteur naar het wordingsproces van beginselen: hij onderscheidt beginselen die het nu al zijn, beginselen die in de sterren staan geschreven en beginselen die nog tot het rijk der speculaties behoren.

beter: “uit het handelen van velen”. Het zijn judicabel geworden soft law regelen en vormen als het ware de vruchtbare ondergrond, de humus van het recht. “Prinzipienreiter” is geen scheldwoord maar een compliment.

15. *Beginselen* verschillen van regels op vele punten, meer bepaald door hun oorsprong, formulering en bindingsgehalte ³⁶: zij worden niet in het leven geroepen door een welbepaalde akte, hun toepassingsgebied is niet precies omschreven en ze zijn verbindend op een flexibele wijze. Zij geven veeleer richting aan dan dat zij bevelen of verboden opleggen. Omwille van dit flexibel sturend karakter zijn zij bijzonder geschikt om convergentie te bewerkstelligen. Men kan er weliswaar alle kanten mee op maar daarin ligt ook hun kracht: principes hebben een overtuigingskracht die regels niet bezitten en kunnen een oplossing rechtvaardigen waar een regel tekort schiet. Die overtuigingskracht bezitten zij omdat ze steunen op een bepaalde consensus in de samenleving, over ruimte- en tijdsgrenzen heen.

Doordat de in de Europese rechtsorde ontwikkelde algemene beginselen gemeen zijn aan de rechtstelsels van de lidstaten is er niet alleen een wisselwerking tussen nationaal en gemeenschapsrecht maar ook vanuit gemeenschapsrecht naar het nationaal recht, en tussen de nationale rechtssystemen. Dat loopt niet altijd van een leien dakje, zoals moge blijken uit het door het Hof van Justitie gezegd in de nationale rechtsordes gevonden algemeen beginsel van extracontractuele aansprakelijkheid van de wetgever en later van de rechter. ³⁷

VI. Conclusie

16. Veelomvattende codificatie van privaatrecht zou wel eens verleden tijd kunnen zijn, zeker op Europees niveau – nu het opstellen van een wetboek op nationaal niveau al zo moeilijk is gebleken. De reden daarvoor is dat Europa in elke lidstaat niet alleen geleid heeft tot de meergelaagdheid van de rechtsorde maar dat het bovendien de verbijzondering/verkokering van het privaatrecht op aanzienlijke wijze heeft bevorderd. Immers, als gevolg van het Europese recht – en wegens de beperkte overdracht van reguleringsbevoegdheid aan de EU – werd in door het Europese recht beïnvloede takken van nationaal recht vaak een beschot aangebracht tussen het al en het niet door Europees recht beïnvloede deel van nationaal recht, een beschot dat de nationale wetgever niet op eigen kracht kan slopen en waardoor de coherentie van de nationale rechtsorde ernstig in het gedrang kan worden gebracht.

Wil de nationale wetgever – in weerwil van het uiteenrukken van delen van nationaal recht die voorheen eenvormig waren – de toen bestaande uniformiteit opnieuw herstellen, zij het slechts gedeeltelijk, Europa dan rest hem niets anders dan de betrokken rechtstak volledig en vrijwillig binnen de reikwijdte van

³⁶ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1977, op 22.

³⁷ Arrest van 5 maart 1996, C-46/93 en C. 48-93, *Brasserie en Factortame*, Jur. H.v.J., 1996, I-1029) resp. arrest van 30 september 2003, C-224/01, *Köbler*, Jur. H.v.J., 2003, I-10239, en arrest van 13 juni 2006, C-173/03, *Traghetti*, Jur. H.v.J., 2006, I-5177.

de Europese wetgeving te brengen. Voor een totale vlucht naar voren - d.i., door middel van Europese codificatie een gehele rechtstak, bv. het privaats vermogensrecht, volledig europeaniseren én eenvormig maken met het recht van de andere lidstaten - is er geen ruimte wegens het ontbreken bij de EU van de nodige wetgevende bevoegdheid. Om coherentie en consistentie van de rechtsorde dan toch zoveel mogelijk te vrijwaren, schiet er niets anders over dan een beroep te doen op aangepaste convergentietechnieken. Daarvan werden er een aantal vermeld: uitwaaiering van Europees recht is een ervan, een beroep op een gemeenschappelijk referentiekader en op gemeenschappelijke algemene beginselen zijn er andere. Vrijwillige en spontane communicatieprocessen tussen wetgevers, rechters, regulatoren en academici, minimaal en flexibel gestuurd, zijn van cruciaal belang. Van nog groter belang op lange afstand is het, aankomende juristen op te leiden in een Europees perspectief - een taak die overigens aan de gemeenschapsinstellingen is opgedragen in samenwerking met en ter ondersteuning van de lidstaten (artikel 149 EG).

Leuven, 6 maart 2009.

Beknopte bibliografie.

- W. VAN GERVEN, "Over codificatie, convergentie en algemene beginselen in een meergelaagd privaatrecht", *S.E.W., Tijdschrift voor Europees en economisch recht*, 2008, 414-424. De onderhavige publicatie is een verkorte versie van die bijdrage met weglating of inkorting van een aantal voetnoten.
- R.A.J. VAN GESTEL & J. VAN SCHOOTEN (red), *Europa & de toekomst van de nationale wetgever*, Liber amicorum Philip Eijlander, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2008.
- W. VAN GERVEN & S. LIERMAN, *Algemeen deel, Veertig jaar later, Belgisch publiek- en privaatrecht in een meergelaagd kader*, Kluwer, in voorbereiding, 2009-10.