

TERUGBLIKKEN OP 'GOEDERENRECHT IN DE EUROPESE UNIE'

Steven Bartels¹

1. Inleiding

Wat is de invloed van het EU-recht op het nationale goederenrecht van de lidstaten? Kan nog steeds gezegd worden dat de impact van EU-recht op dit rechtsgebied relatief beperkt is? Ja, dat kan je best zo zeggen. Maar wat heb je daarmee gezegd? Het betekent in elk geval niet dat we geen aandacht moeten besteden aan de samenloop tussen EU-recht en goederenrecht in onderwijs en onderzoek. De bijna volledige 'overstap' van Carla Sieburgh van het OO&R naar de Hoge Raad is voor mij aanleiding in dit opstel een thema te herpakken waarmee in zekere zin mijn wetenschappelijke carrière begon.

In 1994 publiceerde ik, student nog, samen met Gerard-René de Groot mijn eerste artikel over het goederenrecht. Dat kwam zo. Ik zat dat jaar in de redactiecommissie van *Ars Aequi* die verantwoordelijk was voor het bijzonder nummer over rechtsvergelijking. Het was als Maastrichtse redacteur mijn taak om ervoor te zorgen dat de door ons uitgenodigde Maastrichtse hoogleraar De Groot tijdig zijn bijdrage in zou leveren. Toen ik drie dagen voor de deadline ging informeren hoe het ermee stond, keek hij mij verschrikt aan: "Hoe lang heb ik nog?" Ik vertelde hem van de drie dagen. "En als we het stuk nou samen schrijven, hoe lang hebben we dan nog?", vroeg hij. Mijn eerlijke antwoord was dat we dan nog ruim een week de tijd hadden. Ik kreeg meteen een kamer en een computer toegevoegd in het Oud-Gouvernement.

De titel van ons artikel luidde 'Goederenrecht in de Europese Unie'. De Groot en ik vroegen ons met betrekking tot drie onderwerpen af of ze binnen afzienbare tijd door Europese regelgeving zouden worden geraakt. In dit artikel blik ik terug op de verwachtingen die we toen uitspraken. Hoe blijkt het te zijn gesteld met onze voorspellende gaven?²

1 Prof. mr. S.E. Bartels is hoogleraar Burgerlijk recht aan de Radboud Universiteit te Nijmegen en verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht.

2 Ik volg de structuur van het artikel uit 1994 en laat andere Europese invloeden op het goederenrecht voor wat ze zijn.

Het is in 2018 volstrekt vanzelfsprekend dat het vermogensrecht wordt beïnvloed door EU-recht. Iets minder dan een kwart eeuw geleden constateerden De Groot en ik dat de harmonisatie van het vermogensrecht vooral het verbintenissenrecht betrof. Dat is niet veranderd.

“Langzamerhand is men (...) gaan inzien, dat (...) ook verschillen tussen goederenrechtelijke regelingen in de Lid-Staten van de Europese Unie op vele punten raakpunten met het vrij verkeer van goederen, kapitaal en diensten hebben, zodat een gedeeltelijke harmonisatie wellicht toch wenselijk is.”³

2. Zekerheden

Een onderwerp dat al lang een harmonisatienominatie heeft, is het zekerhedenrecht. Een grensoverschrijdend handelende samenleving heeft immers behoefte aan grensoverschrijdende kredietverlening. Wij meenden in 1994 dat banken niet erg bereid leken krediet te verlenen op basis van zekerheden op in een andere lidstaat gelegen goederen. Een gevolg van – kort gezegd – de verschillen tussen goederenrechtelijke (en verhaalsrechtelijke) regels van de lidstaten zou dus kunnen zijn dat een consument niet optimaal kan profiteren van gunstige kredietvoorwaarden in een andere lidstaat.

Nieuw was die gedachte toen al niet. Er waren al verschillende voorstellen gedaan om (delen van) het zekerhedenrecht te harmoniseren, maar tot tastbaar resultaat had dat nog niet geleid. Aan het voorstel om een zogenoemde Eurohypotheek in te voeren werd begin jaren '90 van de vorige eeuw meermaals aandacht besteed in het *WPNR*.⁴

“Het zal duidelijk zijn, dat de relatie tussen de gewenste vrije grensoverschrijdende kredietverleningsfaciliteiten en de wens naar harmonisatie van zekerheidsrechten zich niet slechts manifesteert met betrekking tot de hypotheek, maar eveneens met betrekking tot de zekerheidsrechten op roerende zaken en vorderingen.”⁵

Sterker nog, omdat roerende zaken over de grens kunnen worden gebracht, zou de behoefte aan een geharmoniseerd of geünificeerd zekerhedenrecht met betrekking tot roerende zaken nog weleens groter kunnen zijn dan aan een geharmoniseerd hypotheekrecht. We bespraken welke

3 AA 1994, p. 322.

4 In Duitsland en Oostenrijk liep men enkele jaren op ons voor.

5 AA 1994, p. 325.

onzekerheden het pad van de kredietverlener zouden kunnen kruisen als hij gedwongen zou worden zijn in Nederland gevestigde stille pandrecht op een roerende zaak in Duitsland of België uit te oefenen.

“Indien we met betrekking tot het voorgaande even snel koffiedik kijken, komt het ons voor dat in de eenentwintigste eeuw door de Europese Unie een richtlijn wordt afgekondigd, waarin een Eurofiducia zowel voor roerende zaken als voor vorderingen wordt voorgeschreven.”⁶

Het leek ons destijds zeer onwaarschijnlijk dat het Nederlandse stil pandrecht in combinatie met het fiduciaverbod binnen de aan de nationale wetgevers toegestane speelruimte zou vallen.

En waar staan we nu, in 2018? Vastgesteld kan worden dat juist met betrekking tot het EU-zekerhedenrecht de nodige ontwikkelingen zijn bij te schrijven. Wie een overzicht maakt van EU-regelgeving die van invloed is op het Nederlandse goederenrecht, zal onder meer wijzen op de Richtlijn Betalingsachterstand bij handelstransacties (2011/7/EU), de Insolventieverordening (1346/2000/EG) en vooral de Richtlijn Financiëlezekerheidsovereenkomsten (2002/47/EG), die allemaal in meer of mindere mate invloed hebben op het Nederlandse zekerhedenrecht. Dat betekent dat wie het Nederlandse zekerhedenrecht op de voet wil volgen ook het EU-recht, inclusief de rechtspraak van het Hof van Justitie, zal moeten volgen.⁷

Maar onze voorspelling is nog niet helemaal uitgekomen. Er is nog geen algemeen Europees zekerheidsrecht ingevoerd. Ik haast me daarbij op te merken dat de FZO wel van groot belang is.⁸

6 AA 1994, p. 325.

7 Vgl. R. Wibier, 'Europees goederenrecht en het belang daarvan voor het Nederlandse pandrecht op vorderingen', AA 2017, p. 424 (annotatie bij HvJ EU 10 november 2016, ECLI:EU:C:2016:851).

8 Zie voor een tamelijk recente stand van zaken met betrekking tot de Eurohypotheek V. Sagaert, 'De invloed van de financiële crisis op de harmonisatie van het hypotheekrecht', WPNR 2013/6992. In 2004 schreef Van Erp, 'De osmose van Nederlands en Europees goederenrecht', NTBR 2004/12, p. 546: "Er begint zich duidelijk een ontwikkeling af te tekenen dat het zekerhedenrecht, met name ten aanzien van roerende zaken en vorderingen, geüniformeerd zal worden". Overigens is niet iedereen overtuigd van de noodzakelijkheid van harmonisatie van het zekerhedenrecht. Zo schreef Dalhuisen, ook alweer enige tijd geleden, dat er 'no widespread evidence' is dat de verschillen tussen de security interests van de lidstaten "are a noticable handicap to international trade" (p. 581) en "It is clear that at EU level the disparities have not caused great concern so far and it is unlikely that a serious attempt will soon be made to harmonise the securities interests if only in chattels an receivables" (p. 582). Zie *Dalhuisen on International Commercial, Financial and Trade Law*, Oxford: Hart Publishing 2000.

Als een van de grootste hobbels bij de invoering van een Europees zekerheidsrecht – zowel bij registergoederen als bij niet-registergoederen – zagen wij de verhouding tot de geprioriteerde andere schuldeisers van de zekerheidsgever, met name in geval van faillissement.

“Wanneer in geval van faillissement niet op Unie-niveau, maar door Lid-Staten afzonderlijk de rangorde van zekerheden, voorrechten en privileges wordt vastgesteld, dan dreigt de hele constructie alsnog in het water te vallen.”⁹

Erg hoopvol waren we niet gestemd op dit punt. We wezen er ter onderstreping van ons geringe optimisme op dat de vooruitzichten voor het (toen nog) Europese Faillissementsverdrag niet al te gunstig waren. Intussen bestaat de Europese Insolventieverordening alweer bijna twee decennia. Dat toont aan dat er ineens schot in een ontwikkeling kan komen.

3. Genotsrechten

De volgende vraag die wij ons stelden, was of invloed van de Europese Unie op Nederlandse genotsrechten ook waarschijnlijk was. We beperkten ons tot genotsrechten op onroerende zaken, vanwege de geringe betekenis van het recht van vruchtgebruik voor het handelsverkeer.

Retorisch openden we het debat met de opmerking dat het voor de hand ligt om elke noodzaak tot harmonisatie van zakelijke genotsrechten op onroerende zaken te ontkennen. Toch zagen we wel aanknopingspunten voor harmonisatie, opnieuw met het oog op kredietverlening.

“Zou het voor consumenten en kredietverleners (...) niet veel gunstiger zijn, indien de typen genotsrechten op Europees niveau zouden zijn gestandaardiseerd, zodat een hypotheekbank in Athene zich kan voorstellen wat de inhoud van een erfpachtrecht in Amsterdam is.”¹⁰

Daarnaast speelde de problematiek van timesharing. Een richtlijnvoorstel over dit verschijnsel was toen dicht bij de finish.¹¹ Wij konden ons voorstellen dat in het kielzog van timesharing ook het appartementsrecht zou worden geraakt door EU-recht.

9 AA 1994, p. 326.

10 AA 1994, p. 326.

11 De richtlijn is uiteindelijk vastgesteld op 26 oktober 1994, vijf maanden na het verschijnen van het opstel in AA.

Hoe staan de zaken ervoor begin 2018? Over het laatste punt kan ik kort zijn. De richtlijn over timesharing bevat geen goederenrechtelijke elementen.¹² Ingrepen in het appartementsrecht zijn er niet geweest. Toch kan een modern boek over het zakenrecht het Europese recht niet geheel links laten liggen.

In 2006 deed de Hoge Raad bijvoorbeeld uitspraak in een geschil tussen een eigenaar/erfverpachter en appartementseigenaren (deelgenoten in een gesplitst erfpachtrecht).¹³ Aan de orde was – kort gezegd – een boetebeding in de erfpachtvoorwaarden waarvan de procederende appartementseigenaren vonden dat hij oneerlijk was in de zin van de Europese richtlijn Oneerlijke contractsbedingen (93/13/EEG). De Hoge Raad oordeelde dat het hof niet ambtshalve hoefde te beoordelen of het boetebeding oneerlijk is in de daaraan door de richtlijn toegekende betekenis, en dat het hof ermee mocht volstaan het beding te toetsen aan art. 6:233, onder a, BW (rov. 3.5.4). Hartkamp merkte over deze uitspraak op dat zij “niet geheel duidelijk” is: “Mocht de Hoge Raad hebben beslist dat wanneer een beding op die [de bij de Richtlijn behorende indicatieve] lijst staat, geen ambtshalve toetsing op onredelijkheid is vereist omdat de lijst slechts een indicatief karakter heeft, dan zou die opvatting blijkens het arrest Mostaza Claro (...) zijn achterhaald.”¹⁴

Deze uitspraak, alsmede de reactie van Hartkamp daarop, maakt duidelijk dat invloed van het EU-recht op de rechtspositie van een appartementseigenaar goed denkbaar is. Bij het beantwoorden van de vraag welke invloed het EU-recht kan hebben op genotsrechten, moet zeker gewezen worden op enkele recente uitspraken waarin de verenigbaarheid van bepaalde erfpachtvoorwaarden met de genoemde Richtlijn Oneerlijke contractsbedingen aan de orde was.¹⁵ Voor de goede orde merk ik op dat deze toetsing ‘loopt’ via richtlijnconforme interpretatie van art. 6:233 BW.¹⁶

Al met al kan vastgesteld worden dat er nog geen geharmoniseerd Europees genotsrecht is, maar dat Europese regels van consumentenbescherming wel van invloed zijn op de rechtspositie van erfpachters, opstallers en appartementseigenaren.

12 Dat geldt zowel voor Richtlijn 94/47/EG als voor de vervangende Richtlijn 2008/122/EG.

13 HR 24 maart 2006, NJ 2007/115 (Meurs/Newomij).

14 Asser/Hartkamp 3-1 2015/250.

15 Zie voor vindplaatsen Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/2b, welke opsomming kan worden aangevuld met Hof Arnhem-Leeuwarden 19 september 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:8437.

16 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/479.

In een voetnoot stonden De Groot en ik nog stil bij de voor de toepassing van het toenmalige EEX-verdrag relevante vraag wanneer nu precies sprake is van een 'zakelijk recht'. Wij meenden dat een geheel autonome interpretatie van dit begrip door het Hof van Justitie het meest voor de hand lag. Tevens verwachtten wij dat een dergelijke autonome invulling effecten zou kunnen hebben op het goederenrecht van de lidstaten. Deze vraag – wat moet in EU-verband worden verstaan onder 'zakelijk recht'? – kan nog steeds spelen, thans onder art. 24 sub 1 Brussel I bis-Vo, alsmede onder art. 5 IVo.¹⁷ Op dit punt is belangrijke rechtspraak van het Hof van Justitie beschikbaar. De lijn van het Hof is hier niet eenduidig. Bij art. 24 sub 1 Brussel I bis-Vo moet worden uitgegaan van een autonome Unierechtelijke interpretatie.¹⁸ Voor het begrip zakelijk recht in art. 5 IVo geldt dat het nationale recht bepalend is.¹⁹

4. Bescherming van derden te goeder trouw

In 1993 was na een jarenlange discussie een Europese richtlijn over restitutie van onrechtmatig naar het buitenland gebrachte kunstschaten tot stand gekomen.²⁰ Die richtlijn had al geïmplementeerd moeten zijn toen De Groot en ik de allerdefinitiefste versie van ons opstel inleverden. Het implementatievoorstel werd enkele dagen later ingediend bij de Tweede Kamer. Zoals bekend, en voorspeld, heeft deze richtlijn invloed op het Nederlandse regime van derdenbescherming en verjaring. Art. 3:86a, 3:87, 3:88 en 3:238 BW zijn ingevoerd dan wel aangepast naar aanleiding van de richtlijn, zodat derdenbescherming niet louter meer een nationale aangelegenheid is. Voor verkrijging door verjaring geldt hetzelfde op grond van art. 3:301a en 3:310b BW.

“De implementatie van de richtlijn bewerkstelligt (...), dat de rechtspositie van degene die in het Europese buitenland gestolen voorwerpen bezit, aanmerkelijk kan afwijken van de rechtspositie indien de desbetreffende voorwerpen uit Nederland of uit een niet tot de Europese Unie behorende staat stammen. Een dergelijk verschil levert een systematische inconsistentie op, die correctie behoeft.”²¹

17 Zie over de interpretatie van het begrip zakelijk recht in de zin van art. 5 IVo onder meer *Asser/Kramer & Verhagen 10-III* 2015/566.

18 HvJ EU 3 april 2014, *NJ* 2015/342 (m.nt. De Boer).

19 HvJ EU 26 oktober 2016, *JOR* 2017/24 (m.nt. Veder).

20 Richtlijn 93/7/EG.

21 *AA* 1994, p. 329.

Onze wens was dat de richtlijn aanleiding zou zijn om het Nederlandse regime meer principieel af te stemmen op het Europese recht en het niet als een *Fremdkörper* te laten irriteren. Die afstemming is er helaas niet gekomen.²² De behandeling van de implementatieregelgeving in de handboeken vindt daarom doorgaans plaats in paragrafen die men zou kunnen labelen als 'bij cultuurgoederen werkt het anders'. Voor het onderwijs is de casuïstiek in de meeste gevallen te specifiek.

5. Ten slotte

Is het Nederlandse goederenrecht aan het EU-niseren? Tot nu toe nauwelijks. De in Boek 7 BW geïmplementeerde richtlijn betreffende financiële-zekerheidsovereenkomsten maakt echter duidelijk dat het EU-recht diep *kan* inwerken op het nationale, Nederlandse goederenrecht. Op grond van de richtlijn was de wetgever gehouden ruimte te maken voor fiduciaire overdrachten, de bevoegdheden van de pandhouder aan te passen en een regeling aangaande zaaksvervangings bij beschikken door een zekerheids-gerechtigde (pandhouder of fiduciair eigenaar) te introduceren. Het was niet de eerste keer dat het EU-recht van zich deed spreken met betrekking tot het nationale goederenrecht. Onder andere ter implementatie van de richtlijn cultuurgoederen en de Insolventieverordening zijn er reeds aanpassingen gedaan van het Nederlandse goederenrecht, zij het dat deze niet ingrijpend te noemen zijn. Te oordelen naar de geluiden in de literatuur is de verwachting nog steeds dat 'ons' goederenrecht in de (nabije) toekomst steeds Europees van aard zal worden.

In een redactioneel in het *NTBR* waarschuwde Fesevur in 2005 voor de gevolgen van de invloed van het Europese recht voor het interne Nederlandse (goederen)recht. Hij schreef:

"Hoewel nieuwe wetgeving (...) in beginsel met een bestaand systeem consistent moet zijn (...) moet (...) bedacht worden dat de wetgever soms in een benarde positie verkeert doordat hij beklemd zit tussen ons nationale systeem en het dictaat vanuit "Europa". In toenemende mate kan hierdoor schending van ons systeem onvermijdelijk worden."²³

22 Zie (met verdere kritische literatuurverwijzingen) A.F. Salomons, in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht II*, Deventer: Kluwer 2014, p. 215.

23 J.E. Fesevur, 'De waarde van een systeem en de noodzaak van handboeken', *NTBR* 2005/49.

Het is erger dan Fesevur vreesde. Het is zo dat schending van ons systeem in toenemende mate onvermijdelijk *zal* worden. Voor een deel zal dat inderdaad het gevolg zijn van invloeden van de EU. Harmonisatie en unificatie op Europees niveau leiden noodzakelijk tot het verlies aan harmonie binnen nationale rechtsstelsels. Overigens past hierbij de relativering dat steeds naarmate een codificatie ouder wordt druk op het door de wetgever ontworpen systeem zal komen te staan. Maatschappelijke ontwikkelingen kunnen ertoe leiden dat regels zullen (moeten) worden aanvaard die niet of nauwelijks te rijmen zijn met het 'originele' systeem. De ontwikkeling van het goederenrecht onder het oude BW biedt daarvan tal van voorbeelden.

Dat neemt niet weg dat de systematische eenheid van recht van belang is. Valt een dergelijke eenheid nu te verwachten van het 'Europese goederenrecht'? Ik denk dat dat niet het geval is. Dat wordt vooral veroorzaakt door het feit dat het vanuit EU-perspectief nauwelijks relevant is tot welk rechtsgebied een bepaald leerstuk naar nationaal recht behoort. Het goederenrecht interesseert het EU-recht als zodanig niet.

EU-recht komt gewoon in kleine brokjes het nationale goederenrecht binnenrollen. In 1994 lagen de kaarten in zekere zin niet heel erg anders dan nu: het was en is te voorzien dat in de nabije toekomst het nationale goederenrecht beïnvloed zal worden door EU-recht.

"Alvorens (...) tot normstelling over te gaan, dient zorgvuldig rechtsvergelijkend onderzoek te worden verricht."²⁴

"Rechtsvergelijkende dissertaties, scripties en andere publicaties over (...) goederenrechtelijke onderwerpen zijn derhalve van groot praktisch belang."²⁵

In Maastricht, maar ook elders, is die handschoen zeker opgepakt. Ik heb zelf een beetje verzaakt de afgelopen jaren. Maar wat zeggen ze ook alweer over oude liefde? Er is nog genoeg te doen.

24 AA 1994, p. 321.

25 AA 1994, p. 330.