

WOORD VOORAF

Carla Heleen Sieburgh (geboren op 18 juni 1969 te Groningen) zette haar eerste schreden op wetenschappelijk gebied in 1995. Zij kreeg een aanstelling als onderzoeker in opleiding bij de Groningse Vakgroep Privaatrecht. Opmerkelijk was haar hybride achtergrond: arts en jurist. Zij hield aan haar studie Geneeskunde een sensitief waarnemingsvermogen over. Dit bleek onlangs nog weer eens, toen zij haar herinneringen aan haar eerste werkdag in Groningen opschreef: 'Mijn blik was gericht op de kruin van de boom waarop mijn kamer uitzicht verschafte.'¹ Haar promotor was prof. mr. C.J.H. (Chris) Brunner, vermaard annotator van de *Nederlandse Jurisprudentie*, en haar dagelijks begeleider prof. mr. F.T. (Fokko) Oldenhuis. Voor haar geestelijk heil zocht Carla vaak toevlucht bij de Vakgroep Rechts-geschiedenis en Algemene Rechtswetenschap, waar prof. mr. J.H.A. Lokin de scepter zwaaide. Noden op geestelijk gebied placht deze Vakgroep te lenigen in café De Wolthoorn. Carla was daar een graag geziene gast. Al snel bleek zij een wetenschapper in hart en nieren, gegrepen door de technisch-juridische bekoorlijkheden van de dogmatiek van het burgerlijke recht. Zij stortte zich op het doorgronden en het systematiseren van het onrechtmatigedaadsrecht, een van de rechtsgebieden waarmee burgers en bedrijven veelvuldig in aanraking komen. Veel van het moderne, kwantitatieve en empirisch-juridische onderzoek was en is voor haar een gruwel. 'De systematische en gedetailleerde bestudering van een juridisch leerstuk en zijn toepassingsmogelijkheden is van belang omdat het maken van zinnig onderscheid inhoud en dus overtuigingskracht geeft aan de *perpetua voluntas* ieder het zijne te doen toekomen op een min of meer gelijke en voorspelbare wijze.'² Haar kristalheldere analyse van de structuur van de toerekenbare onrechtmatige daad mondde op 29 juni 2000 uit in een *cum laude* promotie op een proefschrift, getiteld *Toerekening van een onrechtmatige daad*.

1 *Verkeersrecht* 2015/11, p. 414.

2 *Verkeersrecht* 2015/11, p. 416. Carla verwijst hier naar Ulpianus, D. 1,1,10.

Na de voltooiing van dit proefschrift trok Carla de wijde wereld in: naar het Wetenschappelijk Bureau van de Hoge Raad. Zij ontmoette daar de man die een grote rol in haar wetenschappelijke carrière zou gaan spelen: prof. mr. A.S. (Arthur) Hartkamp. In 2003 werd zij benoemd tot hoogleraar Burgerlijk recht aan de toenmalige Katholieke Universiteit Nijmegen. De ‘vader’ van de Nijmeegse beoefenaren van het burgerlijke recht was prof. mr. S.C.J.J. Kortmann. In haar oratie *Tertium datur* sprak zij hem als volgt toe: ‘Bas Kortmann, jij hebt hier in Nijmegen een prachtig kampement opgeslagen en het is fantastisch dat voor mij een tentje vrij was.’³ Carla werd in Nijmegen herenigd met een oude bekende, prof. mr. C.J.H. (Corjo) Jansen, die zij had leren kennen in Groningen, ‘waar we met veel gelach op het bankje in de zon bij de Harmonie kletsten over recht en over geinige onzin’.⁴ De leeropdracht van Carla werd in 2010 gewijzigd in hoogleraar Burgerlijk recht, in het bijzonder de Europeesrechtelijke aspecten hiervan. Het Europese privaatrecht had zij zich eigen gemaakt tijdens haar zwangerschapsverlof van Tessel, in de lente van 2006. Samen met Arthur Hartkamp, die in 2006 in Nijmegen was benoemd tot hoogleraar Europees privaatrecht, heeft zij dit jonge vakgebied tot ontwikkeling gebracht.

Carla en Arthur benaderen het Europese privaatrecht vanuit een positief-rechtelijk perspectief. Zij onderzoeken de invloed van het Europese recht op het nationale vermogensrecht. Hun uitgangspunt daarbij is dat het Unierecht een belangrijke rol speelt in het Nederlandse burgerlijke recht en dat deze rol in de loop van de tijd alsmaar groter zal worden. Zij besteden daarbij structureel aandacht aan de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie en de binnen deze rechtspraak ontwikkelde rechtsbeginselen. Geheel in overeenstemming met Carla’s wetenschapsopvatting zetten zij zich aan het systematiseren van het geldende – over vele rechtsbronnen verspreide – Unieprivaatrecht. Een prachtig voorbeeld van dit pionierswerk levert de in 2007 verschenen tweedelige bundel *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*. In 2014 verscheen – deels in het Engels – een nieuwe druk van deze imposante studie. Het belangrijkste doel van deze bundels is het completeren van de kennis van de praktijkjurist die thuis is op het gebied van het nationale vermogensrecht met de Europeesrechtelijke aspecten daarvan. In deze opzet is de redactie

3 C.H. Sieburgh, *Tertium datur. De niet uitgesloten derde in het burgerlijk recht*, Kluwer: Deventer 2004, p. 63.

4 Sieburgh, *Tertium datur*, p. 62.

van de bundel uitstekend geslaagd. De noodzaak de Nederlandse privaatrechtsjuristen te confronteren met het gegeven dat het Europese recht onderdeel is van het geldende Nederlandse burgerlijke recht is groot. Het Unierecht kan in sommige gevallen direct ingrijpen in rechtsverhoudingen tussen private partijen. Het kan zijn invloed op horizontale rechtsverhoudingen eveneens laten gelden via de Unierechtelijke interpretatie van (met dit recht conflicterende) nationale regels. Bovendien kan het Europese recht nopen tot het opzijzetten van nationale regels die daarmee in strijd zijn.

Op 1 september 2017 heeft Carla een nieuwe stap in haar werkzame leven gezet. Zij is toetreden tot de Hoge Raad der Nederlanden. Voor haar houdt dit een terugkeer naar Den Haag in. Het gevolg is dat haar Nijmeegse aanstelling als hoogleraar is teruggebracht tot het absolute minimum. Het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht ziet met spijt dat zij minder tijd overhoudt voor de wetenschap, maar accepteert dit in het besef dat zij haar missie op het gebied van het Europees privaatrecht onverminderd zal voortzetten. Een aantal collega's van Carla heeft besloten haar bijna volledige overgang naar de Hoge Raad te markeren met een bundel opstellen over het geldende Europese privaatrecht. Omdat Carla niet volledig vertrekt van de universiteit, leek een 'massief' *liber amicorum* misplaatst. Een aantal directe collegae, haar promoti en haar promovendi hebben de handen ineengeslagen om de specifieke *Nijmeegse* beoefening van het Unieprivaatrecht, dat Arthur en Carla op de wetenschappelijke kaart van Nederland en Europa hebben gezet, onder de aandacht te brengen van de wetenschappelijke en de praktijkjurist. De opstellen vormen tegelijkertijd een bescheiden huldebtoon aan Carla. De auteurs danken haar voor de inzet, de toewijding en de begeleiding die zij van haar mochten ontvangen. De redactie van de bundel en die van de Serie wensen u veel leesplezier!

Namens de redacties van de bundel en de Serie
Corjo Jansen
Bas Kortmann

oktober 2017

INHOUDSOPGAVE

WOORD VOORAF	V
SEDE VACANTE. EEN TERUGBLIK OP TWAALF JAAR ONDERWIJS EN ONDERZOEK IN HET EUROPESE PRIVAATRECHT AAN DE RADBOUD UNIVERSITEIT	1
<i>Arthur Hartkamp</i>	
1. Inleiding	1
2. Onderwijs en onderzoek	4
3. Verschillende toepassing van het Unierecht in de rechtspraak van de lidstaten	11
4. Internationale contacten	13
5. Slot	15
IS HET EUROPESE PRIVAATRECHT EEN AUTONOOM RECHTSGEBIED? OVER DE ONDERGANG VAN HET HANDELSRECHT EN DE OPKOMST VAN HET EUROPEES PRIVAATRECHT	17
<i>Corjo Jansen</i>	
1. Inleiding	17
2. Bezwaren tegen de opheffing van het handelsrecht als autonoom rechtsgebied	20
3. Het Europese privaatrecht als autonoom rechtsgebied	25
4. Besluit	27
DOORSTARTEN POST-ESTRO: SMALLSTEPS VOORUIT OF EEN GIANT LEAP ACHTERUIT?	31
<i>Bas Kortmann & Lucas Kortmann</i>	
1. Proloog	31
2. Inleidende opmerkingen	32
3. De zaak FNV <i>et al</i> vs. Smallsteps	34
	IX

- 4. Kanttekeningen bij het arrest HvJ EU 35
- 5. Doorstarten na Estro en WCO I: hoe verder? 44

TERUGBLIKKEN OP 'GOEDERENRECHT IN DE EUROPESE UNIE' 47

Steven Bartels

- 1. Inleiding 47
- 2. Zekerheden 48
- 3. Genotsrechten 50
- 4. Bescherming van derden te goeder trouw 52
- 5. Ten slotte 53

EUROPESE BESCHERMING TEGEN OVERKREDITERING: PRIVAATRECHTELIJK VERZAND IN DE ZORGPLICHT IN NEDERLAND? 55

Jan Biemans

- 1. Inleiding 55
- 2. Bescherming tegen overkreditering in twee Europese richtlijnen 56
 - 2.1 Richtlijn consumentenkrediet 2008/48/EG 56
 - 2.2 Richtlijn hypothecair krediet 2014/17/EU 58
- 3. Implementatie van de richtlijnen 61
 - 3.1 'Lost in translation' 61
 - 3.2 Implementatie van Richtlijn consumentenkrediet 63
 - 3.3 Crédit Lyonnais/Kalhan 66
 - 3.4 Implementatie van Richtlijn hypothecair krediet 67
- 4. Rechtspraak inzake overkreditering 68
 - 4.1 Inleiding 68
 - 4.2 Overkreditering bij effectenlease 69
 - 4.3 SNS/Stichting W&P 72
 - 4.4 Enkele observaties, mede naar aanleiding van ook lagere rechtspraak inzake overkreditering 75
- 5. Conclusie 77

TOEVAL EN RISICO-OVERGANG IN HET NEDERLANDSE EN EUROPESE KOOPRECHT 79

Kaj Strijbos

- 1. Inleiding 79
- 2. Periculum est emptoris/periculum est venditoris 81
- 3. Risico-overgang bij consumentenkoop 85

4. Gelden de uitzonderingen van art. 7:10 lid 2 en lid 3 nu nog voor consumentenkoop?	89
5. Ter afsluiting enige mate van abstractie	93
AUTOMATISCHE TOEREKENING REVISITED	95
<i>Roel Schutgens</i>	
1. De leer van de automatische toerekening	97
2. Het Unie-aansprakelijkheidsrecht als voorbeeld: de eis van een voldoende gekwalificeerde schending	99
3. Relativering van de argumenten voor automatische toerekening	101
4. Het model-Di Bella	109
5. Herstel van het vertrouwen in de rechtsstaat als fundament	112
6. Tot slot	116
AMBTSHALVE TOEPASSING VAN EU-RECHT: STAND VAN ZAKEN EN TOEKOMSTIGE ONTWIKKELINGEN	123
<i>Roel van Leuken</i>	
1. Introductie	123
2. Ambtshalve toepassing van primair Unierecht	125
2.1 Mededingingsrecht (in het bijzonder art. 101 VWEU)	125
2.1.1 <i>Van Schijndel</i> : ambtshalve aanvulling van de vorderingsgrondslag	125
2.1.2 <i>Eco Swiss</i> : ambtshalve vernietiging van een arbitraal vonnis	128
2.1.3 <i>Manfredi</i> en <i>T-Mobile</i> : ambtshalve beoordeling van de geldigheid van een rechtshandeling	128
2.2 Vrijverkeerbepalingen, grondrechten	130
3. Ambtshalve toepassing van secundair Unierecht	133
3.1 Richtlijnen ter bescherming van de consument	133
3.1.1 Richtlijn 93/13/EEG inzake oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten	133
3.1.2 Andere consumentenbeschermende richtlijnen	140
3.2 Richtlijnen ter bescherming van andere rechtssubjecten dan de consument	142
4. Tot besluit	144

VLEES NOCH VIS	145
<i>Irene Aronstein</i>	
1. Inleiding	145
2. Een met Unierecht in strijd zijnde nationale wetsbepaling blijft (soms) buiten beschouwing	147
3. <i>Effet utile</i> en <i>ex tunc</i> werking versus gewettigd vertrouwen in de civiele procedure	149
4. Rechtsgevolgen voor een horizontale rechtsverhouding van het buiten beschouwing laten van met Unierecht strijdige wetsbepalingen	152
5. Barrières voor lidstaataansprakelijkheid naar Unierecht	157
6. Nationale overheidsaansprakelijkheidsregimes als vangnet?	161
6.1 De onrechtmatigheid van het overheidshandelen en het relativiteitsvereiste	162
6.2 De overige vereisten voor overheidsaansprakelijkheid	165
6.3 Rechtmatige overheidsdaad met schadeplicht?	166
7. Slot	168
DE GENERATIEVE FUNCTIE VAN HET VERBOD OP ONGERECHTVAARDIGDE VERRIJKING ALS ALGEMEEN BEGINSSEL VAN UNIERECHT	171
<i>Marloes van de Moosdijk</i>	
1. Inleiding	171
2. Algemene beginselen van Unierecht: een korte achtergrondschets	172
3. Het verbod op ongerechtvaardigde verrijking als algemeen beginsel van Unierecht	175
3.1 Het verbod op ongerechtvaardigde verrijking als algemeen beginsel in de rechtspraak van het Hof van Justitie EU	175
3.2 Verschijningsvormen van het verbod op ongerechtvaardigde verrijking als algemeen beginsel van Unierecht	180
4. Het verbod op ongerechtvaardigde verrijking en horizontale rechtsverhoudingen	182
5. Besluit	188

THE PROHIBITION ON ECONOMIC JUSTIFICATIONS AND THE INTERESTS OF PRIVATE PARTIES	189
<i>Francesco Bassi</i>	
1. Introduction	189
2. The Prohibition on Economic Justifications. Origins and legal foundations	190
3. Defining the contours of the Prohibition. The concept of “Economic” Justifications	192
4. The Prohibition and its qualifications	194
5. The Prohibition on Economic Justifications and the interests of private parties	198
6. A way around the Prohibition? The Charter of fundamental rights as a “source of arguments” for private parties	202
7. Conclusion	205
RECHTSMACHT VOOR CONTRACTUELE GESCHILLEN EN DE EXPANSIE VAN DE ‘OVEREENKOMST VAN DIENSTVERLENING’	207
<i>Sanne van Dongen</i>	
1. Inleiding	207
2. Art. 7 sub 1 Brussel Ibis	209
2.1 Inleiding	209
2.2 Overeenkomsten ‘in het algemeen’ (onder a)	210
2.3 Koopovereenkomsten en overeenkomsten van dienstverlening (onder b)	213
2.4 Reikwijdte van het begrip ‘diensten’	214
3. Het arrest Kareda/Benkö	215
3.1 Het geschil	215
3.2 Het oordeel van het Hof van Justitie	216
3.3 Bezwaren	217
4. Alternatief?	220
5. Conclusie	221
PUBLICATIELIJST	225

SEDE VACANTE. EEN TERUGBLIK OP TWAALF JAAR ONDERWIJS EN ONDERZOEK IN HET EUROPESE PRIVAATRECHT AAN DE RADBOUD UNIVERSITEIT

*Arthur Hartkamp*¹

1. Inleiding

In het voorjaar van 2005 kreeg ik bezoek van Carla Sieburgh en Corjo Jansen, beiden hoogleraar aan de Radboud Universiteit, die graag eens wilden brainstormen over de mogelijkheid om een bundel opstellen uit te brengen over de invloed van het recht van de Europese Unie op het nationale privaatrecht. Omdat ik van dat onderwerp eigenlijk niet zoveel wist, had ik mijn collega Leen Keus, die bij het parket van de Hoge Raad onder meer was belast met civiele zaken waarin het Unierecht (toen nog Gemeenschapsrecht) een rol speelde, verzocht en bereid gevonden bij het gesprek aanwezig te zijn. Het werd een uiterst geanimeerd en effectief gesprek, dat in het tijdsbestek van minder dan twee uur de grondslag legde – zowel qua inhoud als qua auteursbestand – voor de omvangrijke tweedelige OO&R-bundel die twee jaar later het licht zou zien.² Het eerste deel daarvan is gewijd aan algemene thema's die van belang zijn voor het doorgronden van de invloed die het Unierecht heeft op het privaatrecht (horizontale directe en indirecte werking, ambtshalve toepassing, richtlijnconforme interpretatie, algemene beginselen van Unierecht, het Handvest van de grondrechten) aan belangrijke algemene vermogensrechtelijke leerstukken (eigendom, contract, onrechtmatige daad, onverschuldigde betaling, ongerechtvaardigde verrijking, redelijkheid en billijkheid) en de privaatrechtelijke aspecten en de handhaving van het mededingingsrecht. In het tweede deel volgt een meer gedetailleerde behandeling van de richtlijnen op het gebied van het algemene vermogensrecht en van bijzondere rechtsgebieden zoals het

1 Prof. mr. A.S. Hartkamp is hoogleraar (*emeritus necdum defunctus*) Europees privaatrecht aan de Radboud Universiteit.

2 A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh en L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, Serie Onderneming en Recht 42 I en II, Deventer: Wolters Kluwer 2007. In 2014 verscheen van deze bundel een sterk uitgebreide tweede druk (onder redactie van de genoemden en van J.S. Kortmann en M.H. Wissink), waarvan het eerste deel geheel in het Engels is geschreven.

vennootschapsrecht, het arbeidsrecht, het intellectuele eigendomsrecht, het aanbestedingsrecht, het verzekeringsrecht, het insolventierecht, het communicatierecht, het effectenrecht, het bewijsrecht en het internationaal privaatrecht.

Was het nodig om zo breed uit te halen? Die vraag kan zonder meer bevestigend worden beantwoord. Uiteraard was het in die tijd al bekend dat de invloed van het Europese recht op sommige deelgebieden van het privaatrecht significant was, en waren ook enige belangrijke richtlijnen op het gebied van het algemene vermogensrecht (met name productenaansprakelijkheid, algemene voorwaarden en consumentenkoop) in Nederlandse wetgeving omgezet. Maar de kennis daarvan was nog niet groot en weinigen waren op de hoogte van de wijze hoe om te gaan met problemen. Pas in 2001 was het belangrijke proefschrift van Wissink over de richtlijnconforme interpretatie van civielrechtelijke richtlijnen verschenen.³ Andere problemen van richtlijntoepassing, zoals de problematiek van de al dan niet directe werking en de ambtshalve toepassing van richtlijnbevestigingen, lagen buiten het gezichtsveld van de meeste in het algemene civielrecht werkzame advocaten en rechters. Dat gold *a fortiori* voor problemen die te maken hebben met de doorwerking in civielrechtelijke casusposities van het primaire Unierecht, zoals de verkeersvrijheden, het mededingingsrecht, het staatssteunrecht en de Francovich-aansprakelijkheid; men leze het procesverloop in bekende Nederlandse arresten uit die tijd als Van Schijndel, Eco Swiss, Vreugdenhil/CBF, Dunnewind/Schuitema en Gemeente Alkmaar/Bedrijvenvereniging.⁴

Over al deze kwesties bestond uiteraard wel gespecialiseerde Europeesrechtelijke literatuur, maar die was niet met het oog op de beoefenaren van het privaatrecht geschreven en bood hun onvoldoende inzicht in de problematiek. Voor zover mij bekend was de situatie in andere lidstaten trouwens niet anders, mogelijk afgezien van Duitsland. In die lacune moest worden voorzien. Hoe groot de behoefte aan voorlichting over deze onderwerpen was zou spoedig nadien blijken. Bovendien leerden wij al snel dat het niet alleen gaat om invloed van het Unierecht op het privaatrecht maar

3 M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2001.

4 Zie voor deze en andere arresten, alsmede belangrijke uitspraken van het Hof van Justitie EU uit die tijd, de inleidende beschouwing in deel 1 van de in noot 2 genoemde bundel.

om een breder inzicht in de interactie tussen de beide rechtsgebieden. Wat het privaatrecht aan het Unierecht te bieden heeft wordt goed uitgedrukt in de woorden die de Nederlandse oud-rechter in het Hof van Justitie, Christiaan Timmermans, sprak bij het congres dat ter gelegenheid van de verschijning van de bundel werd gehouden: 'De verfijnde analysetechnieken van de privaatrechtelijke expertise met haar rijke traditie worden losgelaten op het Europese recht. Dat blijkt niet alleen verrijkend voor de ontwikkeling van het Europese recht, het kan ook een belangrijke bijdrage leveren aan de effectieve doorwerking van het Europese recht in de nationale rechtsorde.'⁵ Op deze wisselwerking kom ik later nog terug.

De Radboud Universiteit pakte de zaak voortvarend aan. Het toeval wilde dat het gesprek plaats vond op een moment dat ik intern bij de Hoge Raad mijn vertrek (per 31 januari 2006) had aangekondigd, en ik nog geen duidelijk beeld had van de inrichting van mijn toekomstige werkzaamheden. Het komt erop neer dat ik na twintig jaar bij het parket van de Hoge Raad iets anders wilde, bij voorkeur iets geheel nieuws in de wetenschap, maar niet wist wat. Die leemte werd kort daarna gevuld: in Nijmegen viel het besluit een onderzoekstoel voor het nieuwe vakgebied Europees privaatrecht in te stellen en mij daarvoor uit te nodigen. Onder Europees privaatrecht is in dit verband te verstaan de bestudering van de wederzijdse beïnvloeding en doordringing van het Europese recht en het nationale privaatrecht (in het bijzonder het algemene vermogensrecht). Europees recht is in de eerste plaats het Unierecht, maar ook het EVRM dient in de bestudering te worden betrokken, zeker nadat in 2009 het Handvest van de grondrechten van de EU in werking is getreden, dat nauw met het EVRM is verbonden. Bij het Unierecht ligt de nadruk op het primaire recht, d.w.z. het verdragsrecht (VEU, VWEU en Handvest), de algemene beginselen van Unierecht en de rechtspraak van het Hof van Justitie EU daarover.

De onderzoekstoel is sinds januari 2006 bezet geweest, eerst door mij en sinds mijn pensionering in januari 2010 door Carla Sieburgh, wier leeropdracht toen op deze leerstoel werd toegesneden. Feitelijk maakte dat geen verschil, omdat we het onderwijs altijd samen hebben gegeven en het vak samen hebben opgebouwd. Pas het vertrek van Carla naar de Hoge Raad op 1 september 2017 heeft daaraan een einde gemaakt. Deze door de faculteit zeer betreunde *sedes vacatio* is de aanleiding voor een terugblik op de onderzoeks- en onderwijsactiviteit op het vakgebied van deze leerstoel gedurende omstreeks twaalf jaar, met bijzondere aandacht voor het aandeel

5 C.W.A. Timmermans, 'Redactionele Signalen', *SEW* 2008, p. 315.

daarin van Carla Sieburgh. Ander onderzoek – er is tenslotte ook nog Nederlands of vergelijkend privaatrecht zonder beroering van de EU – blijft hier buiten beschouwing.⁶

2. Onderwijs en onderzoek

Ik begin met het onderwijs, omdat dat zo'n grote invloed heeft gehad op de ontwikkeling van ons onderzoek. In de toen pas opgerichte onderzoeksmaster Onderneming en Recht hebben wij sinds 2006 elk jaar onderwijs gegeven in een cursus van zeven weken, telkens drie uur per bijeenkomst. Met de studenten van deze master werd – aan de hand van casusposities waarover de studenten werkstukken schreven – nagedacht over de gevolgen die het Europese recht voor een concrete rechtsverhouding heeft of zou moeten hebben en werden consequenties daarvan voor het privaatrecht geproblematiseerd. Tot nog toe is dit vak gevolgd door achtendertig studenten van wie er achttien promotieonderzoek zijn gaan doen. In de herfst van 2017 zullen nog eens zeven studenten deze master afronden. Aan het vak kan tevens worden deelgenomen door aio's en belangstellende docenten of onderzoekers.⁷ Het in 2008 in de Asserserie verschenen deel 3-I 'Europees recht en Nederlands vermogensrecht', waarvan ook een Engelse versie is verschenen (tweede druk, Intersentia 2016) is in belangrijke mate op dit onderwijs gebaseerd.⁸ Ook andere publicaties van leden van de onderzoeksgroep, alsmede afstudeerartikelen van studenten, zijn uit dit onderwijs voortgesprongen.

Onderwijs werd ook gegeven aan rechters, advocaten en andere praktijkbeoefenaren, met name in het verband van de Stichting Studiecentrum Rechtspleging (SSR) en het Nijmeegse Centrum voor Postacademisch Juridisch Onderwijs (CPO). In die bijeenkomsten blijkt uiteraard bij uitstek

6 Ook is het niet de bedoeling om alle publicaties van de onderzoeksgroep in deze terugblik te vermelden. Zie voor Carla's publicaties de elders in deze bundel opgenomen lijst.

7 Zij nemen ook deel aan de periodieke bijeenkomsten 'Actualiteiten Europees privaatrecht', waarin docenten uit alle privaatrechtelijke vakgebieden elkaar attenderen op en discussiëren over recente rechterlijke uitspraken en publicaties die voor het algemene vermogensrecht van belang zijn. Ook enkele rechters uit de Arnhemse gerechten, die tijdelijk aan de faculteit waren verbonden, hebben het vak gevolgd.

8 De verschijning van dit Asserdeel was voor Carla en mij aanleiding in de door ons bewerkte delen Verbintenissenrecht aandacht te besteden aan daarvoor relevante ontwikkelingen in het Unierecht. Dat voorbeeld is door de andere auteurs in de serie gevolgd.

waarmee de praktijk worstelt. Het belangrijkste onderwerp is lange tijd geweest het vraagstuk van de ambtshalve toepassing van Unierecht, daaronder begrepen wetgeving ter implementatie van richtlijnen, met name op het gebied van het consumentenrecht. Over dat onderwerp heb ik in de herfst van 2007 na overleg met Carla mijn Nijmeegse oratie gehouden, waaruit een verschil van mening bleek met de meer terughoudende aanpak van H.J. Snijders in de in noot 2 genoemde OO&R-bundel, die eerder dat jaar was verschenen.⁹ Het debat is daarna niet verstomd. Een terughoudende benadering van de ambtshalve toepassing is in Nederland (in tegenstelling tot de meeste andere EU-lidstaten) heersende leer, maar de Hoge Raad heeft uiteindelijk *con amore* (althans *sine ira et studio*) de rechtspraak van het Hof van Justitie EU gevolgd, waarin de ambtshalve toepassing van de op consumentenbeschermende richtlijnen berustende bepalingen van nationaal recht wordt voorgeschreven.¹⁰ Op andere terreinen is de ontwikkeling nog geenszins uitgekristalliseerd. In hoeverre moeten bepalingen van andere richtlijnen dan consumentenbeschermende richtlijnen ambtshalve worden toegepast? En verdragsbepalingen, zoals horizontaal werkende verkeersvrijheden? En bepalingen van verordeningen? En bepalingen die geen betrekking hebben op nietigheid of onverbindendheid, maar die bijvoorbeeld verplichten tot het verstrekken van informatie of die de grondslag van een rechtsvordering raken? Het betreft hier een interessant voorbeeld van een interactie tussen Unierecht en nationaal recht, die tot vernieuwing van het nationale recht ook buiten het door het Unierecht bestreken gebied kan leiden.¹¹

9 A.S. Hartkamp, *Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden naar Europees recht en naar Nederlands recht*, oratie Nijmegen 31 oktober 2007, Deventer: Wolters Kluwer 2007; zie de bijdrage van H.J. Snijders in de bundel getiteld *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, Deel I, 1^e druk 2007, p. 79-96 (zie noot 2).

10 HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, NJ 2014/274 m.nt. H.B. Krans (Heesakkers/Voets). Op sommige punten is de Hoge Raad zelfs nog wat verder gegaan dan het Hof van Justitie voorschrijft: enerzijds is de verplichting van de rechter tot ambtshalve onderzoek in dit arrest (rov. 3.9.1) niet alleen betrokken op feitenonderzoek ter bepaling van de toepasselijkheid van de richtlijn oneerlijke bedingen, maar ook ter beoordeling van de oneerlijkheid van het beding; anderzijds is zij ook betrokken op een niet door de richtlijnen bestreken wetsbepaling van consumentenbeschermende aard, en wel art. 7A:1576 lid 2 (zie HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, *RodW* 2016/279, Lindorff/A, rov. 3.11).

11 Zie hierover verder de beschouwing van R. van Leuken, elders in deze bundel, met verwijzingen.

Ambtshalve toepassing heeft vooral (maar niet alleen) betrekking op nietigheden (en aanverwante figuren zoals onverbindendheid). Maar op dat gebied zijn er meer problemen. In hoeverre kan op een naar Unierecht intredende nietigheid, bijvoorbeeld die op grond van art. 101 VWEU, een nationaalrechtelijke bepaling worden toegepast die de nietigheid mitigeert? Denk aan partiële nietigheid, conversie, bekrachtiging of beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Een promovenda van Carla is mede op dat vraagstuk gepromoveerd.¹²

Waar de rechtspraak begrijpelijkerwijs ook moeite mee heeft is de invloed van het Unierecht op het aansprakelijkheidsrecht. Met dat onderwerp heeft Carla zich grondig bezig gehouden.¹³ Soms is niet duidelijk of een buitencontractuele aansprakelijkheid ter zake van schending van een norm van Unierecht berust op het Unierecht of op het nationale recht. Als zij berust op het Unierecht rijst de vraag in hoeverre zij ook in haar 'vormgeving' door dat recht wordt beheerst en zo ja, wat dan de precieze vormgeving is. Voor zover dat niet zo is, en de 'vormgeving' dus door het nationale recht wordt beheerst, is het de vraag in hoeverre de nationale regeling onder vuur kan komen te liggen als gevolg van de werking (en dus de controle) van de beginselen van effectiviteit en gelijkwaardigheid. Om enkele in de praktijk gerezen vragen te noemen, uiteraard zonder de problematiek hier te kunnen uitwerken: kent het Unierecht alleen een aansprakelijkheid van de overheid (zie art. 340 VWEU en de Francovich-en Köbler-rechtspraak) of ook een aansprakelijkheid van particulieren? In het eerste geval: bestaat zij alleen in geval van onrechtmatige daad of ook in geval van rechtmatige daad of ongerechtvaardigde verrijking? In het tweede geval: in welke gevallen bestaat zij, alleen in geval van schending van art. 101 (en misschien art. 102) VWEU of ook in andere gevallen, bijvoorbeeld bij schending van direct

12 I.P.M. van Ligteringen, *Privaatrechtelijke gevolgen van een schending van het mededingingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

13 Zie vooral 'EU Law and Non-Contractual Liability of the Union, Member States and Individuals', in: *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, Deel I, 2^e druk 2014, p. 465-542 (zie noot 2); 'Ich weiß nicht, was soll es bedeuten. Europees recht en nationaal privaatrecht: voorrang en samenloop', in: A.G. Castermans e.a. (eds), *Liber amicorum J.H. Nieuwenhuis*, Deventer: Wolters Kluwer 2009, p. 237-265. Zie over samenloop in het Europees privaatrecht ook A.S. Hartkamp, in: Th.M. de Boer e.a. (red.), *Strikwerda's conclusies*, Deventer: Wolters Kluwer 2011, p. 153-169.

horizontaal werkende verkeersvrijheden (onderwerp van het proefschrift van een promovendus van Carla)¹⁴ of van verordeningen? Geldt het vereiste van ‘voldoende gekwalificeerde schending’ alleen voor aansprakelijkheid van de overheid (waarvoor het Hof het heeft geformuleerd) of ook in geval van aansprakelijkheid van particulieren? In hoeverre kan het Hof van Justitie aansprakelijkheid van particulieren creëren buiten duidelijke verdragsbepalingen om? Kan het Hof bijvoorbeeld in het verlengde van zijn rechtspraak inzake boetes op grond van art. 101 VWEU civielrechtelijke aansprakelijkheid van moederverenootschappen in het leven roepen voor kartelovertreedingen door dochterverenootschappen?¹⁵ Indien het juist is dat de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad die berust op het Unierecht niet het relativiteitsvereiste kent, is dan het Nederlandse relativiteitsvereiste in strijd met het Europeesrechtelijke effectiviteitsvereiste? Indien het juist is dat het Hof van Justitie de invulling van het causale verband overlaat aan de rechtsstelsels van de lidstaten, aan welke grenzen is die vrijheid dan gebonden?

Uit deze reeks voorbeelden blijkt dat de onzekerheid dikwijls dubbel is, omdat zij zowel in het Unierecht als in het nationale recht bestaat. Een breinbreker in dit verband is onlangs opgelost. Lange tijd was het onzeker of het Unierecht het *passing on*-verweer aanvaardt. Kan de deelnemer aan een verboden kartel (art. 101 VWEU) aan zijn afnemer, die schadevergoeding eist ter zake van een betaalde prijsopslag, tegenwerpen dat hij geen schade lijdt voor zover hij de prijsopslag heeft afgewenteld op zijn afnemers? De Commissie stelde zich aanvankelijk op het standpunt dat dit verweer niet mocht worden toegelaten omdat daardoor de effectiviteit van de bestrijding van kartels wordt ondergraven. Dit standpunt is gangbaar in de VS en leek ook in het Duitse recht gehuldigd te worden, maar die opvatting is later door het *Bundesgerichtshof* ontkracht.¹⁶ Het is duidelijk dat de opvatting van de Commissie in strijd was met het in veel landen geldende beginsel dat alleen werkelijk geleden schade dient te worden vergoed. Uiteindelijk is dit laatste standpunt zowel in het Unierecht als door

14 R.W.E. van Leuken, *Rechtsverhoudingen tussen particulieren en de verdragsrechtelijke verkeersvrijheden*, Deventer: Wolters Kluwer 2015; Engelse editie Intersentia 2017.

15 Zie daarover de bijdragen van Roel van Leuken in *ERPL* 2016, p. 513-528 en Carla Sieburgh, *ibidem*, p. 645-672.

16 BGH 28 juni 2011, KZR 75/10.

de Hoge Raad aanvaard.¹⁷ Een kwestie als deze maakt duidelijk dat, zoals boven reeds werd vermeld, er niet alleen sprake is van invloed van het Unierecht op het nationale recht, maar ook vice versa.¹⁸ Waar het Unierecht onzeker is dienen de Europese rechter en wetgever zich mede te laten inspireren door algemene beginselen die in de lidstaten gelden.¹⁹ Civilisten dienen in staat te zijn de Europese rechtsvormende organen en de deskundigen in het Unierecht voor te lichten over de betekenis van hun beslissingen en opvattingen voor het nationale privaatrecht en vice versa. Die voorlichting veronderstelt kennis niet alleen van het nationale recht maar ook van het Europese recht. Ook om die reden dienen zij zich in het Unierecht te verdiepen.

Op het belang hiervan heeft Carla herhaaldelijk gewezen, het meest pregnant in haar preadvies voor de Nederlandse Juristenvereniging van 2011,²⁰ waarin zij de informatieplicht betreft op de rechter die prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie stelt. Haar stelling is dat een zorgvuldig gebruik van een met inhoud gevulde prejudiciële procedure leidt tot een grotere mate van afstemming en verfijning van het door het Unierecht beïnvloede nationale recht, hetgeen bijdraagt aan de legitimiteit van het rechterlijk oordeel. De verhouding tussen het Unierecht en het nationale recht dient niet als een eenrichtingsverkeer, maar als een wederkerige betrekking te worden opgevat. De nationale rechter dient zijn kennis van het Unierecht vervolgens te gebruiken om zijn eindvonnis te motiveren: 'Komt de nationale rechter tot een (mede) op het Europese recht gestoeld oordeel dat tegen de achtergrond van het geldende privaatrecht van nationale origine een breuk vormt, dan zal hij de maatschappelijke acceptatie daarvan kunnen bevorderen door zijn oordeel te voorzien van een gedetailleerde uitleg en voorlichting over

17 Zie art. 12 e.v. richtlijn 2014/104/EU, omgezet bij de Wet van 25 januari 2017, *Stb.* 2017/28, in art. 6:193p e.v. BW; HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, *RvdW* 2016/950.

18 Een ander voorbeeld levert het zich ontwikkelende leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking in het Unierecht, waarover Marloes van de Moosdijk, een promovenda van Carla, een dissertatie voorbereidt, waarvan het manuscript inmiddels is afgerond.

19 Vgl. art. 340 VWEU en zie K. Lenaerts, 'The European Court of Justice and the Comparative Law Method', *ERPL* 2017, p. 297-312.

20 *Legitimiteit van de confrontatie van Europees recht en burgerlijk recht van nationale origine*, in: *Controverses rondom legaliteit en legitimiteit*, Handelingen Nederlandse Juristenvereniging 2011-1, Deventer: Wolters Kluwer 2011, p. 187-242.

doelstellingen, achtergronden, uitgangspunten en beginselen van Europees recht. Met zo'n gedegen motivering wordt recht gedaan aan de rechtszekerheid en de kenbaarheid en daarmee aan de legitimiteit van het oordeel.²¹

Uit het voorgaande is al wel gebleken dat het Nijmeegse onderzoek en onderwijs enerzijds de moeilijke dogmatische problemen niet uit de weg gaat, maar anderzijds duidelijk is gericht op het dienen van de actuele rechtspraktijk, dus op 'de schoonheid in de ontdekkingstocht naar gewoon geldend recht'.²² Deze dubbele gerichtheid is ook eigen aan het Nijmeegse onderzoek over de betekenis van de algemene beginselen van Unierecht en de bepalingen van het Handvest van de grondrechten voor het privaatrecht. De aanzet tot dit onderzoek was niet een theoretische vraagstelling als de (on)wenselijkheid van een 'constitutionalisering' van het privaatrecht, maar het gegeven dat in de rechtspraak van het Hof van Justitie algemene beginselen van Unierecht worden toegepast in privaatrechtelijke rechtszaken met als rechtstreeks of indirect effect dat rechtsverhoudingen tussen particulieren worden gecreëerd, gewijzigd of tenietgedaan. In het bijzonder het arrest Mangold uit 2005²³, waarin het Hof van Justitie een Duitse privaatrechtelijke wetsbepaling toetste aan het algemene beginsel van Unierecht dat leeftijdsdiscriminatie verbiedt, toonde de noodzaak van grondig onderzoek aan. Het bleek wenselijk om inzicht te verwerven in de aard, structuur en functies van beginselen, de indeling naar oorsprong (publiekrechtelijk of privaatrechtelijk), het onderscheid tussen algemene beginselen van Unierecht en andere door het Hof gehanteerde beginselen die niet de status van 'algemene beginselen van Unierecht' hebben, en de wijzen waarop zij privaatrechtelijke rechtsverhoudingen kunnen beïnvloeden. Deze studie leidde als vanzelf naar het in 2009 in werking getreden Handvest van de grondrechten, waarin een deel van de algemene beginselen van Unierecht

21 T.a.p., p. 233.

22 Carla Sieburgh, *TvP* 2011, p. 1 e.v. In dat opzicht bestaat een duidelijk onderscheid met andersoortig Europeesprivaatrechtelijk onderzoek, dat is gericht op rechtsvergelijkende studies van het privaatrecht in de lidstaten van de EU, die mogelijk zouden kunnen leiden tot een verdere uniformering van bijvoorbeeld het algemene contractenrecht. Men denke aan projecten als de Principles of European Contract Law en het (Draft) Common Frame of Reference.

23 Hof van Justitie EU 22 november 2005, C-144/04, *NJ* 2006/227 m.nt. M.R. Mok. Aan dit principiële arrest heeft Carla in verscheidene studies aandacht besteed; zie 'Waarom het Unierecht de invloed van grondrechten op het privaatrecht aanjaagt en versterkt', *RMThemis* 2015, p. 3-13 (met vermelding van eerdere publicaties in noot 9).

– die reeds lang waren benut om grondrechtelijke waarden in het Unierecht tot uitdrukking te brengen – was neergeslagen, echter klaarblijkelijk zonder hun zelfstandige functie als algemeen beginsel te verliezen.

Eén van de conclusies van dit onderzoek is dat het Handvest in het stelsel van het Unierecht wel een belangrijke privaatrechtelijke rol móet gaan spelen. De onmiddellijke reden is dat het Hof van Justitie aan de verkeersvrijheden van het VWEU directe horizontale werking is gaan toekennen, zodat zij ook particulieren in hun onderlinge relaties binden. Dat stelsel is echter niet houdbaar zonder aan die particulieren ook bepaalde verweermiddelen toe te kennen, die zijn afgestemd op privaatrechtelijke waarden als contractsvrijheid, vrijheid van bedrijfsuitoefening, vrijheid van eigendom en vrijheid van vereniging. Het VWEU regelt zulke excepties niet, maar het Handvest biedt de vereiste armslag om daarin te voorzien. Aldus bieden algemene beginselen van Unierecht en grondrechten de mogelijkheid om de lacunes in de Europese privaatrechtelijke rechtsorde zolang dat nodig is op te vullen. Ook buiten het gebied van de verkeersvrijheden doet dit verschijnsel zich voor. De dogmatische consequentie is dat als algemene beginselen van Unierecht en Handvestbepalingen in deze zin directe horizontale werking kunnen hebben, het niet overtuigend is om die werking in anders gearde casusposities onmogelijk te achten.²⁴

24 De Nijmeegse groep heeft vele bijdragen aan dit onderzoek geleverd. Zie de beschouwingen in Asser/Hartkamp 3-I 2015/105 e.v., 231a e.v. en de aldaar in nrs. 106, 107 en 231j genoemde literatuur, waaronder de bijdragen aan het bijzondere WPNR-nummer 2011/6901 en aan de tweede druk van de in noot 2 genoemde OO&R-bundel van Carla Sieburgh (gelijkheidsbeginsel), I.V. Aronstein (evenredigheidsbeginsel, tevens het onderwerp van het proefschrift dat zij als promovenda van Carla voorbereidt) en R.W.E. van Leuken (internemarktbeginsel). Van de nadien verschenen literatuur noem ik nog Carla's studie 'Het EU-Handvest van de Grondrechten en het algemene vermogensrecht', in: Gerards, De Waele & Zwaan (red.), *Vijf jaar bindend EU-Grondrechtenhandvest* (2015), p. 505 e.v. Zie over de 'generative functions of principles' in een nieuw en onvolkomen rechtssysteem als het Unierecht haar mooie beschouwing 'Principles in Private Law: From Luxury to Necessity. Multi-layered Legal Systems and the Generative Force of Principles', *ERPL* 2012, p. 295-312.