

IS HET EUROPESE PRIVAATRECHT EEN AUTONOMOOM RECHTSGEBIED? OVER DE ONDERGANG VAN HET HANDELSRECHT EN DE OPKOMST VAN HET EUROPEES PRIVAATRECHT

Corjo Jansen¹

1. Inleiding

De Nederlandse Juristen-Vereniging (NJV) was in 1883 in overgrote meerderheid van oordeel dat een rechtvaardiging voor het bestaan van het handelsrecht als een van het burgerlijke recht afwijkend geheel van regelingen ontbrak. De bekende Amsterdamse advocaat I.A. Levy (1839-1920) was het niet eens met deze opvatting. Hij zag wel degelijk verschillen tussen het burgerlijke recht en het handelsrecht. Twee daarvan zijn nog steeds interessant. Het handelsrecht kende – aldus Levy – een eigen methode, omdat het niet was beïnvloed door het Romeinse recht. Een tweede verschil tussen het handelsrecht en het burgerlijke recht bestond daarin dat het handelsrecht een eigen strekking had, omdat het een meer internationaal karakter had dan het burgerlijke recht.² Na 1883 is de (her)integratie van het handelsrecht in het burgerlijke recht begonnen. De eerste handelsrechtelijke wet die niet alleen op kooplieden zag, was de Faillissementswet (1893/1896). De Nederlandse wetgever heeft vanaf 1 januari 1935 het onderscheid tussen het

1 Prof. mr. C.J.H. Jansen is hoogleraar Rechtsgeschiedenis & Burgerlijk recht aan de Radboud Universiteit te Nijmegen. Hij is tevens voorzitter van het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht.

2 J.A. Levy, 'Interventie', *HNJV* 1883-II, p. 98-99. Zie A. van Oven, *Geschiedenis van de wetenschap van het handelsrecht in Nederland in de negentiende eeuw*, *Geschiedenis der Nederlandsche Rechtswetenschap*, deel V, no. 3, Amsterdam: Noord-Hollandsche Uitgevers Maatschappij 1968, p. 56 e.v.; J.H.A. Lokin en C.J.H. Jansen, *Tussen droom en daad. De Nederlandse Juristen-Vereniging 1870-1995*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 137 e.v.; R.J.Q. Klomp, *Opkomst en ondergang van het handelsrecht. Over de aard en de positie van het handelsrecht – in het bijzonder in verhouding tot het burgerlijk recht – in Nederland in de negentiende en twintigste eeuw*, Nijmegen: Ars Aequi 1998, p. 89 e.v., p. 165 e.v.; M.C. Bijl, 'Over de 'ondergang' van het handelsrecht en eerherstel voor de tekstuele uitleg van commerciële contracten', in: M.C. Bijl e.a. (red.), *Molengraaff 150 jaar: terugkijken en vooruitzien*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 121 e.v.

burgerlijke recht en het handelsrecht definitief opgeheven.³ De opluchting hierover was vrij algemeen en werd als winst voor de praktijk gezien. “De “koopman” neemt afscheid. Hij ruste in vrede.”⁴ De wetgever introduceerde tegelijkertijd met de afschaffing van de ‘handelsdaad’ en de ‘koopman’ een nieuw begrippenpaar: ‘in de uitoefening van een beroep of bedrijf’. Hij knoopte de rechtsgevolgen van sommige rechtshandelingen vast aan het uitoefenen van een beroep of bedrijf.⁵

Het verzet tegen de opheffing van het handelsrecht als zelfstandig rechtsgebied bleef ondanks deze wetswijziging en de brede steun daarvoor onder de Nederlandse juristen aanhouden. Het handelsrecht was volgens sommigen wel degelijk een ‘autonoom’ rechtsgebied.⁶ Het doet de vraag rijzen wat het criterium is om een bepaald rechtsgebied als ‘autonoom’ aan te merken. Moet er sprake zijn van een eigen methode? Of van een van het algemene burgerlijke recht afwijkende ontwikkeling? Of van een eigen wijze van uitleg door de praktijkjurist, in het bijzonder de rechter? Kisch, Pitlo en Wery vinden deze criteria op zich zelf genomen niet overtuigend. Zij zoeken het onderscheidende criterium voor een autonoom rechtsgebied in de bijzondere functie die een rechtsgebied in de samenleving vervult.⁷ Ik herneem in paragraaf 2 van deze bijdrage kort de discussie over de bezwaren tegen de opheffing van het handelsrecht als autonoom rechtsgebied. Een van de gevolgen van de integratie van het handelsrecht in het BW is mijns inziens geweest dat dit vakgebied in de loop van de 20^e eeuw langzaam maar zeker als eenheid uit het juridische curriculum is verdwenen. De vanzelfsprekende koppeling aan het Wetboek van Koophandel ging teloor. Bijna geen

3 Bij Wet van 2 juli 1934 (*Stb.* 347). Zie bijv. E.M. Meijers, ‘De uitbanning der kooplieden en der handelsdaden uit ons recht’, *WPNR* 1935/3393, p. 1-3; 3394, p. 13-16; 3395, p. 29-31.

4 ‘Oudejaarsnacht 1934 – Een afscheid’, *Weekblad van het Recht* 1935/12847, p. 4.

5 Zie bijv. E.J.J. van der Heijden, ‘Beroep of bedrijf?’, *De Naamlooze Vennootschap* 13 (1934/1935), p. 321-324. Cleveringa had kritiek op ‘het opereeren met het begrip “bedrijf”’. Hij achtte invoering ervan ‘onnoedig’. Zie R.P. Cleveringa, ‘Handelsdaden en kooplieden exeunt!’, *NJB* 1933, p. 29 e.v. (p. 31).

6 Zij konden zich beroepen op de ‘oervader’ van het Duitse handelsrecht, L. Goldschmidt (1829-1897). Hij was een warm voorstander van een autonoom handelsrecht: H. Coing, *Europäisches Privatrecht 1800 bis 1914*, II, München: Verlag C.H. Beck 1989, p. 534.

7 I. Kisch, *Rechtsvergelijking en handelsrecht, Openbare les gehouden op 6 juni 1935*, Alphen aan den Rijn: N. Samsom 1935, p. 25; A. Pitlo, ‘Het gemene recht en de autonomie van zijn onderdelen’, *RM Themis* 1961, p. 517 e.v. (o.a. p. 529-535) en P.L. Wery, *De autonomie van het eenvormig privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1971, p. 4-8.

enkele faculteit kent in de bachelorfase meer een vak handelsrecht. Daarvoor is vaak het vak ondernemingsrecht teruggekomen, een rechtsgebied dat zich sinds de invoering van de Wet van 2 juli 1928 tot wijziging en aanvulling van de bepalingen omtrent de naamloze vennootschap (Stb. 216), in werking getreden op 1 april 1929, heeft geëmancipeerd uit het handelsrecht. Het handelsrecht is verbrokkeld in 'functionele' vakgebieden, zoals het vervoersrecht, het auteursrecht en het verzekeringsrecht, die hooguit een plaats in de masterfase hebben. Ook het insolventierecht heeft zich losgemaakt uit het handelsrecht. De associatie met het goederenrecht, financiering en zekerheden ligt bij dit terrein tegenwoordig meer voor de hand dan met het handels- of ondernemingsrecht.

De een zijn dood is de ander zijn brood, zo luidt een bekend gezegde. De Utrechtse emeritus hoogleraar E.H. Hondius merkte in 1983 mijns inziens terecht op dat het consumentenrecht als samenhangend rechtsgebied zijn ontstaan heeft te danken aan de opheffing van het handelsrecht als zelfstandig rechtsgebied en de wens van de wetgever om juridisch rekening te kunnen houden met eventueel bedrijfs- en beroepsmatig handelen.⁸ 'Het handelen in de uitoefening van beroep of bedrijf' is de kapstok geworden voor de bescherming van de consument en daarmee van de (latere) dijkdoorbraak van het Europese privaatrecht. Het is volgens Hartkamp evident "dat deze regels, die de consument plegen te beschermen, thuishoren in het Burgerlijk Wetboek, een plaatsing die door de samensmelting van BW en handelsrecht wordt vergemakkelijkt." Art. 6:236 BW definieert een consument als een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Dit criterium is eveneens terug te vinden in andere titels van het BW.⁹ Bij consumentenkoop gelden bijvoorbeeld mededelingen van vorige schakels in de verkoopketen die in de uitoefening van een beroep of bedrijf handelden als mededelingen van de verkoper.¹⁰ Naar aanleiding van de discussie over de opheffing van het handelsrecht als zelfstandig rechtsgebied in paragraaf 2 sta ik in paragraaf 3 van deze bijdrage stil bij de

8 E.H. Hondius, 'Consumentenrecht: de eerste tien jaar', in: *Recente rechtsontwikkelingen (1970-1980)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1983, p. 49; Klomp, *Opkomst en ondergang van het handelsrecht*, p. 193 e.v.

9 A.S. Hartkamp, *Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht*, vijfde druk, Monografieën BW, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 12 (p. 24: citaat) en nr. 17 (p. 37): titel 7.1 (consumentenkoop), 7.7 (lastgeving) en 7.14 (borgtocht). Zie ook art. 6:193a lid 1 onder a BW (oneerlijke handelspraktijken) en art. 6:230g BW (consumentenkredietovereenkomst).

10 Zie art. 7:18 BW.

vraag of het Europese privaatrecht aanspraak kan maken op de status van autonoom rechtsgebied. Bij een positief antwoord op deze vraag meen ik dat dit gevolgen moet hebben voor het curriculum van de juridische faculteiten.

2. Bezwaren tegen de opheffing van het handelsrecht als autonoom rechtsgebied

Ondanks de principiële uitspraak van de NJV in 1883 voor 'opheffing' van het handelsrecht maakte het vakgebied in de eerste helft van de 20^e eeuw een relatieve bloeiperiode door. De Utrechtse hoogleraar W.L.P.A. Molengraaff (1858-1931) heeft zich ingespannen voor de modernisering van het 'speciale handelsrecht' uit het Wetboek van Koophandel (WvK). Hij is daarin ook grotendeels geslaagd. De Faillissementswet en het nieuwe Zeerecht in de Wet van 22 december 1924, Stb. 573 komen grotendeels uit zijn koker. Ook aan de vernieuwing van het wisselrecht (Wetten van 5 juni 1925, Stb. 224 en 2 juli 1928, Stb. 217) heeft hij sterk bijgedragen. De latere president van de Hoge Raad, L.E. Visser (1871-1942), was de geestelijke vader van de Wet op de naamlooze vennootschap (1928/1929). De handelsrechtelijke literatuur verschaalde niet. Vissers intrede op het gebied van het handelsrecht geschiedde door een piëteitsvolle bewerking van J.G. Kist (1822-1897), *Beginselen van Handelsrecht volgens de Nederlandsche wet*. Het eerste stuk van het eerste deel verscheen in 1903 bij Belinfante in Den Haag. Het boek was compleet in 1904. Het ontving lovende kritieken.¹¹ In 1929 zag bij Belinfante in Den Haag van de hand van Visser het licht *De Naamlooze Vennootschap volgens de Wet van 2 Juli 1928, Stbl. No. 216*.¹² Molengraaff bewerkte trouw zijn *Leidraad bij de beoefening van het Nederlandsche Handelsrecht* (tweede geheel herziene druk 1905-1912; derde herziene druk 1915-1917, vierde herziene druk 1919-1920 en vijfde druk 1923-1925). Omdat hij de *Leidraad* te

11 Zie W.L.P.A. Molengraaff in *RM* 1903, p. 583-584 en P. Polvliet in *Themis* 1904, p. 449 e.v.

12 Supplement op Deel III van de *Beginselen van Handelsrecht volgens de Nederlandsche Wet* van Kist. De nieuwe wet op de NV zorgde voor een hausse aan nieuwe boeken, zoals: E.J.J. van der Heijden, *Handboek voor de naamlooze vennootschap naar Nederlandsch recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1929; G.H.A. Grosheide, *De bestaande naamlooze vennootschappen en de nieuwe wet*, Amsterdam: Ten Have 1928 en M. Polak, *Overzicht van de nieuwe wettelijke bepalingen omtrent naamlooze vennootschappen*, Groningen: J.B. Wolters 1929.

uitgebreid vond, liet hij in 1921 een *Inleiding tot het Nederlandsche Handelsrecht* verschijnen (tweede druk 1924 en derde druk 1930). M. Polak (1865-1938), rechter, raadsheer en vanaf 1926 raadsheer in de Hoge Raad, liet in 1910 zijn *Handboek voor het Nederlandsche Handelsrecht* verschijnen (het boek is later uitgebreid met het faillissementsrecht). Ik laat de specifieke boeken over het wisselrecht, zee- en faillissementsrecht, e.d. buiten beschouwing. Het handelsrecht was in de eerste helft van de 20^e eeuw – zo mag de conclusie naar aanleiding van dit beknopte overzicht toch wel luiden – allerminst dood te noemen.

De voorstanders van een autonoom handelsrecht betoogden dat het handelsrecht zich zou onderscheiden van het burgerlijke recht qua methode. Dit had alles te maken met de zeer nauwe band van dit rechtsgebied met de rechtspraktijk en het handelsgebruik. Molengraaff zag de rechtswetenschap als een deel van de wetenschap der samenleving. Het werkelijke leven, de handel en wandel van de mensen moest de basis zijn, waarop de jurist zijn wetenschappelijke stelsels deed rusten. “Alle sociale verschijnselen op het woelige veld van het verkeersrecht, alle vormen en combinaties, uitgedacht ter voorziening in steeds nieuw ontspringende behoeften, moeten voor haar [de rechtswetenschap] een voorwerp uitmaken van voortdurend ernstig onderzoek”, aldus Molengraaff. Iedere rechtswetenschapper diende dus te beginnen met een nauwkeurige waarneming van de sociale verschijnselen, de maatschappelijke verhoudingen en behoeften. Dit was een inductieve werkzaamheid: regels en beginselen steunden op concreet feitenmateriaal.¹³ Polak was het geheel eens met Molengraaff. “Kennis van mensen en van toestanden, inzicht in maatschappelijke verhoudingen en verschijnselen, zie hier het eerst noodige.” “De maatschappij zelve, niet de studeercel, is de beste plaats om het recht te leren kennen.”¹⁴ Deze door Molengraaff en Polak voor het handelsrecht voorgestane methode achtten zij zelf vermoedelijk al niet exclusief voor het handelsrecht. Daarnaast bepleitten ook beoefenaren van het

13 Zie W.L.P.A. Molengraaff, *Het verkeersrecht in wetgeving en wetenschap*, Haarlem: De Erven Bohn 1885, p. 24 (citaat), p. 26; W.L.P.A. Molengraaff, ‘Eenige opmerkingen over de methode van recht en wetgeving in Engeland en op het continent’, *Rechtsgeleerd Magazijn (RM)* 1882, p. 223 e.v.

14 M. Polak, ‘Voorbericht’ (1918), in: M. Polak, *Handboek voor het Nederlandsche Handels- en Faillissementsrecht*, I, vijfde druk, Groningen/Batavia: J.B. Wolters 1935, p. VI en VII.

burgerlijke recht, zoals H.L. Drucker (1857-1917) en E.M. Meijers (188-1954), de noodzaak van kennis van de maatschappelijke omstandigheden en feitelijke toestanden. Zij maakten gebruik van empirische methoden, zoals participerende observatie, enquêtes, het gebruik van statistisch materiaal, e.d. in hun onderzoek.¹⁵ De wijze van wetenschappelijke beoefening van het handelsrecht verschilde dus nauwelijks van die van het burgerlijke recht. Een verschil in methode kon dus niet het onderscheid tussen handelsrecht en burgerlijk recht rechtvaardigen.

Andere beoefenaren van het handelsrecht zagen het internationale karakter en de internationale gerichtheid van het handelsrecht als voldoende grond voor de erkenning van het handelsrecht als autonoom rechtsgebied.¹⁶ Op handelsrechtelijk gebied (aanvaring, hulpverlening en berging op zee, het avarij-grosserecht, het auteursrecht, het wisselrecht) was sprake van een sterke unificatie. Deze behoefte aan eenmaking was volgens Kisch de wezenstrek van het handelsrecht. "Heeft zij nu ook betekenis voor de autonomie, voor het bestaan van het handelsrecht als positieve categorie? Naar ik meen déze: dat het handelsrecht niet, tegelijk een eenheid kan vormen met het nationale recht èn met het internationale recht van den handel. Het burgerlijke recht is functie van de nationale gemeenschap, het handelsrecht is, of ontwikkelt zich als functie van internationale verschijnselen. Elk trekt in een andere richting; in één tuig gaan zij niet samen."¹⁷

Het internationale karakter van het handelsrecht keerde in de jaren dertig van de vorige eeuw ook terug in enkele beschouwingen over de (handels)koopovereenkomst. Het Nederlandse wettenrecht maakte geen onderscheid tussen de handelskoop en de 'burgerlijke' koop. De handelskoop was op te vatten als bedrijfshandeling, als een handeling van een persoon die in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf kocht en verkocht. De bedingen bij deze koop golden niet alleen nationaal, maar ook internationaal. "De handelskoop is bij uitstek een overeenkomst gesloten

15 Zie C.J.H. Jansen, *De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht in de lange 19^e eeuw*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 188-190.

16 Een markant voorbeeld was Kisch, *Rechtsvergelijking en handelsrecht*; ook J. Wiarda, 'Het nieuwe Burgerlijk Wetboek, de eenheid van het nieuw B.W. en van den wetgeving buiten het tegenwoordige B.W.', *WPNR* 1953/4287, p. 135 e.v.; Hartkamp, *Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht*, nr. 12 (p. 23).

17 Kisch, *Rechtsvergelijking en handelsrecht*, p. 24-25.

met wederpartijen over de gehele wereld. Zo wordt gebruik en beding ook internationaal van belang.¹⁸ De Amsterdamse hoogleraar in het handelsrecht J. Offerhaus (1892-1966) beklemtoonde in zijn afscheidsrede *De strijd om de mazen van het net* (1962) dat – hoewel hij een voorstander was van de opheffing van het onderscheid tussen handelsrecht en burgerlijk recht – de Nederlandse rechter bij twijfel ‘in grensgevallen’ voorrang moest toekennen aan de internationale rechtseenheid en dus de Engelse rechter moest volgen, omdat de Nederlandse wettelijke regeling terugging op het zeerechtstelsel van de *Hague Visby Rules*. Zij waren naar opzet en redactie van Britse oorsprong.¹⁹

Zoals Klomp al in zijn proefschrift heeft gesteld, is het burgerlijke recht in de loop der tijden ook steeds meer internationaal en Europees geworden.²⁰ Bovendien blijken internationale regels inpasbaar in het huidige BW, ook al zorgt dat soms voor enige schuring met het stelsel of de gelaagde structuur van het BW. Het vermeende internationale karakter blijkt dus ook geen overtuigende rechtvaardigingsgrond voor een autonoom handelsrecht. Het handelsrecht heeft daarnaast al sinds decennia dezelfde functie in het maatschappelijke verkeer als het burgerlijke recht. Het burgerlijke recht was bovendien ‘vercommercialiseerd’: vroegere handelsrechtelijke noties zijn algemeen privaatrechtelijke geworden.²¹ Er is evenmin een goede reden te bedenken waarom een rechter internationale bepalingen in het handelsrecht anders zou uitleggen dan in het burgerlijke recht.²² Molengraaff schreef al in zijn *Leidraad*: “De scheiding van het burgerlijk recht in ruimeren zin in burgerlijk recht in engeren zin en handelsrecht is alleen historisch te verklaren en berust niet op eenig theoretisch of wetenschappelijk beginsel.”²³

De bezwaren tegen de opheffing van een zelfstandig handelsrecht hebben Meijers niet overtuigd. Hij heeft voor het stelsel gekozen het handelsrecht geheel in het BW te doen opgaan, omdat volgens hem eigen van het burgerlijke recht afwijkende regels ontbreken en het zijns inziens ook wenselijk was in de vorm de eenheid van het burgerlijke recht te doen uitkomen.

18 Jb. Zeylemaker Jzn, *Handelskoop*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1939, p. 4.

19 J. Offerhaus, *De mazen van de wet. Over de wederzijdse bescherming van schip en lading*, Amsterdam: Scheltema & Holkema 1963, p. 9.

20 Klomp, *Opkomst en ondergang van het handelsrecht*, p. 173.

21 Hartkamp, *Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht*, nr. 12 (p. 23).

22 Wery, *De autonomie van eenvormig privaatrecht*, p. 6-7.

23 Molengraaff, *Leidraad bij de beoefening van het Nederlandsche handelsrecht*, I, p. 3. Hij kreeg kritiek van onder andere W.F. Lichtenauer, ‘Burgerlijk en handelsrecht’, in: *Rechtskundige Opstellen (...) aangeboden aan Prof. Mr. E.M. Meijers*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1935, p. 337 e.v.

Hij schrijft zelfs dat het handelsrecht als een bijzonder recht met afwijkende regels dood is. Ook het internationale karakter van het handelsrecht achtte hij geen rechtvaardiging voor een principiële splitsing van het handelsrecht en het burgerlijke recht.²⁴ Wery schetste echter in zijn openbare les een ontwikkeling die de aandacht verdient. Hij legde de nadruk op de ontwikkeling van nationale rechtsgebieden naar een *eenvormig* privaatrecht. Het was volgens hem uitgesloten dat de ontwikkeling van een eenvormig recht louter kon geschieden op basis van nationale privaatrechtelijke systemen. Weliswaar was en is het nationale privaatrecht nog steeds zowel de voedingsbodem als het 'voertuig' van het Unierecht, maar daar staat tegenover dat het Unierecht een 'eigen' leven van hogere orde dan het nationale recht heeft gekregen.²⁵ "Blijkens vaste rechtspraak is voorts de nationale rechter (...) verplicht zorg te dragen voor de volle werking van deze [Unierechtelijke] voorschriften en moet hij daarbij zo nodig, op eigen gezag, elke strijdige bepaling van de nationale wetgeving buiten toepassing laten (...)", aldus het Hof van Justitie in *Lucchini*.²⁶ Volgens Hartkamp vielen de opkomst van het consumentenrecht en de totstandkoming van het BW in tijd ongeveer samen. Het nieuwe wetboek kon daarom op coherente wijze rekening houden 'met dit nieuwe stuk recht'. "Aldus kon de schade, door de opkomst van het consumentenrecht toegebracht aan de eenheid van het privaatrecht (die juist was bevorderd door de samenvoeging van burgerlijk recht en handelsrecht in één wetboek), worden beperkt."²⁷ Toch neemt die 'schade' aan de eenheid van de privaatrechtelijke codificatie (ons BW) door de groei en bloei van het privaatrechtelijke Unierecht in omvang toe. Kort gezegd en met gebruikmaking van de woorden van Hesselin: "Codification and harmonisation do not easily match."²⁸ Het Europese privaatrecht is bovendien al lang veel meer dan alleen consumentenrecht. De Europeanisering van het privaatrecht is tegenwoordig zo ver voortgeschreden en overstijgt die van functionele rechtsgebieden (zoals het consumentenrecht of het bankenrecht) in een dergelijke mate dat de vraag rijst of het Europese privaatrecht zich niet heeft ontwikkeld tot een autonoom rechtsgebied.

24 'Toelichting van Prof. Meijers. Algemene inleiding,' in: *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Algemeen deel*, Deventer/Antwerpen: Kluwer 1961, p. 126. Zie ook A.S. Hartkamp, 'Het nieuwe BW en de eenheid van het privaatrecht', *NJB* 1983, p. 1069 e.v.

25 L.A.D. Keus, *Europees Privaatrecht*, Monografieën BW, Deventer: Kluwer 2010, p. 5. Zie ook HvJ EG 5 februari 1963, nr. 26-62, *Jurispr.* IX, p. 3 (Van Gend & Loos).

26 HvJ EG 18 juli 2007, C-119/05, *Jurispr.* 2007, p. I-6199, *NJ* 2007, 477, punt 61.

27 Hartkamp, *Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht*, nr. 17 (p. 37: citaat).

28 M. Hesselin, 'The Ideal of Codification and the Dynamics of Europeanisation: the Dutch Experience', *European Law Journal* 2006/3, p. 279 e.v., p. 287 (citaat) e.v.

3. Het Europese privaatrecht als autonoom rechtsgebied

Het Europese privaatrecht is een eigenstandig systeem van regels en beginselen dat in alle lidstaten gelding heeft of waarvan de inhoud op unitair niveau is bepaald en waarvan de handhaving in hoogste instantie bij een Europese rechter berust. Ik laat het onderscheid tussen het uniforme, in alle lidstaten rechtstreeks toepasselijke Europees privaatrecht en het geharmoniseerde, op de omzetting van richtlijnen gebaseerde Europese privaatrecht verder rusten. De Unie vormt volgens rechtspraak van het Hof van Justitie al sinds de jaren zestig van de vorige eeuw een eigen, nieuwe rechtsorde

“ten bate waarvan de staten, zij het op een beperkt terrein, hun soevereiniteit hebben begrensd en waarbinnen niet slechts deze lid-staten, maar ook hun onderdanen gerechtigd zijn; dat het gemeenschapsrecht derhalve, evenzeer als het, onafhankelijk van de wetgeving der lid-staten, ten laste van particulieren verplichtingen in het leven roept, ook geëigend is rechten te scheppen welke zij uit eigen hoofde kunnen geldig maken (...)”²⁹

Er is geen privaatrechtelijk rechtsgebied meer of het heeft invloed ondergaan van het Europese recht. De verordeningen en richtlijnen op het gebied van de industriële en intellectuele eigendom, een voormalig handelsrechtelijk gebied, zijn talrijk. Ook op ondernemingsrechtelijk, arbeidsrechtelijk en contractenrechtelijk terrein rukt het Europese privaatrecht op. Bekend zijn de verdragsbepalingen over het mededingingsrecht, de gelijke beloning van mannen en vrouwen en de bepalingen over de verkeersvrijheden. Ik verwijs voor een inventarisatie naar de tweedelige bundel *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*.³⁰

Het Europese privaatrecht heeft een andere functie dan nationaal privaatrecht. Het regelt niet alleen verhoudingen tussen private personen en rechtspersonen op nationaal niveau, maar ook verhoudingen tussen private personen en rechtspersonen op Europees niveau. Het is gericht op ondermeer de totstandbrenging van een gemeenschappelijke markt, het verwezenlijken van een economische en monetaire unie, het voorkomen van discriminatie en de bescherming van grondrechten. De nationale rechter is op

²⁹ Overweging uit het Van Gend & Loos-arrest (zie noot 25).

³⁰ A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, L.A.D. Keus, J.S. Kortmann & M.H. Wissink (red.), *The Influence of EU Law on National Private Law*, Serie Onderneming & Recht 81-I (Algemeen deel) & 81-II (Bijzonder deel), Deventer: Kluwer 2014.

grond van art. 4 lid 3 EU-verdrag verplicht het nationale recht in overeenstemming met een niet tijdig of niet naar behoren uitgevoerde richtlijn uit te leggen. Hij is volgens Hartkamp daarnaast gehouden het nationale recht, voor zover dat onder de werkingssfeer van het Unierecht valt, in overeenstemming met het EU-verdrag en het VWEU-verdrag ('verdragsconform') uit te leggen. Hartkamp gaat ten slotte uit van een ambtshalve toepassing van Unierechtelijke bepalingen van openbare orde.³¹ Het Hof van Justitie heeft voorts een groot aantal rechtsbeginselen ontwikkeld, zowel van publiek- als van privaatrechtelijke aard. Zij hebben soms ook een rol bij de ontwikkeling van het EU-privaatrecht, zoals het effectiviteitsbeginsel.³²

Leerstukken van privaatrecht zijn tegenwoordig niet langer het domein van het privaatrecht alleen. Zij hebben op een steeds groter aantal wordende gebieden een achtergrond in het Europese recht. Dit betekent vaak dat publieke belangen, zoals milieu, duurzaamheid en de strijd tegen discriminatie een leidraad zijn bij de beoordeling van privaatrechtelijk handelen. Een rechtsgebied waar het Europese recht een voortrekkersrol speelt, is het financiële recht. De uit het Europese recht afkomstige normen zijn allereerst gericht op de ongestoorde en integere werking en transparantie van financiële markten, de bevordering van de belangen van beleggers en meer concurrentie tussen handelsplatformen. Zij oefenen eveneens invloed uit op de bepaling van de omvang van de zorg die bijvoorbeeld een vermogensbeheerder als goed opdrachtnemer in acht moet nemen. Publiekrechtelijke uitgangspunten kleuren in steeds belangrijker mate privaatrechtelijke (open) normen, in het bijzonder de zorgplichten van bedrijven of personen die handelen in de uitoefening van hun beroep of bedrijf. De Europeanisering leidt zelfs soms tot publiekrechtelijke handhaving van deze zorgplichten, bijvoorbeeld door de Autoriteit Financiële Markten. De gevolgen kunnen ingrijpend zijn, denk aan hoge boetes.³³ Ook het

31 Asser/Hartkamp, *Vermogensrecht algemeen, I. Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, 3-I*, tweede druk, Deventer: Kluwer 2011/128.

32 Asser/Hartkamp 3-I*, 2011/109.

33 Zie O.O. Cherednychenko, 'De bijzondere zorgplichten van de bank in het spanningsveld tussen publiek- en privaatrecht', *NTBR* 2010/11, p. 66 e.v.; W.H. van Boom, 'De Nederlandse privaatrechtswetenschap en de wetgever (1992-2012)', *RegelMaat* 2012 (27) 5, p. 280; D. Busch, *MiFID II/MiFIR: nieuwe regels voor beleggingsondernemingen en financiële markten*, Deventer: Kluwer 2015; C. Bulten & C. Jansen, 'De taak van de commissaris in een digitale wereld: de noodzaak van awareness van cyber security', *Ondernemingsrecht* 2016/74, p. 356. Zo verplicht op het gebied van het ondernemingsrecht Richtlijn 2013/34/EU met betrekking tot de bekendmaking van niet-financiële informatie grote vennootschappen een inhoudelijk overzicht op te nemen over milieu- en personeelsaangelegenheden, de eerbiediging van mensenrechten en de bestrijding van corruptie.

mededingingsrecht is een mix van Europees en nationaal privaatrecht en publiekrecht, waarvan de handhaving privaatrechtelijk plaatsvindt. De Algemene Verordening Gegevensbescherming ten slotte verplicht 'de verantwoordelijke' in art. 32 tot het nemen van maatregelen die een passend beveiligingsniveau garanderen. Ook al vereist een passend beveiligingsniveau in de meeste gevallen niet een volledig veilige software, deze norm vormt wel de grondslag voor een privaatrechtelijke verplichting tot het bijwerken van onveilige software die op een mobiele telefoon staat³⁴ en ook hier dreigen (hoge) boetes, als een bedrijf niet voldoet aan de vereisten van de AVG.

De conclusie kan volgens mij geen andere zijn dan dat het Europese privaatrecht een eigen methode (in het bijzonder de wijze van doorwerking van het Europese recht in het nationale privaatrecht) kent, over een eigen dogmatiek beschikt, met een eigen uitleg door een zelfstandig opererende rechter. Het kent daarnaast een duidelijk eigen functie. Het Europese privaatrecht heeft steeds duidelijker de contouren van een autonoom rechtsgebied gekregen.

4. Besluit

Het Europese privaatrecht heeft door de voortschrijdende Europeanisering een grote vlucht genomen. Een van de oudste terreinen van het Europese privaatrecht is het consumentenrecht. De opkomst van dit rechtsgebied is in Nederland nauw verbonden met de opheffing van het handelsrecht als autonoom rechtsgebied. De wetgever wilde ondanks de verwijdering van de koopman uit het Nederlandse privaatrecht de mogelijkheid hebben bijzondere regels te ontwikkelen voor hen die in de uitoefening van een beroep of bedrijf handelden. Daarmee creëerde hij uitzonderingsrecht voor de 'bedrijfsman' en 'beroepsbeoefenaar'. Het werd tegelijkertijd ook mogelijk een schuldenaar te beschermen tegen degene die in de uitoefening van een beroep of bedrijf handelde. De wetgever bepaalde in 1934 na de opheffing van het onderscheid tussen koopman en niet-koopman in art. 2008 oud BW dat een korte verjaringstermijn van 5 jaren niet gold voor vorderingen betreffende werkzaamheden en leveringen van timmerlieden, metselaars en andere werkbazen ten aanzien van schuldenaren die een

34 Zie P.T.J. Wolters en P.W.J. Verbruggen, 'De verplichting tot het bijwerken van onveilige software', *WPNR* 2016/7123, p. 838-839.

beroep uitoefenden. Alleen in het geval de werkzaamheden en de leveringen waren geschied ter voorziening in de *particuliere* [mijn cursivering] behoeften van de schuldenaar kon hij zich beroepen op verjaring door verloop van vijf jaren.³⁵ Het criterium 'uitoefening in beroep of bedrijf' werd vanaf de jaren zeventig de kapstok waaraan de Nederlandse, later ook de Europese en andere wetgevers de consumentenbescherming hebben opgehangen.³⁶ De regelgeving met betrekking tot de consumentenbescherming werd de ijsbreker voor een groeiend aantal Europese richtlijnen en verordeningen op privaatrechtelijk gebied. Het geheel van uit deze verordeningen en richtlijnen voortvloeiende Europese regels en beginselen heeft een eigen functie, een eigen systematiek en een eigen methode en kent een eigen rechtspraak afkomstig van een eigen rechter. De autonomie van het Europese privaatrecht is nauwelijks zichtbaar in het huidige juridische onderwijs. Het rechtsgebied komt meestal verspreid over verschillende vakken aan bod. Het wordt de hoogste tijd uit de ontwikkeling van dit rechtsgebied in de afgelopen jaren conclusies te trekken en de algemene leerstukken en de mechanismen die spelen op het terrein van het Europese privaatrecht samen te brengen in een overkoepelend vak. Gelet op het toenemende belang van het Europese privaatrecht voor de toekomst van het in Nederland geldende burgerlijke recht moet dit wat mij betreft een verplicht mastervak zijn voor elke student die privaatrechtelijk afstudeert, zoals ook het internationaal privaatrecht (dat overigens tegenwoordig steeds meer van Europese oorsprong is) een verplicht mastervak hoort te zijn voor iedereen die aan een universiteit privaatrechtelijk afstudeert. Beide rechtsgebieden zijn complex en zij kunnen het beste op de universiteit worden geleerd en niet in de rechtspraak. Meer dan ooit domineren grensoverschrijdende verhoudingen het recht. Tegenover de versplintering van het handelsrecht in kleine vakken die tegenwoordig vaak niet eens meer op elke universiteit in de opleiding aan bod komen (zoals het vervoersrecht, het verzekeringsrecht of het zeerecht) staat een nieuw vak in de startblokken: het geldende Europese privaatrecht (het privaatrechtelijke Unierecht) bestudeerd vanuit het geldende nationale privaatrecht. Het is uiteraard mogelijk het Europese privaatrecht onderdeel te laten uitmaken van de bestudering van de 'nationale' positiefrechtelijke vakken, het Europese recht, het consumentenrecht of het financiële recht, zoals tegenwoordig in de curricula van sommige faculteiten wel gebeurt. Deze handelwijze miskent echter het

35 Polak, *Handboek voor het Nederlandsche Handels- en Faillissementsrecht*, I, p. 95.

36 Zie ook de definitie van *Verbraucher* in par. 13 BGB: 'Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt.'

toenemende belang van het Europese privaatrecht als autonoom rechts- en universitair vakgebied. Kennis van Europees recht en nationaal privaatrecht is namelijk vereist voor een gedegen inzicht in de werking van het privaatrechtelijke Unierecht. Dit recht is anders en omvat meer dan bijvoorbeeld het consumentenrecht, het 'bankrecht'³⁷ of het Europees recht. Wie meer over de opzet van een dergelijk mastervak wil weten, kan zich vervoegen bij Carla Sieburgh, raadsheer in de Hoge Raad. Zij weet ongetwijfeld raad met dit type verzoeken.³⁸

37 Zie B. Bierens, 'Bankrecht in beweging', *NJB* 2017, p. 1386, noot 62 waarin hij mijns inziens terecht stelt dat het bankrecht wel een functioneel, maar niet een autonoom rechtsgebied is vanwege de bancaire context van de rechtsregels (zie eerder en anders F. Molenaar, *De autonomie van het bankrecht* (afscheidsrede UvT 1993)).

38 Zie ook het vak Europees Privaatrecht in de Onderzoeksmaster Onderneming & Recht Radboud Universiteit Nijmegen.