

Reflexwerking van Europees privaatrecht

NTBR 2022/1

Redactioneel

In 2004 wijdde het *NTBR* een themanummer aan 'De invloed van Europa op het Nederlandse privaatrecht'. Wissink constateerde in zijn voorwoord bij dit – toepasselijk blauw gekleurde – themanummer dat de 'tijd van gescheiden circuits (...) achter ons' ligt: Europees recht en privaatrecht raken 'steeds meer met elkaar verweven' en het grensvlak tussen beide rechtsgebieden moet 'tot de basisbagage van civilisten (gaan) behoren', aldus Wissink in 2004.² We zijn inmiddels bijna twintig jaar verder en Europa is inderdaad niet meer weg te denken uit ons privaatrecht. Een 'verplichte Europacheck' wordt tegenwoordig als een eis van zorgvuldig privaatrechtelijk onderzoek beschouwd.³

Wat opvalt bij de bestudering van Europese invloeden in het privaatrecht, is dat die invloeden anno 2022 geen randverschijnsel meer zijn, maar doordringen tot de kern van ons privaatrecht. Kon in 2004 nog worden gezegd dat Europa de algemene regels van het contracten- en aansprakelijkheidsrecht ongemoeid liet,⁴ vandaag de dag ligt dat gedeeltelijk anders. In toenemende mate beïnvloedt Europa (waaronder ik zowel het EU-recht als het EVRM versta) het algemene deel van ons vermogensrecht.⁵ Een pregnante illustratie biedt het *Dexia*-arrest van het Europese Hof van Justitie uit 2021. Daarin is, voortbouwend op eerdere rechtspraak, geoordeeld dat een oneerlijk beding in de zin van de Richtlijn oneerlijke bedingen (93/13/EEG) na vernietiging niet mag worden vervangen door een nationale regel van aanvullend recht, omdat zo'n vervanging in strijd zou zijn met het Unierechtelijke effectiviteitsbeginsel.⁶ Jongeneel noemt de uitspraak een 'aardverschuiving' en vindt het moeilijk verteerbaar dat op dit punt 'de nationale civiele dogmatiek buiten toepassing moet blijven'.⁷

Hoewel ik deze kritiek op het *Dexia*-arrest begrijp,⁸ geloof ik in algemene zin niet dat we Europa als een bedreiging van onze civiele dogmatiek moeten zien.⁹ Integendeel: ik denk dat Europa onze civiele dogmatiek kan verrijken. Europa biedt nieuwe, soms onconventionele perspectieven op fundamentele vragen van privaatrechtelijke aard.¹⁰ Zo ligt op dit moment in Luxemburg de vraag voor of het (autonome) schadebegrip van art. 82 AVG (Verordening (EU) 2016/679) aldus moet worden uitgelegd dat de enkele schending van de AVG recht geeft op smartengeld.¹¹ Hoe het antwoord zal luiden, is koffiedik kijken, maar duidelijk is wel dat een bevestigende beantwoording tot nadenken zal moeten stemmen over de houdbaarheid van de restrictieve koers die de Hoge Raad op dit moment vaart bij de toekenning van smartengeld wegens schending van fundamentele rechten.¹² Zelf houd ik die koers voorsnog voor juist,¹³ maar als Europa in de context

1 Citeerwijze: K.J.O. Jansen, 'Reflexwerking van Europees privaatrecht', *NTBR* 2022/1, afl. 1.
2 M.H. Wissink, 'Europees en Nederlands privaatrecht' (inleiding bij het themanummer 'De invloed van Europa op het Nederlandse privaatrecht'), *NTBR* 2004/86 (afl. 10), p. 489.
3 Zie Asser/*Vranken Algemeen deel***** 2014/120.
4 Zie bijv. J.M. Smits, 'Europa en het Nederlandse privaatrecht', *NTBR* 2004/87 (afl. 10), p. 490; W.H. van Boom & I. Giesen, 'Van Nederlands naar 'Europees' onrechtmatige daadsrecht', *NTBR* 2004/90 (afl. 10), p. 515.
5 Zie voor een integrale analyse van dit verschijnsel Asser/*Hartkamp 3-1* 2019/1 e.v.
6 HvJEU 27 januari 2021, C-229/19 en C-289/19, ECLI:EU:C:2021:68, NJ 2021/325, m.nt. M.B.M. Loos (*Dexia*).
7 R.H.C. Jongeneel, 'Europese civiele dogmatiek', *NJB* 2021/1393 (afl. 19), p. 1570-1571.
8 Zie eveneens kritisch bijv. H.N. Schelhaas & J.H.M. Spanjaard, 'Boterzacht criterium met messcherp gevolg. Europees Hof zet streep door de rol van vervangend aanvullend recht na vernietiging van een oneerlijk beding', *MvV* 2021 (afl. 4), p. 137-147.
9 Voor de goede orde: dat betoogt Jongeneel (zo algemeen geformuleerd) ook niet.
10 Zie nader K.J.O. Jansen, *Stoomwals en wegbereider. Hoe Europa ons aansprakelijkheidsrecht beïnvloedt* (oratie EUR), Den Haag: Boom juridisch 2022 (nog te verschijnen).
11 Zaak C-154/21 (*Österreichische Post*).
12 Vgl. HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, NJ 2019/162, m.nt. S.D. Lindenbergh (*EBI*), r.o. 4.2.2.
13 K.J.O. Jansen, 'Het schadebegrip in de eenentwintigste eeuw. Over autonomen denken en constitutionalisering van het schadevergoedingsrecht', *WPNR* 2017/7133, p. 39-45.

van privacyschendingen een ruimhartiger koers gaat varen (bijvoorbeeld: een ernstige privacyschending geeft zonder meer recht op smartengeld), dan lijkt het mij vanuit een oogpunt van consistentie in beginsel gewenst om ook in de context van *andere* schendingen van fundamentele rechten daarbij aansluiting te zoeken, tenzij er dwingende redenen zijn die een tweesporenbeleid rechtvaardigen.¹⁴

Dit brengt mij op het onderwerp van dit redactioneel: de reflexwerking van Europees recht op deelterreinen van het privaatrecht die (nog) niet door het Europese recht worden beheerst. Dient een Europese oplossing in concreto gevolgen te hebben voor ons privaatrecht in brede zin? Of laten we Europese 'enclaves' ontstaan binnen ons privaatrecht?¹⁵ In het volkenrecht wordt reflexwerking beschouwd als een manier om internationaal recht te laten doorwerken in de nationale rechtsorde. Volkenrechtelijke reflexwerking houdt in dat de rechter bij de invulling van open normen en begrippen in het nationale recht rekening houdt met internationale rechtsnormen.¹⁶ Reflexwerking kan worden gezien als de rechterlijke pendant van wat Loos bij wetgeving 'spontane harmonisatie' noemt: aanpassing van het nationale recht aan Europese rechtsregels, ook op gebieden waar het Europese recht daartoe niet verplicht.¹⁷ Zo is de Agentuurrichtlijn (86/653/EEG) in afdeling 7.7.4 BW ruimer geïmplementeerd dan de richtlijn voorschrijft, namelijk voor bemiddeling bij de totstandkoming van overeenkomsten in het algemeen (art. 7:428 lid 1 BW), terwijl de richtlijn alleen de aan- of verkoop van goederen bestrijkt (art. 1 lid 2 Richtlijn 86/653/EEG). De Hoge Raad oordeelt, terecht mijns inziens, dat afdeling 7.7.4 BW ook buiten het toepassingsbereik van de richtlijn richtlijnconform moet worden uitgelegd.¹⁸

Het vraagstuk van de reflexwerking van Europees recht is (dus) niet nieuw, maar wordt naar mijn indruk wel steeds actueler. Zo voorziet de nieuwe Richtlijn consumentenkoop in 'objectieve conformiteitsvereisten' (waaronder de eis van geschiktheid voor normaal gebruik), waarvan slechts kan worden afgeweken als de consument die afwijking 'uitdrukkelijk en afzonderlijk heeft aanvaard'.¹⁹ Een mondelinge waarschuwing van verkoperszijde lijkt op grond hiervan niet langer toereikend om aan een geslaagd beroep op non-conformiteit te ontkomen.²⁰ De vraag rijst wat deze aanscherping van het conformiteitsvereiste betekent voor het dwalingsleerstuk: wordt de mededelingsplicht van de verkoper ten opzichte van consument-kopers óók aangescherpt door het nieuwe conformiteitsvereiste? Ik zou daar geen voorstander van zijn en de richtlijn schrijft het ook niet voor,²¹ maar het is wel een vraag die wij vanuit een oogpunt van consistentie onder ogen moeten zien.²²

Over de wenselijkheid van reflexwerking van Europees recht zijn moeilijk algemene uitspraken te doen.²³ Reflexwerking moet 'van regel tot regel' worden beoordeeld. Het komt er mijns inziens op aan of het toepassings- en beschermingsbereik van de betrokken Europese en nationale rechtsregels zozeer overeenstemmen, dat

14 Vgl. T. Hartlief, '(Smarten)geld zetten op de AVG?', *NJB* 2021/2885 (afl. 39), p. 3241.

15 Zie voor deze terminologie Smits 2004, p. 497.

16 J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen* (diss. Nijmegen), Den Haag: BJU 2004, p. 374 en 377 e.v. Vgl. vanuit civielrechtelijk perspectief M.A. Loth, 'Eenheid in gelaagdheid. Over formele en materiële rechtseenheid in een meergelaagde rechtsorde', *AA* 2018 (afl. 4), p. 335-342.

17 M.B.M. Loos, *Spontane harmonisatie in het contracten- en consumentenrecht* (oratie UvA), Den Haag: BJU 2006.

18 HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9865, *NJ* 2014/332, m.nt. Jac. Hijma (*T-Mobile/Klomp*), r.o. 4.1.

19 Zie art. 7 lid 1 en lid 5 van Richtlijn (EU) 2019/771, te implementeren in art. 7:18 lid 1 en lid 6 BW.

20 Zie F.J. de Vries, 'Zoals gezien en bereden. Aansprakelijkheidsbeperkende bedingen bij de koop van tweedehandsauto's', *NTBR* 2020/18 (afl. 5), p. 134-136.

21 Onderdeel 20 van de considerans bepaalt – integendeel – dat lidstaten de vrijheid behouden om 'de informatieverplichtingen van de verkoper in verband met de sluiting van de overeenkomst' te regelen.

22 Vgl. over de nadelen van een leerstuksgewijze invulling van informatieplichten K.J.O. Jansen, 'Mededelingsplicht en waarschuwingplicht: over samenloop van ongeschreven normen', in: C.G. Breedveld-de Voogd e.a. (red.), *Sluiterijds* (bundel Jac. Hijma), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 220-221.

23 Aldus ook m.b.t. spontane harmonisatie Loos 2006, p. 41.

inhoudelijke afstemming gewenst en gerechtvaardigd is. Men bedenke hierbij dat reflexwerking geen zwart-witkwestie is: een Europese rechtsregel kan buiten zijn toepassingsgebied analoog worden toegepast (volle reflexwerking), maar ook als gezichtspunt meewegen bij de uitleg van het nationale recht (zwakke reflexwerking) of zelfs reden zijn om het nationale recht 'a contrario' uit te leggen (negatieve reflexwerking).²⁴

Bij de keuze tussen deze varianten van reflexwerking zou mijns inziens de privaot- of publiekrechtelijke aard van de Europese rechtsregel in kwestie een belangrijke rol moeten spelen. Cherednychenko heeft onlangs laten zien dat (en hoe) Europese richtlijnen kunnen worden ingedeeld binnen het spectrum 'publiek-privaat'.²⁵ Volgens mij kan die indeling behulpzaam zijn bij het al dan niet toekennen van reflexwerking aan Europese rechtsregels. Voor het aannemen van privaatrechtelijke reflexwerking is volgens mij een logische basisvoorwaarde dat die regels een privaatrechtelijk karakter hebben. Ik geef ter illustratie twee voorbeelden op het gebied van het financieel toezicht.

De MiFID II-richtlijn (2014/65/EU) regelt het overheidstoezicht op financiële ondernemingen. De richtlijn is toegespitst op de publiekrechtelijke verhouding tussen toezichthouders en financiële ondernemingen en dat resulteert, in de woorden van Cherednychenko, in een '*manifestly public law perspective*'.²⁶ Die publiekrechtelijke oriëntatie pleit mijns inziens tégen het toekennen van (volle) reflexwerking aan de richtlijn. De op grond van MiFID II te handhaven gedragsnormen voor financiële ondernemingen kunnen weliswaar als gezichtspunt fungeren bij de invulling van de privaatrechtelijke zorgplicht, maar zij hebben geen zodanige reflexwerking dat zij de privaatrechtelijke zorgplicht fixeren.²⁷ In dit verband moet mijns inziens worden vastgehouden aan het uitgangspunt dat de ongeschreven normen van het privaatrecht verder kunnen reiken dan de geschreven regels van het publiekrecht.²⁸

In een andere, meer privaatrechtelijke context kan volgens mij wél reflexwerking toekomen aan Europese regels inzake financieel toezicht. Op grond van art. 1:25 Wft – een zuiver nationale bepaling – is de aansprakelijkheid van DNB en AFM als financiële toezichthouders beperkt tot gevallen van (kort samengevat) opzet of grove schuld. Waar het gaat om de schending van Europees financieel toezichtrecht moet deze maatstaf 'Unieconform' worden uitgelegd. Dit betekent dat onder 'grote schuld' in de zin van art. 1:25 Wft ook toezichtsfalen moet worden begrepen dat is aan te merken als een 'voldoende gekwalificeerde schending' van Europees recht (de lichtere maatstaf die het HvJEU hanteert).²⁹ Deze Frankovich-voorwaarde voor lidstaataansprakelijkheid is typisch privaatrechtelijk van aard: het is de Unierechtelijke pendant van ons delictuele foutbegrip (zij het specifiek voor overheidsaansprakelijkheid).³⁰ Dat lijkt mij reden om art. 1:25 Wft ook buiten de context van Europees financieel toezichtrecht Unieconform uit te leggen. Anders krijgt het begrip 'grote schuld' in art. 1:25 Wft een betekenis die per toezichtnorm verschilt.

24 Zie voor zwakke reflexwerking bijv. HR 26 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1148, NJ 2020/293, m.nt. C.M.J. Ryngaert (*IS-uitreizigers*), r.o. 3.13.2. Vgl. ook de bijbehorende conclusie van A-G Valk, onder 6.3 e.v.

25 O.O. Cherednychenko, 'Rediscovering the public/private divide in EU private law', *European Law Journal* 2020 (26), p. 27-47.

26 Cherednychenko 2020, p. 43.

27 Zie in gelijke zin M.W. Wallinga & A.C.W. Pijls, 'De wisselwerking tussen Europees financieel toezichtrecht en nationaal privaatrecht', *RMTh* 2018 (afl. 1), p. 14 e.v. Anders bijv. D. Busch, *MiFID II/MiFIR: nieuwe regels voor beleggingsondernemingen en financiële markten* (Preadvies Vereniging voor Financieel Recht 2015), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 216.

28 Zie bijv. HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2298, NJ 2019/184, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Amstelstaete/Verweerders*), r.o. 3.4.2.

29 Vgl. HvJEU 25 maart 2021, C-501/18, ECLI:EU:C:2021:249 (*BT/Balgarska Narodna Banka*), punt 121 en de bijbehorende annotatie van B.J. Drijber in *Ondernemingsrecht* 2021/102, sub 3.3.

30 Zie bijv. Asser/Sieburgh 6-IV 2019/342-343.

Al met al denk ik dat terughoudendheid is geboden bij het toekennen van reflexwerking aan 'publieke exoten' van Europese herkomst. Reflexwerking van Europees *privaatrecht* zouden we mijns inziens juist moeten verwelkomen, als middel om de interne consistentie van ons privaatrecht te bevorderen en onze civiele dogmatiek te verrijken met Europese inzichten.