

-
- 4.3 Directe en indirecte werking van Handvestbepalingen in het privaatrecht
 - 4.3.1 Criteria voor horizontale directe werking
 - 4.3.2 Verband met en uitwerking in een andere regel van Unierecht?
 - 4.3.3 Indirecte werking op horizontale rechtsverhoudingen: artikel 16 Handvest als voorbeeld
 - 5 Slotbeschouwing: enkele ontwikkelingen en conclusies
 - 5.1 Instrumentalisering van het consumentencontractenrecht?
 - 5.2 Ontwikkelingen in het Europees aansprakelijkheidsrecht
 - 5.3 Het Handvest als nieuwe knuffelbeer van civilisten
 - 5.4 Symbiose tussen Unierecht en nationaal vermogensrecht verder verbeteren?

1 Inleiding

De term Europees privaatrecht ziet onder meer op wetgeving van de Europese Unie (hierna: EU of de Unie) over onderwerpen die nationaalrechtelijk onder het privaatrecht vallen. Terwijl in de EU-lidstaten het algemene vermogensrecht is neergelegd in een samenhangend systeem, daalt Europese wetgeving daarop neer in *bits and pieces*. Dat kan binnen dat nationale systeem eilandjes doen ontstaan. De doorwerking van het Unierecht kan aan de coherentie van het nationale stelsel afbreuk doen. Bovendien streven Europese wetgevende maatregelen niet steeds dezelfde doelstellingen na als het nationale privaatrecht. De ruimte voor de rechter om tot evenwichtige beslissingen te komen kan daardoor worden ingeperkt. Dit is kort samengevat de kritiek die wel wordt geuit op de toenemende invloed van het Unierecht op het nationale vermogensrecht. Die kritiek spitst zich toe op bepaalde als rigide ervaren uitspraken van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof, afgekort HvJ), onder andere op het gebied van het consumentenrecht.

Het is waar dat onder invloed van het Unierecht het privaatrecht een zekere transformatie doormaakt en dat daarbij spanningen en mogelijk fricties kunnen ontstaan. Het nationale bestuursrecht en het belastingrecht zijn het privaatrecht in deze ontwikkeling voorgegaan. Ook het strafrecht ondergaat in toenemende mate de invloed van het Unierecht. Het privaatrecht is in zoverre dus niet bijzonder. In dit preadvies ga ik aan de hand van een aantal deelonderwerpen in op de noodzaak van een wederzijdse toenadering van Unierecht en nationaal privaatrecht. Ik wil proberen ‘het grote plaatje’ te schetsen om het dynamische proces van de wisselwerking tussen het Unierecht en het nationaal privaatrecht te verduidelijken. Daarbij wil ik een bijdrage leveren aan de bewustwording dat een bestaand en consistent systeem onvermijdelijk aan veranderingen ‘van buitenaf’ is blootgesteld. Tegelijkertijd wil ik laten zien dat het nationale privaatrecht

nodig is voor de doorwerking van het Unierecht in de nationale rechtsorde. Ook zal ik signaleren dat de inwerking van het Unierecht op het privaatrecht soms conceptueel niet wezenlijk verschilt van wat het privaatrecht zelf aan afwijkingen op basisbeginselen bevat.

Vertrekpunt is dat de EU een verbond is van (thans 27) lidstaten op basis van verdragen van internationaal publiekrecht. Op grond van die verdragen brengen de EU-instellingen wetgeving tot stand met het doel dat de lidstaten daar gezamenlijk beter van worden. Haar regelgevende bevoegdheid ontleent de EU aan het Verdrag betreffende de Europese Unie (afgekort VEU) en met name aan het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (afgekort VWEU). Deze verdragen vormen een autonome rechtsbron. Een belangrijk constitutioneel beginsel is dat de EU slechts kan optreden op gebieden waar een verdragsbepaling haar daartoe de bevoegdheid verleent. Dit beginsel van bevoegdheidstoedeling (art. 5 lid 1 VEU) is de reden waarom voor iedere wetgevende maatregel een rechtsgrondslag is vereist in een van de verdragen. Dit beginsel verklaart ook waarom de EU niet een algemene bevoegdheid heeft ten aanzien van het privaatrecht als zodanig, maar steeds specifieke privaatrechtelijke onderwerpen regelt. De enige specifieke wetgevende bevoegdheid op het terrein van het privaatrecht is een bepaling over (grensoverschrijdende) justitiële samenwerking in burgerlijke zaken (art. 81 VWEU). Die bepaling vormt de rechtsgrondslag voor wetgevingsmaatregelen op het terrein van het internationaal privaatrecht, het burgerlijk procesrecht en het familierecht.¹

In dit preadvies laat ik maatregelen op grond van artikel 81 VWEU onbesproken. Ik ga ook niet in, of hooguit terloops, op rechtsgebieden waar privaatrechtelijke rechtsverhoudingen voor een groot deel worden beheerst door Uniewetgeving, zoals intellectuele eigendom, onderdelen van het arbeidsrecht en het financieel (toezicht)recht.² Onbesproken blijft bijvoorbeeld de verhouding tussen de op Europese richtlijnen gebaseerde publiekrechtelijke informatieplichten en de op nationaal privaatrecht gebaseer-

-
1. De keuze van de rechtsgrondslag bepaalt welke Europese wetgevende procedure van toepassing is. Meestal is het Europees Parlement medewetgever samen met de Raad van de Europese Unie. In de Raad zijn de lidstaten vertegenwoordigd. De Raad stemt met gekwalificeerde meerderheid van stemmen. In sommige gevallen is unanimititeit vereist, zoals het geval is voor familierechtelijke maatregelen op grond van art. 81 lid 3 VWEU.
 2. Zie daarover M.W. Wallinga & A.C.W. Pijls, 'De wisselwerking tussen Europees financieel toezichtrecht en nationaal privaatrecht', *RMThemis* 2018/1, p. 13 e.v. O.O. Cherdnychenko, 'De verhouding tussen EU-marktregulering en nationaal privaatrecht', *RMThemis* 2022, afl. 4, p. 142 e.v. en D. Busch, 'De complexe verhouding tussen publiek- en privaatrecht in de financiële sector – doorwerking in drievoud', *NTBR* 2023/23.

de zorgplichten in de financiële sector.³ De private handhaving van het mededingingsrecht komt vergelijkenderwijs aan de orde, maar vormt niet als zodanig onderwerp van dit preadvies. Evenmin behandel ik sectorale regelgeving die direct van invloed is op privaatrechtelijke rechtsverhoudingen, waarvan het bekendste voorbeeld is de EU-verordening over financiële compensatie van passagiers bij vertraging of annulering van hun vlucht.⁴ Tot slot gaat dit preadvies niet over de invloed van het Unierecht op het burgerlijk procesrecht in het algemeen.⁵ Als een procesrechtelijk leerstuk aan bod komt is dat voor een goed begrip van de doorwerking van het Unierecht in het nationale privaatrecht.

Waar gaat dit preadvies dan wél over?⁶ In hoofdstuk 2 komt een onderwerp aan bod dat de laatste jaren veel aandacht heeft gekregen in de civielrechtelijke literatuur: de sanctionering van oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten en van de schending door handelaren van informatieplichten jegens de consument. Ik geef van die problematiek een analyse in het licht van de omvangrijke rechtspraak van het Hof. In hoofdstuk 3 ligt de focus op het aansprakelijkheidsrecht, dat eveneens de invloed ondergaat van het Unierecht.⁷ Daarbij beperk ik mij tot privacyclaims. Artikel 82 Algemene verordening gegevensbescherming (hierna: AVG) bevat een zelfstandige rechtsgrondslag voor vergoeding van (immateriële) schade wegens schending van de bescherming van persoonsgegevens. In hoofdstuk 4 bespreek ik een andere dimensie van het Europees privaatrecht, namelijk de doorwerking van het zogeheten primaire Unierecht in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen. Primair Unierecht omvat het VEU, het VWEU, het EU-Handvest van de grondrechten (hierna: het Handvest) en de algemene beginselen van Unierecht.⁸ Het Handvest heeft dezelfde juridische status als de genoemde verdragen⁹ en is zelf ook een verdrag. Ik onderzoek binnen welke voorwaarden de vier verkeersvrijheden uit het VWEU

3. Zoals de rechtspraak over beleggingsverzekeringen. Zie: HvJ 29 april 2015, C-51/13, ECLI:EU:C:2015:286 (*Nationale-Nederlanden/Van Leeuwen*) en HR 11 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:166, NJ 2022/289, m.nt. V.P.G. de Serière (*Vereniging Woekerpolis/Nationale-Nederlanden*). Beide uitspraken leverden stof voor verdere discussie op. Zie Hof Den Haag 26 september 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:1852 en 1854 (*Vereniging Woekerpolis*).
4. Verordening (EG) nr. 261/2004, *PbEU* 2004, L 46/1.
5. Zie daarover o.a. J. Werbrouck, *Doorwerking van het Europees consumentenrecht in het nationale procesrecht* (diss. Gent), Antwerpen: Intersentia 2023.
6. De selectie van de behandelde onderwerpen is gemaakt op voorstel van en in overleg met het bestuur van de VBR.
7. Zie K.J.O. Jansen, *Stoomwals en wegbereider. Hoe Europa ons aansprakelijkheidsrecht beïnvloedt* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2022.
8. Onder de algemene rechtsbeginselen vallen de grondrechten uit het EVRM en beginselen die voortvloeien uit de constitutionele tradities die de EU-lidstaten gemeen hebben (art. 6 lid 3 VEU).
9. Zie art. 6 lid 1 VEU.

en bepalingen van het Handvest horizontale werking kunnen hebben.¹⁰ Daarop volgt een uiteenzetting over de doorwerking van het Handvest in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen.¹¹ De slotbeschouwing bevat enkele conclusies en doorkijkjes naar te verwachten ontwikkelingen.

2 Sanctionering van schendingen in het consumentencontractenrecht

2.1 Inleidende opmerkingen

De Europese consumentenrichtlijnen zijn gebaseerd op de algemene rechtsgrondslag voor maatregelen voor het tot stand brengen van de Europese interne markt (thans art. 114 VWEU). Dat geldt voor alle vier de richtlijnen die de civiele rechtspraak het meest bezighouden: Richtlijn 93/13/EEG (Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten),¹² Richtlijn 2005/29/EG (Richtlijn oneerlijke handelspraktijken),¹³ en Richtlijn 2011/83/EU (Richtlijn consumentenrechten),¹⁴ zoals alle drie gewijzigd bij Moderniseringsrichtlijn (EU) 2019/2161,¹⁵ en daarnaast Richtlijn 2008/48/EG (Richtlijn consumentenkrediet).¹⁶ Consumenten-

10. Zie Asser/Hartkamp 3-I 2023/42-69, met verwijzingen.

11. Te zien als een beknopte aanvulling op onder andere: K.J.O. Jansen, 'Het Handvest als privaatrechtelijk instrument en het privaatrecht', in: J.H. Gerards e.a., *Waarde, werking en potentie van het EU-Grondrechtenhandvest in de Nederlandse rechtsorde*. Preadviezen (Handelingen van de Nederlandse Juristenvereniging), Deventer: Wolters Kluwer 2024, p. 225-287.

12. Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *PbEG* 1993, L 95/29.

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

14. Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011, betreffende consumentenrechten, tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en van Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 85/577/EEG en van Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad, *PbEU* 2011, L 304/64.

15. Richtlijn (EU) 2019/2161 van het Europees Parlement en de Raad van 27 november 2019 tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en Richtlijnen 98/6/EG, 2005/29/EG en 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad wat betreft betere handhaving en modernisering van de regels voor consumentenbescherming in de Unie, *PbEU* 2019, L 328/7.

16. Richtlijn 2008/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2008 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten en tot intrekking van Richtlijn 87/102/EEG van de Raad, *PbEU* 2008, L 133/66. Ook deze richtlijn zorgt regelmatig voor rechtspraak, zoals recent HvJ 17 oktober 2024, C-409/23, ECLI:EU:C:2024:895 (*Riverty*, rechtsopvolger van *Arvato*) in antwoord op prejudiciële vragen van de Hoge Raad over de verschuldigdheid van een vergoeding voor incassodiensten in het kader van 'Koop nu, betaal later'.

rechtelijke richtlijnen worden van oudsher omgezet in het Burgerlijk Wetboek.¹⁷

De koppeling tussen consumentenbescherming en de interne markt spreekt voor civilisten niet zonder meer vanzelf.¹⁸ De interne markt is een juridisch begrip met een economische rationaliteit omdat economische integratie en efficiëntie worden nagestreefd. Interne marktwetgeving is daarom primair gericht op de aanbodzijde van de markt. Beoogd is dat aanbieders binnen de EU minder aanlopen tegen handelsbelemmeringen die het gevolg zijn van verschillen in nationale regelgeving, waaronder verschillen in beschermingsniveau. Een markt heeft echter ook een vraagzijde en daar bevindt zich de consument. Voorts dienen niet-economische belangen een plaats te krijgen binnen de interne markt. De bescherming van de consument is daarvan een belangrijk voorbeeld. Die bescherming krijgt gestalte in rechtsregels die aan aanbieders verplichtingen opleggen, zoals informatieplichten of de verplichting zich te onthouden van oneerlijke handelspraktijken. Gelet hierop worden Europese wetgevingsmaatregelen die de bescherming van de consument tot doel hebben, gebaseerd op artikel 114 VWEU. Die rechtsgrondslag is heel breed.¹⁹ Aan consumentenbescherming wijdt het VWEU ook een aparte titel (Titel XV). Daarin is bepaald dat de Unie bijdraagt tot de verwezenlijking van de doelstellingen van consumentenbescherming door middel van *'maatregelen die zij op grond van artikel 114 in het kader van de totstandbrenging van de interne markt neemt'* (art. 169 lid 2, onder a, VWEU). Consumentenbescherming heeft ook een plaats gekregen in het Handvest. Artikel 38 daarvan luidt: *'In het beleid van de Unie wordt zorg gedragen voor een hoog niveau van consumentenbescherming.'*

17. De keuze om deze regelgeving onderdeel te laten zijn van het algemeen vermogensrecht in plaats van voor de omzetting van elke richtlijn een aparte wettelijke regeling uit te vaardigen heeft duidelijke voordelen. Zie recent: M.M. van Rossum, D. Op Heij & D.G.A.M. Schuermans, 'Online totstandkoming van overeenkomsten en klassieke regels over aanvaarding in het BW: De invloed van Europa op het Nederlands privaatrecht', *NJB* 2024/1948.

18. Vgl. voor de koppeling van het privaatrecht aan economische functies de kritische beschouwing van W.L. Valk, 'Klassiek en instrumenteel privaatrecht', *NTBR* 2023/2, p. 5 e.v., naar aanleiding van W.H. van Boom, *Privaatrecht en markt: Hoe het vermogensrecht onze marktsamenleving faciliteert en geleidt*, Den Haag: Boom juridisch 2020.

19. Zo kunnen ook maatregelen die primair de bescherming van de volksgezondheid tot doel hebben (mede) worden gebaseerd op art. 114 VWEU indien zij tevens voorschriften voor aanbieders bevatten. Zie bijv. Richtlijn 2003/33/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 mei 2003 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake de reclame en sponsoring voor tabaksproducten, *PbEU* 2003, L 152/16 en Richtlijn 2011/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 9 maart 2011 betreffende de toepassing van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende gezondheidszorg, *PbEU* 2011, L 88/45.

Het consumentencontractenrecht illustreert dat Uniewetgeving vaak verschillende fasen doormaakt.²⁰ Het begint bescheiden met harmonisatie van bepaalde materieelrechtelijke normen. Sanctionering wordt nog slechts rudimentair geregeld en daarmee feitelijk overgelaten aan de ‘procedurale autonomie’ van de lidstaten. Die autonomie wordt echter begrensd door de twee vaste randvoorwaarden gelijkwaardigheid en doeltreffendheid.²¹ In latere stadia wordt het terrein geleidelijk aan steeds meer door het Unierecht opgevuld en blijft er voor de nationale procedurele autonomie navenant minder over. Er worden bijvoorbeeld op Unieniveau sancties vastgesteld op het niet-naleven van geharmoniseerde normen. Eerst bepaalt de Uniewetgever nog slechts dat de in het nationale recht gestelde sancties moeten voldoen aan de trits ‘doeltreffend, evenredig en afschrikkend’. Een stap verder gaat het als de richtlijn een concrete sanctie voorschrijft (bijvoorbeeld de sanctie dat de consument niet aan een afgesloten overeenkomst is gebonden). Dit kan worden gecombineerd met het stellen van voorschriften aan de nationale processuele rechtsgang, zo nodig met inbegrip van bewijsregels.²² Onder invloed van het Unierecht is de burgerlijke rechter actiever geworden, met name op het gebied van het consumentenrecht.²³

Dit hoofdstuk behandelt rechtspraak over de Richtlijn oneerlijke bedingen en rechtspraak over twee informatieverplichtingen uit de Richtlijn consumentenrechten. De rationale achter die wetgeving is dat de consument zich tegenover de verkoper in een zwakke positie bevindt omdat hij over *minder informatie* beschikt. Ondanks hun interne markt rechtsbasis streven deze beide richtlijnen aldus de typisch privaatrechtelijke doelstelling van sociale of interpersonele rechtvaardigheid na. Zij harmoniseren daarbij stukjes consumentencontractenrecht. De algemene aspecten van het nationale verbintenissenrecht zoals de totstandkoming, sluiting en geldigheid van overeenkomsten, worden door deze beide richtlijnen als zodanig

-
20. Zie ook M.W. Hesselink, ‘Justice in European Private Law’, in: M. Bartl, L. Burgers & C. Mak (eds.), *Uncovering European private Law, European private law handbook* (Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper Series No. 2023-06), 2023 (beschikbaar op ssrn.com/abstract=3938868), voor een indeling van de Europese consumentenwetgeving in fasen.
 21. Zie R. Meijer, ‘The Rewel/Comet “doctrine” and its implications for Dutch law’, in: A. Hartkamp a.o. (eds.), *The influence of EU Law on National Private Law* (O&R nr. 81-I), Deventer: Kluwer 2007, p. 39 e.v. Zie recent HvJ 4 mei 2023, C-300/21, ECLI:EU:C:2023:370 (*Österreichische Post*), punt 53 en HvJ 11 april 2024, C-123/23, ECLI:EU:C:2024:295 (*Eventmedia Soluciones*), punt 31.
 22. Zie o.a. K.J.O. Jansen, ‘Europa en de instrumentalisering van het bewijsrecht’, *TCR* 2023, afl. 3, p. 83 e.v.
 23. Vgl. J. Stuyck, ‘Enforcement and Compliance: An EU Law Perspective’, in: R. Brownsword a.o. (eds.), *The Foundations of European Private Law*, Oxford: Hart 2011, p. 513 e.v.

A Tale of Two Systems. Europa en het Nederlandse vermogensrecht in tijden van (r)evolutie

Prof. mr. V. Mak*

It was the best of times, it was the worst of times, it was the age of wisdom, it was the age of foolishness, it was the epoch of belief, it was the epoch of incredulity, it was the season of Light, it was the season of Darkness, it was the spring of hope, it was the winter of despair, we had everything before us, we had nothing before us, we were all going direct to Heaven, we were all going direct the other way—in short, the period was so far like the present period, that some of its noisiest authorities insisted on its being received, for good or for evil, in the superlative degree of comparison only.

Charles Dickens, *A Tale of Two Cities* (Chapman & Hall, Londen 1859)

Inhoud

- 1 Inleiding
- 2 Afbakening en plan van behandeling
- 3 Convergentie: privaatrecht, doctrine en markt 1970-2019
 - 3.1 Marktregulering en wetgevingsbevoegdheid
 - 3.2 Minimum- en maximumharmonisatie
 - 3.3 Of Islands and the Ocean – twee rationaliteiten
- 4 Disruptie: Europees privaatrecht is steeds minder privaatrecht
 - 4.1 Een interregnum in het Europees privaatrecht
 - 4.1.1 Geen Europees Burgerlijk Wetboek
 - 4.1.2 Wel private regulering
 - 4.2 Een nieuwe koning(in)
 - 4.2.1 Verordeningen in plaats van richtlijnen
 - 4.2.2 Vervagende grenzen, verdwijnen van tegenstellingen
- 5 Revolutie of evolutie
 - 5.1 De ‘Code of Capital’ en de revolutie

* Vanessa Mak is hoogleraar burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden. Een eerdere versie van dit preadvies heb ik voorgelegd aan een aantal collega's die bereid waren mee te lezen. Ik dank voor hun opmerkingen en aanvullingen in het bijzonder Tom Bouwman, Armin Cuyvers, Simone van der Hof, Jan van Staalduinen en Gitta Veldt.

- 5.1.1 Juridische grondslagen
- 5.1.2 Een hernieuwd waardendebat
- 5.2 Doorontwikkeling van het Europese contracten- en aansprakelijkheidsrecht
- 5.3 Europees privaatrecht als een apart systeem
- 5.4 Grondrechten als katalysator
- 5.5 Combinaties
- 6 Tot slot: de barricades op?

1 Inleiding

Het vermogensrecht is geen rustig bezit. Eerder dit jaar stond de Universiteit Leiden stil bij het erfgoed van E.M. Meijers, één van de grootste juristen die Nederland heeft gekend. Meijers stond aan de wieg van het Burgerlijk Wetboek dat in 1992 in werking trad en dat de geest ademde van het legisme. Het wetboek was bedoeld als sluitend systeem van regels en beginselen waarmee werd gestreefd recht te doen aan het ‘gemene welzijn’. De rechter zou met dit nieuwe wetboek in de hand slechts hoeven interpreteren wat de wetgever had bedoeld en het recht op die wijze toe te passen.¹

Inmiddels zijn we ruim dertig jaar verder en moet worden geconstateerd dat het BW zoals Meijers dat voor ogen had weliswaar in de basis nog staat – als zijnde ‘het systeem’ dat civilisten zich tijdens de studie eigen maken en in de praktijk hanteren –, maar dat het zeer sterk is gekleurd door invloeden van buiten. In het bijzonder kan worden gewezen op de invloed van het Europese recht op het BW, in de vorm van geïmplementeerde EU-richtlijnen en rechtstreeks werkende verordeningen alsmede de doorwerking van de Verdragen.² Daarnaast heeft de doorwerking van grondrechten sporen nagelaten in het burgerlijk recht, veelal in de vorm van indirecte horizontale werking, gefaciliteerd door de invulling van open normen in het aansprakelijkheidsrecht of contractenrecht.³ Beide ontwikkelingen hebben ertoe geleid dat het systeem van het burgerlijk recht is gekleurd door aspecten die in het algemeen eerder een

-
1. Voor een verdere uitwerking zie de nog te verschijnen Meijers-bundel naar aanleiding van het symposium ‘Het Erfgoed van Meijers: 70 jaar waardering en inspiratie’ dat op 24 juni 2024 in Leiden plaatsvond, in het bijzonder de bijdrage van C. Maris.
 2. Vgl. A.S. Hartkamp, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel I. Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, nr. 1-4.
 3. Zie voor een recente bespreking het preadvies van Kasper Jansen over dit onderwerp: K.J.O. Jansen, ‘Het Handvest als privaatrechtelijk instrument’, in: J.H. Gerards e.a., *Waarde, werking en potentie van het EU-Grondrechtenhandvest in de Nederlandse rechtsorde. Preadviezen* (Handelingen van de Nederlandse Juristen-Vereniging), Deventer: Wolters Kluwer 2024, p. 225-287.

publiekrechtelijk karakter hebben, nu het gaat om belangenafwegingen of rechtspolitieke keuzes waarin het algemeen belang aan de orde is en niet enkel een afweging tussen private partijen. Voorbeelden daarvan zijn de invoering van dwingendrechtelijke bepalingen ter bescherming van zwakkere partijen in het contractenrecht, zoals consumenten of werknemers, in het bijzonder als gevolg van EU-richtlijnen.⁴ In de rechtspraak zijn de bekendste, actuele voorbeelden de klimaatzaken – *Urgenda* en *Milieudefensie/Shell* – waarin de open zorgvuldigheidsnorm uit het aansprakelijkheidsrecht een ventiefunctie heeft voor het doorlaten van grondrechtelijke invloeden.⁵

De ontwikkeling van het BW is daarmee nog niet teneinde. Breder dan de vraag hoe deze twee trends, de invloed van het EU-recht en van de grondrechten, zich in de toekomst gaan manifesteren, ontvouwen zich in de wisselwerking tussen Europees en nationaal privaatrecht nieuwe dilemma's. Hoewel zowel op nationaal niveau als EU-niveau een krachtenspel wordt uitgevochten over de vraag in hoeverre overheden en bedrijven zich actief moeten inzetten voor klimaatdoelen en een veilige online (platform)omgeving voor gebruikers, is het nastreven van deze doelen op EU-niveau tot op zekere hoogte onontkoombaar geworden. Beleidsdoelen zijn vastgelegd in Europese agenda's – bijvoorbeeld de Europese Digital Single Market agenda⁶ en de EU Green Deal⁷ – en vormen de achtergrond waartegen nieuwe wetgeving en beleid wordt aangenomen. Voorbeelden zijn de EU Digital

-
4. H. Schelhaas, 'Verleden, heden en toekomst van het Europees contractenrecht', AA 2021, afl. 6, p. 573-586. Vgl. voor andere rechtssystemen in Europa H.W. Micklitz (red.), *The Making of Consumer Law and Policy in Europe*, Oxford: Hart Publishing 2021, Part II.
 5. E.F.D. Engelhard, T.M.C. Arons, S. van Deursen, E.R. de Jong, B.A. Kuiper-Slendenbroek & D.W. van Maurik, '*Urgenda, Milieudefensie/Shell and beyond*: Over de invloed van klimaatzaken', NTBR 2024, afl. 5, p. 28-39.
 6. Europese Commissie, mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, 'Digitaal kompas 2030: de Europese aanpak voor het digitale decennium', COM(2021) 118 final. Zie ook Europese Commissie, 'A Europe fit for the Digital Age', commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age_en.
 7. Europese Commissie, 'De Europese Green Deal', commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal_nl.

Services Act (DSA),⁸ Digital Markets Act (DMA),⁹ AI Act,¹⁰ Data Act¹¹ en Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CS3D).¹² De vraag is welke invloed deze instrumenten gaan hebben op het Europese privaatrecht en op het BW, nu zij niet uitsluitend op privaatrechtelijke verhoudingen zien, maar wel daarop van toepassing zijn. Privaatrechtelijke begrippen worden in deze ‘Acts’ gehanteerd, maar in een context waarin ook fundamentele rechten, grootschalig gebruik van data en de ondoorzichtigheid van technologische toepassingen een rol spelen. Een scala van nieuwe vragen komt in beeld, waaronder: wat is nog het onderscheid tussen consument en burger?; in hoeverre kan het burgerlijk recht een kader vormen voor het afwegen van belangen die meer omvatten dan de economische belangen van partijen?; en wat is de verhouding tussen publiekrecht, privaatrecht en private regulering?¹³

Het thema van de VBR-preadviezen van dit jaar, het spanningsveld tussen nationaal en Europees privaatrecht, is gezien deze tendensen een dankbaar onderwerp voor herijking. Het nodigt uit tot een bespiegeling op het recente verleden, een analyse van de status quo, en een blik op de toekomst. Dat is dan ook de opbouw van dit preadvies nadat een korte afbakening is gegeven.

De quote aan het begin van deze tekst kan bij het lezen in het achterhoofd worden gehouden. De tekst van Charles Dickens verwees naar de grote maatschappelijke en politieke veranderingen ten tijde van de Franse re-

-
8. Verordening (EU) 2022/2065 van het Europees Parlement en de Raad van 19 oktober 2022 betreffende een eengemaakte markt voor digitale diensten en tot wijziging van Richtlijn 2000/31/EG (Digital Services Act, DSA), *PbEU* 2022, L 277/1.
 9. Verordening (EU) 2022/1925 van het Europees Parlement en de Raad van 14 september 2022 over betwistbare en eerlijke markten in de digitale sector, en tot wijziging van Richtlijnen (EU) 2019/1937 en (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act, DMA), *PbEU* 2022, L 265/1.
 10. Verordening (EU) 2024/1689 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juni 2024 tot vaststelling van geharmoniseerde regels betreffende artificiële intelligentie en tot wijziging van de Verordeningen (EG) nr. 300/2008, (EU) nr. 167/2013, (EU) nr. 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 en (EU) 2019/2144, en de Richtlijnen 2014/90/EU, (EU) 2016/797 en (EU) 2020/1828 (AI Act), *PbEU* 2024, ELI: data.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj.
 11. Verordening (EU) 2023/2854 van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 2023 betreffende geharmoniseerde regels inzake eerlijke toegang tot en eerlijk gebruik van data en tot wijziging van Verordening (EU) 2017/2394 en Richtlijn (EU) 2020/1828 (Data Act), *PbEU* 2023, ELI: data.europa.eu/eli/reg/2023/2854/oj.
 12. Richtlijn (EU) 2024/1760 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juni 2024 inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2019/1937 en Verordening (EU) 2023/2859, *PbEU* 2024, ELI: data.europa.eu/eli/dir/2024/1760/oj.
 13. Zie ook N. Helberger e.a., *Digital Fairness for Consumers*, BEUC rapport (maart 2024), pure.eur.nl/ws/portalfiles/portal/139212255/BEUC-X-2024-032_Digital_fairness_for_consumers_Report.pdf.

volutie. De twee steden waarnaar wordt verwezen zijn Londen en Parijs, waar zich parallelle veranderingen voordeden in de maatschappelijke verhoudingen tussen burgers en de heersende aristocratie. Dickens gebruikt tegenstellingen en vergelijkingen om kracht bij te zetten aan de maatschappelijke thema's die als een rode draad door het boek lopen. Sociale onrechtvaardigheid is een thema, maar hij uit ook kritiek op de uitwassen van revolutionairen ten aanzien van de verdreven aristocratie.¹⁴ Het is in de wisselwerking tussen het nationale en het Europese privaatrecht nog de vraag of wij te maken hebben met een evolutie of een revolutie. Dat de spanningen weer oplopen in het licht van maatschappelijke ontwikkelingen is niettemin ook hier een gegeven. Als beeldspraak voor de hierna volgende analyse is het daarom zeker niet verkeerd om de tegenstellingen waar nodig wat scherper aan te zetten en zodoende een goed begrip te krijgen van de wisselwerking tussen nationaal en Europees privaatrecht en de daarbij voorliggende rechtspolitieke keuzes.

2 **Afbakening en plan van behandeling**

De leidende vraag in dit preadvies is hoe het nationale vermogensrecht zich heeft ontwikkeld onder invloed van het Europese recht, en welke richting wenselijk is voor de toekomst. Teneinde die vraag te beantwoorden zal de wisselwerking tussen het nationale recht en het Europese recht worden beschouwd vanuit een doctrinair-juridisch perspectief – waarmee in kaart kan worden gebracht welke wet- en regelgeving in de afgelopen decennia is aangenomen en hoe verschillende regelgeving op elkaar inwerkt – en een politiek-economisch perspectief. De politieke economie biedt handvatten voor het duiden van de invloed van maatschappelijke en rechtspolitieke ontwikkelingen op het recht. Hoewel een vaste definitie lastig te geven is, kan worden gesteld dat de politieke economie een wetenschappelijke stroming is waarin methoden uit de economische discipline worden gehanteerd voor de analyse van politiek gedrag en instituties.¹⁵ In combinatie met de rechtswetenschap ontstaat een kader voor het bestuderen van de 'co-constitutieve' relatie tussen politiek, recht en economie

14. Over de invloed van Dickens op het recht, zie J.H.A. Lokin, 'De invloed van de jonge Dickens op recht en wetgeving', *AA* 2004, afl. 10, p. 711-718; F. Quabeck, 'Charles Dickens', in: T. Gutmann, E. Ortlund & K. Stierstorfer (red.), *Encyclopedia of Law and Literature/ Enzyklopädie Recht und Literatur*, lawandliterature.eu/images/pdf/DickensCharles.pdf.

15. B. Weingast & D. Wittman, 'The Reach of Political Economy', in: B. Weingast & D. Wittman (red.), *The Oxford Handbook of Political Economy*, Oxford: OUP 2009, p. 3. Voor een toepassing, zie bijv. W.H. van Boom, 'Marktpraktijkenrecht – over ongeoorloofde mededingings- en contracteerpraktijken tussen ondernemingen', in: C.M.D.S. Pavillon & W.H. van Boom, *Privaatrechtelijke bescherming herijkt. Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht 2021*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2021, p. 115-201.

in de maatschappij.¹⁶ Bij de analyse van het Europese privaatrecht biedt dit kader handvatten voor het duiden van instrumentalistische keuzes, bijvoorbeeld gevallen waarin het recht wordt gebruikt als instrument voor het nastreven van maatschappelijke doelstellingen als consumentenbescherming of de bescherming van klimaat en milieu.

Het onderzoek is beperkt tot een analyse van de wisselwerking tussen het nationale vermogensrecht, meer in het bijzonder het verbintenissenrecht, en het Europese privaatrecht. De termen ‘vermogensrecht’ en ‘privaatrecht’ worden afwisselend gebruikt; hoewel de afbakening is gericht op het Nederlandse vermogensrecht, wordt op Europees niveau geen duidelijk onderscheid gemaakt en wordt de algemene term ‘privaatrecht’ gehanteerd. In rechtsvergelijkende literatuur wordt ook wel specifiek naar het Europese contractenrecht of aansprakelijkheidsrecht verwezen, mede omdat common law systemen die categorieën hanteren en daarnaast geen algemeen stelsel van verbintenissenrecht of vermogensrecht kennen. Het goederenrecht is redelijk vrij gebleven van Europeesrechtelijke harmonisatie en krijgt om die reden in deze bijdrage minder aandacht.¹⁷ Andere onderdelen van het privaatrecht, zoals het intellectuele eigendomsrecht, het ondernemingsrecht of het procesrecht, worden vanwege de beperkte ruimte en het veelal eigen karakter buiten beschouwing gelaten of slechts zijdelings genoemd. Ook het mededingingsrecht, dat grenzen stelt aan de activiteiten die private actoren nationaal of Europees kunnen ontplooiën, blijft vanwege het eigen karakter op een enkele verwijzing na buiten beschouwing. Wel onderdeel van de analyse is de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG),¹⁸ voor zover overlap met het contractenrecht bestaat, zoals in de totstandkomingsfase van overeenkomsten waarin veelal gevraagd wordt om toestemming voor gegevensverwerking.

16. Vgl. M. Bartl, ‘Private Law and Political Economy’, in: M. Bartl, L. Burgers & C. Mak (red.), *Uncovering European Private Law. European Private Law Handbook* (te verschijnen), Amsterdam Law School Research Paper No. 2023-06, Amsterdam Centre for Transformative Private Law Working Paper No. 2023-01, beschikbaar via SSRN: ssrn.com/abstract=4344615.
17. Voor geïnteresseerde lezers, zie over het Europese construct van de financiële zekerheidsovereenkomst J. Diamant, *De Collateral Richtlijn. Een rechtsvergelijkende studie naar de implementatie van de goederenrechtelijke aspecten van de Collateral Richtlijn* (Recht en Praktijk, FR12), Deventer: Wolters Kluwer 2015. Harmonisatie vindt overigens wel plaats tussen nationale rechtssystemen. Zie V. Sagaert, ‘De krachtlijnen van het nieuwe Belgische goederenrecht: een paringsdans met het Nederlandse goederenrecht’, *NTBR* 2021, afl. 7, p. 136-148. België loopt daarbij voor op Nederland voor wat betreft data als ‘goed’; zie K.K.E.C.T. Swinnen, ‘Goederen in het nieuwe Belgische goederenrecht. Ook ruimte voor data?’, *NTBR* 2021, afl. 7, p. 189-194.
18. Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (Algemene Verordening Gegevensbescherming, AVG), *PbEU* 2016, L 119/1.