Dit artikel uit Vermogensrechtelijke Analyses is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Harmonisatie van het overeenkomstenrecht in Europa en artikel 95 van het EG-Verdrag als rechtsbasis daarvoor

HvJ EG 14 december 2004, C-434/02 (Arnold André) en C-210/03 (Swedish Match)

Artikel 95 EG-Verdrag; Richtlijn 2001/37/EG; harmonisatie van wetgeving

1 Inleiding

De centrale vraag in de twee hier te bespreken arresten van het Hof van Justitie is de geldigheid van artikel 8 van Richtlijn 2001/37.[1] Deze richtlijn heeft de omwerking tot doel van Richtlijn 89/622[2] en Richtlijn 90/239.[3] Met name Richtlijn 89/662 – die overigens in 1992 is gewijzigd door Richtlijn 92/41[4] –, verdient uitdrukkelijke vermelding, omdat daarin in artikel 8 bis het voor de hier te bespreken arresten belangrijke verbod op de verkoop van tabak voor oraal gebruik was neergelegd. Volgens artikel 2 lid 4 van dezelfde richtlijn omvat 'tabak voor oraal gebruik': 'alle producten voor oraal gebruik met uitzondering van producten die bestemd zijn om te worden gerookt of gepruimd, die geheel of gedeeltelijk uit tabak bestaan, in de vorm van poeder, fijne deeltjes of een combinatie van deze vormen – met name die welke in portiezakjes of poreuze builtjes worden aangeboden – of in vormen die eruitzien als levensmiddelen.'
Deze omschrijving alsmede het verbod op verkoop van tabak voor oraal gebruik zijn in de richtlijn van 2001 grotendeels ongewijzigd gebleven. Artikel 8 van Richtlijn 2001/37 bepaalt dat de lidstaten het in de handel

1 Richtlijn 2001/37/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juni 2001 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake de productie, de presentatie en de verkoop van tabaksproducten, PbEG L 194/26 van 18 juli 2001.

2 Richtlijn 89/622/EEG van de Raad van 13 november 1989 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake de etikettering van tabaksproducten, PbEG L 359/1 van 8 december 1989.

3 Richtlijn 90/239/EG van de Raad van 17 mei 1990 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake het maximale teergehalte van sigaretten, PbEG L 137/36 van 30 mei 1990.

4 Richtlijn 92/41/EG van de Raad van 15 mei 1992 tot wijziging van richtlijn 89/622/EEG van de Raad van 13 november 1989 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake de etikettering van tabaksproducten alsmede het verbod van bepaalde tabaksproducten voor oraal gebruik, PbEG L 158/30 van 11 juni 1992.

Dit artikel uit Vermogensrechtelijke Analyses is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

brengen van tabak voor oraal gebruik verbieden, onverminderd artikel 151 van de Toetredingsakte van Oostenrijk, Finland en Zweden tot de Europese Unie.[5] In genoemd artikel van de toetredingsakte is namelijk onder meer bepaald dat tabak voor oraal gebruik in Zweden wel mag worden verhandeld. Artikel 15 van Richtlijn 2001/37 bepaalt verder onder andere dat Richtlijn 89/622 wordt ingetrokken en dat verwijzingen daarnaar gelden als verwijzingen naar Richtlijn 2001/37. Dit artikel verklaart waarom in de hier te bespreken arresten de geldigheid van artikel 8 van Richtlijn 2001/37 centraal staat en niet de geldigheid van artikel 8 bis van Richtlijn 89/662 (zoals gewijzigd in 1992).
Tot slot van deze inleiding zij opgemerkt dat de hier te bespreken arresten van het Hof van Justitie kunnen worden beschouwd als een vervolg op zaak C-491/01, British American Tobacco (Investments) en Imperial Tobacco, waarin het Hof de geldigheid van Richtlijn 2001/37 in het algemeen onderzocht.[6] Uit dat onderzoek bleek destijds niet van feiten of omstandigheden die de geldigheid van de richtlijn aantastten, maar gezien de vraag van de verwijzende rechter in die zaak is het Hof toen niet (specifiek) ingegaan op artikel 8 van de Richtlijn. Ook met zaak C-376/98, Bondsrepubliek Duitsland tegen Europees Parlement en Raad van de Europese Unie (het tabaksreclamearrest), bestaat een zekere samenhang.[7] Die arresten zullen later in deze bespreking nader aan de orde komen (par. 4).

2 Feiten en procesverloop

De feiten die leidden tot de uitspraak inzake zaak C-434/02, Arnold André GmbH & Co. KG tegen Landrat des Kreises Herford,[8] zijn als volgt. Arnold André is een in Duitsland gevestigde vennootschap die naast sigaren en pijptabak ook traditionele Zweedse tabak voor oraal gebruik, 'snus' – fijngemalen of fijngesneden tabak, die los of in portiezakjes wordt verkocht en die dient te worden genoten door deze tussen het tandvlees en de lip te plaatsen –, verkoopt. Bij besluit van 12 september 2002 verbiedt de Landrat des Kreises Herford Arnold André om enkele tabaksproducten ('snus') van importeur Swedish Match in de handel te brengen. Daarnaast wordt Arnold André, op straffe van een dwangsom, gelast om de reeds in de handel gebrachte producten uit de handel te halen. Deze beslissing is in

5 Akte betreffende de toetredingsvoorwaarden voor de Republiek Oostenrijk, de Republiek Finland en het Koninkrijk Zweden en de aanpassing van de verdragen waarop de Europese Unie is gegrond, PbEG C 241/211 van 29 augustus 1994.

6 C-491/01, British American Tobacco (Investments) en Imperial Tobacco, [2002] Jurispr. I-11453.

7 C-376/98, Bondsrepubliek Duitsland tegen Europees Parlement en Raad van de Europese Unie, [2000] Jurispr. I-8419.

8 C-434/02, Arnold André GmbH & Co. KG tegen Landrat des Kreises Herford, ten tijde van het schrijven van deze bijdrage nog niet gepubliceerd in Jurispr.

Dit artikel uit Vermogensrechtelijke Analyses is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

hoofdzaak gebaseerd op § 5 a van de Verordnung über Tabakerzeugnisse (Tabakverordnung), waarmee artikel 8 van Richtlijn 89/622 in Duits recht is omgezet. De Landrat gelast onmiddellijke tenuitvoerlegging van de beslissing. Arnold André tekent op 27 september 2002 bezwaar aan. Op 30 september 2002 verzoekt zij het Verwaltungsgericht Minden om herstel van de opschortende werking van haar bezwaar. Het Verwaltungsgericht vraagt zich onder andere af of artikel 8 van Richtlijn 2001/37, dat is omgezet bij § 5 a van de tabaksverordening, verenigbaar is met enkele regels van Gemeenschapsrecht, in het bijzonder met de artikelen 28, 95 lid 1 en 253 van het EG-Verdrag, alsmede met de beginselen van gelijkheid en evenredigheid. Het Verwaltungsgericht Minden besluit de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof van Justitie een prejudiciële vraag voor te leggen conform de hiervoor geformuleerde bedenkingen.
Gerelateerd aan het bovenstaande zijn de feiten inzake C-210/03, Swedish Match AB en Swedish Match AB UK Ltd tegen Secretary of State for Health.[9] Swedish Match, een Zweedse fabrikant en verkoper van tabaksproducten (die hiervoor ook al kort ter sprake kwam), wil in het Verenigd Koninkrijk 'snus' op de markt brengen. Op grond van de Tobacco for Oral Use (Safety) Regulations 1992, waarmee Richtlijn 89/622 in het Engels recht werd omgezet, is dit echter niet toegestaan. Op 18 maart 2002 zet Swedish Match in een aan het Britse ministerie van Volksgezondheid geadresseerde brief uiteen waarom zij van mening is dat het in de Regulations van 1992 vervatte verbod om tabaksproducten voor oraal gebruik in de handel te brengen, onrechtmatig is. In zijn antwoord van 24 april 2002 merkt het Britse ministerie op het verbod rechtmatig te achten. Op 8 mei 2002 stelt Swedish Match een beroep tot rechterlijke toetsing ('judicial review') in bij de Queen's Bench Division van de High Court, waarbij zij aanvoert dat het verbod verschillende bepalingen van Europees Gemeenschapsrecht schendt. De Queen's Bench Division besluit de zaak te schorsen en formuleert vervolgens een aantal prejudiciële vragen. In de kern komen de prejudiciële vragen erop neer of artikel 8 van Richtlijn 2001/37 geheel of gedeeltelijk ongeldig is wegens schending van bepalingen van het EG Verdrag (waaronder de artikelen 28, 29, 95 en 253) of van algemene beginselen van Gemeenschapsrecht (evenredigheids- en non-discriminatiebeginsel), dan wel wegens misbruik van bevoegdheid. Daarmee – dat zal de oplettende lezer niet zijn ontgaan – zijn de bedenkingen van het verwijzende rechtscollege in Swedish Match praktisch identiek aan die van het Duitse Verwaltungsgericht in de zaak Arnold André.

3 Het Hof van Justitie

9 C-210/03, Swedish Match AB en Swedish Match AB UK Ltd tegen Secretary of State for Health, ten tijde van het schrijven van deze bijdrage nog niet gepubliceerd in Jurispr.

Dit artikel uit Vermogensrechtelijke Analyses is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

3.1 De rechtsbasis van Richtlijn 2001/37

Het Hof van Justitie onderzoekt in beide zaken in de eerste plaats de rechtsbasis van Richtlijn 2001/37, waarbij zij opgemerkt dat de richtlijn destijds is vastgesteld op grond van de artikelen 95 en 133 van het EG-Verdrag. Het Hof overweegt dat artikel 95 lid 1 van het EG-Verdrag bepaalt dat de Raad de maatregelen vaststelt inzake de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten die de instelling en de werking van de interne markt betreffen en dat in dit verband, ofschoon de loutere vaststelling van verschillen tussen nationale regelingen niet volstaat om een beroep op artikel 95 van het EG-Verdrag te rechtvaardigen, dit anders is in geval van verschillen tussen de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten die de fundamentele vrijheden belemmeren en daarmee de werking van de interne markt rechtstreeks beïnvloeden. Uit zijn rechtspraak, zo vervolgt het rechtscollege, is eveneens af te leiden dat artikel 95 van het EG-Verdrag weliswaar als rechtsgrondslag kan worden gebruikt ter voorkoming van toekomstige belemmeringen van het handelsverkeer ten gevolge van een heterogene ontwikkeling van de nationale wetgevingen, maar dat het ontstaan van die belemmeringen waarschijnlijk moet zijn en de betrokken maatregel ertoe moet strekken die belemmeringen te voorkomen. Voorts heeft hij in zaak C-491/01 geoordeeld dat wanneer is voldaan aan de voorwaarden waaronder artikel 95 van het EG-Verdrag als rechtsgrondslag kan worden gebruikt, het feit dat bij de te maken keuzen de bescherming van de volksgezondheid doorslaggevend is, voor de gemeenschapswetgever geen beletsel kan vormen om dit artikel als rechtsgrondslag te nemen.

In het licht van het voorgaande moet worden nagegaan of in het geval van artikel 8 van Richtlijn 2001/37 is voldaan aan de voorwaarden waaronder artikel 95 van het EG-Verdrag als rechtsgrondslag kan dienen. Het staat, volgens het Hof van Justitie, vast dat ten aanzien van tabaksproducten voor oraal gebruik op het moment van vaststelling van de richtlijn de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten uiteenliepen: twee lidstaten hadden de verhandeling van de betrokken producten immers al verboden en een derde lidstaat had bepalingen vastgesteld die, ofschoon zij nog niet van kracht waren geworden, hetzelfde voorwerp hadden. Aangezien de markt voor tabaksproducten een markt is waarop het handelsverkeer tussen de lidstaten vrij omvangrijk is,[10] droegen deze verboden bij tot een heterogene ontwikkeling van deze markt en belemmerden zij dus het vrije

10 Het Hof verwijst hierbij naar de Conclusie van de advocaat-generaal in zaak C-491/01, o.c., met name par. 61.

Dit artikel uit Vermogensrechtelijke Analyses is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

verkeer van goederen. Gelet bovendien op de toenemende bewustwording van het publiek dat het gebruik van tabaksproducten schadelijk is voor de gezondheid, zou het vrije verkeer van die producten waarschijnlijk zijn belemmerd doordat de lidstaten nieuwe voorschriften die deze evolutie weerspiegelden zouden hebben vastgesteld, om het verbruik van die producten op doeltreffender wijze in te dammen. Tussenkomst van de gemeenschapswetgever op grond van artikel 95 van het EG-Verdrag was derhalve gerechtvaardigd met betrekking tot tabaksproducten voor oraal gebruik. Uit het voorgaande volgt dat het verbod van artikel 8 van Richtlijn 2001/37 kon worden vastgesteld op basis van artikel 95 van het EG-Verdrag.
Aangaande de vraag of het beroep op artikel 133 van het EG-Verdrag als tweede rechtsgrondslag noodzakelijk of mogelijk was, overweegt het Hof, dat kan worden volstaan met eraan te herinneren dat hij in zaak C-491/01 heeft geoordeeld dat artikel 95 van het EG-Verdrag de enige geschikte rechtsgrondslag van Richtlijn 2001/37 vormde en dat deze ten onrechte tevens artikel 133 van het EG-Verdrag vermeldde. Dat artikel 133 van het EG-Verdrag ten onrechte als tweede rechtsgrondslag van deze richtlijn wordt vermeld, brengt vervolgens op zich echter niet mee dat de richtlijn ongeldig is; een dergelijke vergissing vormt immers slechts een zuiver formeel gebrek, behalve wanneer daardoor de regelmatigheid van de voor de vaststelling van die handeling toepasselijke procedure is aangetast. Daarnaast is in zaak C-491/01 geoordeeld dat het beroep op de dubbele rechtsgrondslag van de artikelen 95 en 133 van het EG-Verdrag de regelmatigheid van de procedure tot vaststelling van de richtlijn niet heeft aangetast en dat de richtlijn niet op die grond ongeldig is. Het Hof van Justitie concludeert dan ook dat artikel 8 van Richtlijn 2001/37 niet ongeldig is wegens het ontbreken van een geschikte rechtsgrondslag.

3.2 Artikel 95 lid 3 van het EG-Verdrag en het evenredigheidsbeginsel

Arnold André en Swedish Match stelden in dit verband in wezen dat, gelet op de wetenschappelijke gegevens waarover de gemeenschapswetgever in 2001 beschikte, de handhaving van het verbod voor tabaksproducten voor oraal gebruik niet in verhouding stond tot het nagestreefde doel (schending van het evenredigheidsbeginsel) en geen rekening hield met de ontwikkeling van die wetenschappelijke gegevens (schending van artikel 95 lid 3 van het EG-Verdrag).
Het Hof stelt vast dat hoewel sommige deskundigen al in 1999 de bewering in twijfel hebben getrokken dat, zoals het in de zestiende overweging van Richtlijn 92/41 heet, 'deze nieuwe producten met name mondkanker veroorzaken', op dit punt bij de vaststelling van Richtlijn 2001/37 nog niet

Dit artikel uit Vermogensrechtelijke Analyses is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

iedere twijfel was weggenomen. Bovendien bevatten tabaksproducten voor oraal gebruik nicotine, die verslavend werkt en waarvan de giftigheid onomstreden is. Ten slotte was bij de vaststelling van Richtlijn 2001/37 niet aangetoond dat de schadelijke effecten van tabaksproducten voor oraal gebruik geringer waren dan die van andere tabaksproducten. Uit het voorgaande moet volgens het Hof dan ook worden afgeleid dat de wetenschappelijke gegevens waarover de gemeenschapswetgever in 2001 heeft kunnen beschikken niet de conclusie wettigden dat het gebruik van de betrokken producten niet schadelijk voor de volksgezondheid was.
Met betrekking tot het evenredigheidsbeginsel overweegt het Hof van Justitie dat het beginsel vereist dat de middelen waarmee een communautaire bepaling het gestelde doel beoogt te bereiken, passend zijn en niet verder gaan dan daarvoor noodzakelijk is. Wat het rechterlijk toezicht betreft, beschikt de gemeenschapswetgever op een gebied als het thans aan de orde zijnde over een ruime discretionaire bevoegdheid, waarin van hem politieke, economische en sociale keuzes worden verlangd en waarin hij ingewikkelde beoordelingen moet maken. Een op dit gebied vastgestelde maatregel is slechts onrechtmatig wanneer zij kennelijk ongeschikt is ter bereiking van het door de bevoegde instellingen nagestreefde doel. Om te voldoen aan de overeenkomstig artikel 95 lid 3 van het EG-Verdrag op hem rustende verplichting om uit te gaan van een hoog niveau van bescherming van de volksgezondheid, kon de gemeenschapswetgever derhalve oordelen dat een verhandelingsverbod voor tabaksproducten voor oraal gebruik noodzakelijk was en dat er geen alternatieve maatregel bestond waarmee dit doel op even doeltreffende wijze kon worden bereikt.

3.3 Artikelen 28 en 29 van het EG-Verdrag

Volgens vaste rechtspraak geldt het in de artikelen 28 en 29 van het EG-Verdrag gestelde verbod van kwantitatieve beperkingen en maatregelen van gelijke werking niet enkel voor nationale maatregelen, maar evenzeer voor maatregelen die van de gemeenschapsinstellingen uitgaan. Volgens artikel 30 van het EG-Verdrag, zo vervolgt het Hof, vormen de bepalingen van de artikelen 28 en 29 van het EG-Verdrag echter geen beletsel voor verboden of beperkingen van invoer, uitvoer of doorvoer, welke gerechtvaardigd zijn uit hoofde van onder meer de bescherming van de gezondheid en het leven van personen. Het in artikel 8 van Richtlijn 2001/37 opgenomen verbod vormt een beperking in de zin van de artikelen 28 en 29 van het EG-Verdrag, maar vindt rechtvaardiging in de bescherming van de gezondheid van personen. Het verbod kan daarom niet worden geacht te zijn ingevoerd in strijd met de artikelen 28 en 29 van het EG-Verdrag.

Dit artikel uit Vermogensrechtelijke Analyses is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

3.4 Artikel 253 van het EG-Verdrag

Vooraf zij opgemerkt dat het verbod op tabak voor oraal gebruik, zoals ook in de inleiding van deze bijdrage ter sprake kwam, is ingesteld bij Richtlijn 89/662 (zoals gewijzigd in 1992). Het verbod was onder meer gebaseerd op de overweging dat het producten betrof die op de communautaire markt nog niet bekend waren en voor jongeren aantrekkelijk konden zijn. Dat was (destijds) een voldoende motivering voor het verbod. Toen het verbod echter in Richtlijn 2001/37 werd bevestigd, is geen inhoudelijke motivering gegeven; de considerans verwijst eenvoudig naar het ingevolge de richtlijn van 1989 (zoals in 1992 gewijzigd) bestaande verbod. De vraag is of hiermee voldaan is aan de in artikel 253 van het EG-Verdrag vervatte motiveringsplicht.[11]
Het Hof van Justitie roept in herinnering dat de door artikel 253 van het EG-Verdrag vereiste motivering weliswaar met zich brengt dat de redenering van de gemeenschapsinstelling die de betrokken handeling heeft verricht, duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking moet komen, maar dat het niet noodzakelijk is dat alle relevante gegevens (feitelijk of rechtens) erin worden gespecificeerd. Bovendien moet worden vastgesteld dat het in artikel 8 van Richtlijn 2001/37 opgenomen verbod enkel de in 1992 vastgestelde identieke maatregel bevestigt. Daarmee voldoet artikel 8 van Richtlijn 2001/37 aan de motiveringsverplichting van artikel 253 EG.

3.5 Het non-discriminatiebeginsel

Volgens vaste rechtspraak vereist het beginsel van gelijke behandeling dat, behoudens objectieve rechtvaardiging, vergelijkbare situaties niet verschillend en verschillende situaties niet gelijk worden behandeld. Hoewel tabaksproducten voor oraal gebruik zoals gedefinieerd in artikel 2 van Richtlijn 2001/37 wat betreft samenstelling of zelfs bestemming niet wezenlijk verschillen van bijvoorbeeld tabaksproducten die moeten worden gekauwd, zo overweegt het Hof, bevonden zij zich niet in dezelfde situatie als deze laatste. De tabaksproducten voor oraal gebruik die vallen onder het verbod van artikel 8 bis van Richtlijn 89/622, dat is overgenomen in artikel 8 van Richtlijn 2001/37, waren immers nieuw op de markt van de met deze maatregel beoogde lidstaten. Gezien deze bijzondere situ-

11 Advocaat-generaal Geelhoed concludeerde in ieder geval dat het ontbreken van enige motivering, gezien de gewijzigde context (het Gemeenschapsbeleid inzake tabaksproducten lijkt te zijn gewijzigd en Zweden is tot de Europese Unie toegetreden), moet worden beschouwd als een schending van een wezenlijk vormvereiste, die leidt tot de ongeldigheid van artikel 8 van Richtlijn 2001/37 (Conclusie van de advocaat-generaal in zaken C-434/02, o.c. en C-210/03, o.c.).

Dit artikel uit Vermogensrechtelijke Analyses is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

atie, op grond waarvan een verschil in behandeling derhalve was toegestaan, kan geen beroep worden gedaan op schending van het non-discriminatiebeginsel.

3.6 Misbruik van bevoegdheid

Er is slechts sprake van misbruik van bevoegdheid wanneer op grond van objectieve, relevante en overeenstemmende aanwijzingen blijkt dat een handeling uitsluitend of althans overwegend is vastgesteld om andere dan de opgegeven doelen te bereiken, dan wel om te ontkomen aan de toepassing van een procedure die het EG-Verdrag speciaal heeft voorzien om aan de omstandigheden van het geval het hoofd te bieden. Daarnaast overweegt het Hof dat, wanneer is voldaan aan de voorwaarden waaronder artikel 95 lid 1 van het EG-Verdrag als rechtsgrondslag kan worden gebruikt, het feit dat bij de te maken keuzen de bescherming van de volksgezondheid doorslaggevend is, voor de gemeenschapswetgever geen beletsel kan vormen om zich van deze rechtsgrondslag te bedienen. In het geval van artikel 8 van Richtlijn 2001/37 waren de voorwaarden voor een beroep op artikel 95 van het EG-Verdrag vervuld en is geenszins aangetoond dat het artikel uitsluitend dan wel voornamelijk is vastgesteld ter bereiking van een ander doel dan het opheffen van de handelsbelemmeringen in verband met de heterogene ontwikkeling van de nationale wetgevingen op het gebied van tabaksproducten voor oraal gebruik. Uit het voorgaande volgt dan ook dat artikel 8 van Richtlijn 2001/37 niet ongeldig is wegens misbruik van bevoegdheid.

4 Verhouding tot het tabaksreclame- en het British American Tobacco (Investments) en Imperial Tobacco-arrest

In zaak C-376/98, het tabaksreclamearrest, vocht Duitsland de geldigheid van Richtlijn 98/43 inzake de reclame en sponsoring voor tabaksproducten aan.[12] De richtlijn was vastgesteld op grond van artikel 57 lid 2 (thans artikel 47 lid 2), artikel 66 (thans artikel 55) en artikel 100 A (thans artikel 95) van het EG-Verdrag en Duitsland stelde met name dat (huidig) artikel 95

12 Richtlijn 98/43 van het Europees Parlement en de Raad van 6 juli 1998 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten op het gebied van reclame en sponsoring voor tabaksproducten, PbEG L 213/9 van 30 juli 1998.

13 Verzoekster baseerde zich daarbij op de kenmerken van de markt van reclame voor tabaksproducten en op een analyse van artikel 95 van het EG-Verdrag (zie zaak C-376/98, o.c., met name par. 12 e.v.).

Dit artikel uit Vermogensrechtelijke Analyses is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

van het EG-Verdrag geen juiste rechtsgrondslag voor de richtlijn vormde.[13] Het Hof van Justitie stemde hiermee destijds in en vernietigde Richtlijn 98/43 in haar geheel.[14]

Interessant in het kader van deze bijdrage zijn de overwegingen van het Hof in de paragrafen 83, 84 en 86 van het tabaksreclamearrest. In paragraaf 83 verklaart het Hof dat artikel 95 van het EG-Verdrag de gemeenschapswetgever geen algemene bevoegdheid verleent om de interne markt te reglementeren. Een algemene bevoegdheid zou niet alleen ingaan tegen de tekst van artikel 95 van het EG-Verdrag zelf, maar ook onverenigbaar zijn met het beginsel (van bijzondere bevoegdheden) neergelegd in artikel 5 eerste alinea van het EG-Verdrag. Een op basis van artikel 95 van het EG-Verdrag genomen maatregel moet werkelijk bestemd zijn, of metterdaad ten doel hebben om de voorwaarden voor de instelling en de werking van de interne markt te verbeteren (par. 84). Volgens het Hof moet de maatregel ertoe bijdragen dat de belemmeringen van het vrije verkeer van goederen en van de vrijheid van dienstverrichting worden weggenomen en de mededingingsverstoringen worden opgeheven (par. 84). De loutere vaststelling van verschillen tussen nationale regelingen en van het abstracte risico van daaruit voortvloeiende belemmeringen van de fundamentele vrijheden of mededingingsverstoringen volstaat niet om de keuze van artikel 95 van het EG-Verdrag als rechtsgrondslag te rechtvaardigen (par. 84). Tevens kan artikel 95 van het EG-Verdrag weliswaar als rechtsgrondslag worden gebruikt ter voorkoming van toekomstige belemmeringen van het handelsverkeer die het gevolg zouden zijn van een heterogene ontwikkeling van de nationale wetgevingen, maar het ontstaan van die belemmeringen moet waarschijnlijk zijn en de betrokken maatregel moet ertoe strekken die belemmeringen te voorkomen (par. 86).

Uit bovenstaande redenering volgt in wezen dat er twee vereisten gelden wil de gemeenschapswetgever artikel 95 van het EG-Verdrag (succesvol) kunnen inroepen: 1) er moet sprake zijn van belemmeringen (of althans ernstig dreigende belemmeringen) van het vrije verkeer en 2) de communautaire maatregel moet bijdragen tot het wegnemen van deze belemmeringen.

Het Hof van Justitie bevestigde deze redenering in zaak C-491/01 – waarnaar reeds in de inleiding van deze bijdrage verwezen werd. Aangezien het Hof in dat arrest echter – net zoals in de arresten inzake Arnold André

14 Inmiddels is overigens een nieuwe richtlijn aangenomen: Richtlijn 2003/33 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake de reclame en sponsoring voor tabaksproducten, PbEG L 152/16 van 20 juni 2003.

Dit artikel uit Vermogensrechtelijke Analyses is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

en Swedish Match, maar anders dan in het tabaksreclamearrest – tot de conclusie kwam dat aan de zojuist genoemde vereisten voldaan was, dienде hij ook aandacht te besteden aan de overige prejudiciële vragen (in het tabaksreclamearrest had Duitsland overigens tot staving van het beroep zeven middelen aangevoerd die grotendeels overeenkomen met de door de verwijzende rechters in British American Tobacco (Investments) en Imperial Tobacco, Arnold André en Swedish Match gestelde prejudiciële vragen).

Staat vast dat voldaan is aan de beide vereisten ten aanzien van artikel 95 van het EG-Verdrag, dan betekent dit dat de gemeenschapswetgever – op een gebied als het in het arrest aan de orde zijnde – in beginsel over een ruime discretionaire bevoegdheid beschikt (zaak C-491/01, par. 123). Die bevoegdheid is evenwel niet onbeperkt. In de eerste plaats moet het evenredigheidsbeginsel worden geëerbiedigd. Volgens artikel 5 derde alinea van het EG-Verdrag mag het optreden van de Gemeenschap niet verder gaan dan gezien de nagestreefde doelstellingen nodig is. Vastgesteld moet derhalve worden of de maatregel passend is voor het nagestreefde doel en of hetzelfde resultaat niet kon worden bereikt door minder vergaande maatregelen, waarbij zij opgemerkt dat, gelet op de ruime discretionaire bevoegdheid in dit verband, de maatregel slechts onrechtmatig is, wanneer hij kennelijk ongeschikt is ter bereiking van het door de bevoegde instelling nagestreefde doel (ibid., par. 123). In de tweede plaats verlangen de artikelen 95 lid 3 en 152 lid 1 van het EG-Verdrag een hoog niveau van bescherming van de volksgezondheid bij de bepaling van elk beleid van de Gemeenschap (ibid., par. 124). En in de derde plaats moet de gemeenschapswetgever nog andere rechtsbeginselen eerbiedigen die in de rechtspraak van het Hof zijn ontwikkeld of in het Verdrag worden genoemd, zoals het subsidiariteitsbeginsel (ibid., par. 177 e.v.) en de motiveringsplicht (ibid., par. 165 e.v.).

Het Hof van Justitie (her)bevestigt – zoals ook uit de bespreking hiervoor van de arresten valt af te leiden – zijn bevindingen in de zaken Arnold André en Swedish Match,[15] zodat met vrij grote zekerheid kan worden gesteld dat het EG-recht op dit punt uitgekristalliseerd is. Op basis van de arresten van 14 december jongstleden, in combinatie met de reeds eerder gewezen arresten, is dan ook vrij goed[16] vast te stellen onder welke voor-

15 Met betrekking tot het eerste vereiste hanteert het Hof van Justitie in Arnold André en Swedish Match, zoals ook bij de bespreking van die arresten aan de orde kwam, een iets afwijkende terminologie: er moet sprake zijn van '[...] verschillen tussen de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten die de fundamentele vrijheden belemmeren en daarmee de werking van de interne markt rechtstreeks beïnvloeden [...]' (zaken C-434/02, o.c., par. 30 en C-210/03, o.c., par. 29).

16 De vereisten, zoals hiervoor besproken, hebben wel een enigszins 'open' karakter.

Dit artikel uit Vermogensrechtelijke Analyses is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

waarden de gemeenschapswetgever artikel 95 van het EG-Verdrag (succesvol) kan inroepen. Daarin schuilt mijns inziens met name het belang van de zaken Arnold André en Swedish Match; te meer daar het Hof van Justitie in die arresten in grote zitting bijeenkwam.[17]
In paragraaf 6 zal ik nagaan of artikel 95 van het EG-Verdrag, (mede) op basis van de hierboven besproken vereisten en in het licht van zo dadelijk te bespreken (recente) beleidsvoornemens van de Europese Commissie (par. 5), een geschikte rechtsbasis vormt voor verdere eenmaking van het overeenkomstenrecht in Europa. Aansluitend zal ik, in paragraaf 7, kort aandacht besteden aan mogelijke andere bepalingen van het EG-Verdrag die als rechtsbasis zouden kunnen dienen bij verdere eenmaking van het contractenrecht.

5 Recente beleidsvoornemens van de Europese Commissie op het terrein van het overeenkomstenrecht

De bemoeienis van de instituties van de Europese Unie, waaronder begrepen de Europese Commissie, met het overeenkomstenrecht was tot voor kort beperkt.[18] Dat is te verklaren doordat de Europese Unie nu eenmaal, op grond van het in artikel 5 alinea 1 van het EG-Verdrag neergelegde beginsel van bijzondere bevoegdheden,[19] alleen kan optreden waar daartoe een specifieke beslissingsbevoegdheid (competentie) is toegekend en die beslissingsbevoegdheden op het terrein van het privaatrecht in het algemeen en het overeenkomstenrecht in het bijzonder in beginsel vrij beperkt zijn. Optreden van de Europese Unie op vermogensrechtelijk terrein is, op grond van in het EG-Verdrag neergelegde competenties, eigenlijk enkel mogelijk indien het optreden: a) de werking van de interne markt bevordert of b) de consumentenbescherming versterkt (inmiddels artikel 153 van het EG-Verdrag). Met name op basis van het eerste motief, uitgewerkt in artikel 95 van het EG-Verdrag (al dan niet in combinatie met andere motieven), zijn vrijwel alle Europese richtlijnen op het terrein van

17 Het Hof kan in voltallige zitting, in grote kamer (dertien rechters) of in kamers van vijf of drie rechters bijeenkomen. Het zit in grote kamer wanneer daarom wordt verzocht door een lidstaat of een instelling die partij is in de zaak en wanneer het om bijzonder ingewikkelde of belangrijke zaken gaat <http://curia.eu.int/nl/instit/presentationfr/index_cje.htm>.

18 De eerste richtlijnen op het terrein van het overeenkomstenrecht dateren uit de jaren tachtig.

19 Zie daarover uitgebreider Kapteyn / VerLoren van Themaat, Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen, zesde druk bewerkt door P. Kapteyn e.a. (red.), Deventer, 2003, p. 183-184.

Dit artikel uit Vermogensrechtelijke Analyses is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

het contractenrecht gegrond.[20] De motivering is daarbij doorgaans dezelfde: het bestaan van verschillen tussen nationale wetgeving (waaronder die op het terrein van de consumentenbescherming) leidt tot verstoring van de concurrentie en vereist daarom harmonisatie.[21]
Er kleven verschillende bezwaren aan dit motief voor harmonisatie.[22] Het belangrijkste bezwaar is dat zij leidt tot een fragmentarische eenwording. Anders dan in de klassieke codificaties, waarin het gehele contractenrecht wordt bestreken, geschiedt de Europese harmonisatie op dit moment vanuit specifieke thema's. Anders gezegd: het contractenrecht wordt slechts ten aanzien van specifieke onderdelen geharmoniseerd, namelijk die onderdelen die op een gegeven moment tot gevolg hebben dat de concurrentie wordt verstoord. Dat is harmonisatie van geval tot geval. Het gevolg hiervan is dat de huidige Europese richtlijnen slechts deelgebieden bestrijken en soms maar weinig samenhangen. Tel hierbij ook nog de ongewenste consequenties van *minimumharmonisatie* (alle vastgestelde richtlijnen op het vlak van de consumentenbescherming – en op het terrein van het contractenrecht zijn dat verreweg de meeste – laten de lidstaten de vrijheid om meer bescherming te bieden aan de consument) op en het wordt duidelijk dat niet alleen fragmentatie optreedt, maar dat ook van de doelstelling van de richtlijnen – het bevorderen van de werking van de interne markt – vaak weinig terechtkomt.
Deze (en andere) bezwaren roepen de vraag op of een nieuwe vormgeving van het Europees contractenrecht nodig is. In dat kader publiceerde de Europese Commissie in juli 2001 een document over de toekomst van het contractenrecht in Europa.[23] De bedoeling van deze 'Mededeling over Europees verbintenissenrecht' was om reacties uit te lokken van overhe-

20 Dat zijn er inmiddels ongeveer tien (de meeste opgenomen in S. van Erp & J. Smits (red.), Bronnen Europees privaatrecht, Den Haag 2001). Vergelijk eveneens bijlage 1 van de Mededeling over Europees verbintenissenrecht (Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over Europees verbintenissenrecht van 11 juli 2001, COM(2001) 398 definitief).

21 Het motief vindt men al in de Richtlijn misleidende reclame (Richtlijn 1984/450 van de Raad van 10 september 1984 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid-Staten inzake misleidende reclame, PbEG L 250/17 van 19 september 1984) en, via vrijwel alle andere richtlijnen, nog steeds in de (recente) Richtlijn inzake verkoop op afstand van financiële diensten (Richtlijn 2002/65 van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 betreffende de verkoop op afstand van financiele diensten aan consumenten en tot wijziging van de Richtlijnen 90/619/EEG, 97/7/EG, 98/27/EG van de Raad, PbEG L 271/16 van 23 september 2002).

22 Zie uitgebreider J. Smits, N. Kornet & R. Hardy, Naar een Gemeenschappelijk Referentiekader voor het Europees contractenrecht, WPNR 6603 (2004), p. 1001 e.v.

23 Mededeling 2001, o.c. Zie daarover S. Grundmann en J. Stuyck (red.), An Academic Green Paper on European Contract Law, Den Haag, 2002; J. de Mot & G. de Geest, De toekomst van het Europees Privaatrecht na het Groenboek, NJB, p. 884 e.v. en J. Smits & R. Hardy, De toekomst van het Europees contractenrecht, WPNR 6513 (2002), p. 827 e.v.

Dit artikel uit Vermogensrechtelijke Analyses is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

den, het bedrijfsleven en andere belanghebbenden over hoe het contractenrecht in Europa er in de toekomst uit zou moeten zien. De Commissie was met name geïnteresseerd in twee vragen: leiden de bestaande verschillen in het contractenrecht van de lidstaten tot problemen en hoe kan een eventueel toekomstig Europees contractenrecht het beste worden vormgegeven? Met betrekking tot de tweede vraag presenteerde de Commissie vier scenario's (opties) voor een toekomstig Europees beleid op het terrein van het contractenrecht: niet optreden (optie I), het bevorderen van de ontwikkeling van gemeenschappelijke (niet-bindende) beginselen van contractenrecht (optie II), het verbeteren van de kwaliteit van de bestaande wetgeving (optie III) en het goedkeuren van 'alomvattende wetgeving op het niveau van de Gemeenschap' (optie IV). Uit de meer dan 180 reacties bleek dat een meerderheid van de respondenten voorstander was van opties II en III, maar daarentegen niet te spreken was over optie IV.[24]

In februari 2003 verscheen het lang verwachte vervolg op de Mededeling over Europees contractenrecht.[25] Mede op basis van de reacties van respondenten op laatstgenoemde mededeling publiceerde de Europese Commissie een zogenoemd actieplan onder de titel 'Een coherenter Europees verbintenissenrecht'. Dat actieplan is belangrijk omdat het aangeeft wat de Europese Commissie de komende jaren op het terrein van het contractenrecht wil bewerkstelligen. In het actieplan zet de Europese Commissie in op drie maatregelen om de deels hiervoor aan de orde gekomen bezwaren te verhelpen. De belangrijkste is het verbeteren van het huidige en toekomstige acquis communautaire. De wijze waarop de Commissie dit wil aanpakken, is door het vervaardigen van een 'Gemeenschappelijk Referentiekader', waarbij gemeenschappelijke termen en beginselen worden geformuleerd (GRK). Daarnaast zal het gebruik van in de hele Europese Unie toepasselijke standaardvoorwaarden worden bevorderd. Daartoe zal een website worden ingericht, waar bedrijven en anderen informatie over de bestaande initiatieven om tot grensoverschrijdende algemene voorwaarden te komen, kunnen publiceren. Op die website worden ook de juridische beperkingen bij het opstellen van algemene voorwaarden (zoals voortvloeiend uit de Europese richtlijnen en het Europees mededingingsrecht) gepubliceerd. Ten slotte wil de Commissie

24 Een samenvatting van de reacties is als bijlage toegevoegd aan het actieplan; zie Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad betreffende een coherenter Europees verbintenissenrecht: een actieplan van 12 februari 2003, COM(2003) 68 definitief, p. 30 e.v.

25 Mededeling 2003, o.c. Zie daarover M. Hesselink, Naar een coherenter Europees contractenrecht?, NJB 2003, p. 2086 e.v.; L. Keus, De Europeanisering van het vermogensrecht, in het bijzonder van het contractenrecht, in: G. Corstens e.a. (red.), Europeanisering van het Nederlands recht (W.E. Haak-bundel), Deventer, 2004, p. 194 e.v. en J. Smits & R. Hardy, Het actieplan voor een coherenter Europees contractenrecht: een bespreking, WPNR 6532 (2003), p. 385 e.v.

Dit artikel uit Vermogensrechtelijke Analyses is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

– in weerwil van een meerderheid van de respondenten – verder nadenken over (de noodzaak en wenselijkheid van) niet-sectorspecifieke (lees: alomvattende) maatregelen op het gebied van het Europees contractenrecht, zoals bijvoorbeeld een optioneel instrument (een Europees contractenwetboek in enigerlei vorm). Aan deze maatregelen wordt (grotendeels) vastgehouden in de (recente) Mededeling over Europees contractenrecht van 11 oktober 2004.[26]

6 Artikel 95 van het EG-Verdrag als rechtsbasis voor verdere harmonisatie van het overeenkomstenrecht in Europa?

Interessant is nu om na te gaan of de Europese Commissie zijn beleidsvoornemens kan baseren op artikel 95 van het EG-Verdrag.[27]
Het vervaardigen van het GRK en het bevorderen van in de hele Europese Unie toepasselijke standaardvoorwaarden zal naar mijn mening in beginsel, wat betreft rechtsbasisvereiste, op relatief weinig problemen stuiten: beide maatregelen zullen namelijk naar alle waarschijnlijkheid een niet-bindend karakter hebben en de subjecten van de Gemeenschappen op geen enkele wijze rechtens binden.[28] Het is echter voorstelbaar dat de Europese Commissie te zijner tijd op basis van (het onderzoek in het kader van) het niet-bindende GRK tot de conclusie komt, dat het acquis op het terrein van het contractenrecht enkel daadwerkelijk kan worden verbeterd en vereenvoudigd door de reeds uitgevaardigde richtlijnen te bundelen tot één overkoepelend instrument.[29] Dat instrument zal dan vermoedelijk uitgaan van minimum- of maximumharmonisatie of misschien zelfs van eenmaking van het recht middels een verordening, in de vorm van een kaderrichtlijn of een verordening worden gegoten en met name uit (dwingendrechtelijke) de consument beschermende regels bestaan op specifieke deelterreinen die nu reeds door de verschillende richtlijnen worden bestreken. De vraag naar een rechtsbasis doet zich hier wel voor.

26 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad betreffende Europees verbintenissenrecht en de herziening van het acquis: verdere maatregelen van 11 oktober 2004, COM(2004) 651 definitief. Zie daarover Smits, Kornet & Hardy, Naar een Gemeenschappelijk Referentiekader voor het Europees contractenrecht.

27 Daarbij verdient meer in het algemeen overigens opmerking dat de Europese Commissie – mijn inziens onterecht – nauwelijks aandacht besteedt aan de vraag of het EG-Verdrag, al dan niet op grond van art. 95, een rechtsbasis biedt voor zijn (eventuele) toekomstig optreden. De hiervoor door de Europese Commissie opgegeven redenen (waarover D. Staudenmayer, The Commission Communication on European Contract Law. What Future for European Contract Law?, European Review of Private Law 2002, p. 260), overtuigen mij niet.

28 Vergelijk Mededeling 2004, o.c., p. 6 en 8.

29 Vergelijk ook W. van Gerven, Codifying European Private Law? Yes, if, European Law Review 2002, p. 166-167.

Dit artikel uit Vermogensrechtelijke Analyses is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Het lijkt mij dat het bundelen van de bestaande richtlijnen tot een consistente kaderrichtlijn die uitgaat van minimumharmonisatie gebaseerd kan worden op artikel 95 van het EG-Verdrag. De bestaande richtlijnen zijn immers, zoals ook hiervoor aan de orde kwam, (met name) vastgesteld op basis van dat artikel en ik zie dan ook geen reden om aan te nemen dat het niet mogelijk zou zijn om de kwaliteit en consistentie van de reeds bestaande richtlijnen te verbeteren. Het voorgaande zou slechts anders zijn indien een (of meer) van de reeds bestaande richtlijnen op het terrein van het overeenkomstenrecht, naar analogie van het tabaksreclamearrest, in de toekomst vernietigd zou worden vanwege een ongeldige rechtsgrondslag. Dat is echter niet voor de hand liggend. Lastiger is de vraag of de bestaande richtlijnen zouden kunnen worden omgevormd tot een kaderrichtlijn die uitgaat van maximumharmonisatie of tot een verordening. Van Gerven is van mening dat artikel 95 van het EG-Verdrag als zodanig in dit kader in ieder geval geen machtiging verleent tot het vaststellen van een verordening:

> 'From a viewpoint of legal basis (and limiting myself to consumer contracts) it is arguable, but not certain, that specific consumer legislation encompassing all existing Community instruments [lees: een kaderrichtlijn, RRRH] or, alternatively, all those instruments as well as implementing national rules [lees: een verordening, RRRH], can be based on Article 153 E.C. in combination with Article 95 E.C. to which it refers. To accept that argumentation, Article 153 on consumer protection must, unlike Article 152 on public health, be acknowledged, as I am prepared to do, to offer an autonomous legal basis for harmonisation measures (rather than a supportive legal basis merely, "complementing national policies", as in Article 152) which as such would not be affected by the narrow interpretation of Article 95 E.C. set forth in the Tobacco judgment. If no autonomous legal basis is to be found in Article 153 E.C., then the extensive limb of the alternative [lees: een verordening, RRRH] is out of the question and only the limited limb, improving the quality of existing instruments [lees: een kaderrichtlijn, RRRH], is left over [...].'[30]

Toepassing van de in de arresten Arnold André en Swedish Match genoemde vereisten kan inderdaad tot de conclusie leiden dat maximumharmonisatie of eenmaking van het recht middels een verordening niet tot de mogelijkheden behoren. Er namelijk van uitgaande dat op de door de bestaande richtlijnen bestreken terreinen het vrije verkeer inderdaad

30 Van Gerven, Codifying European Private Law?, p. 167.

Dit artikel uit Vermogensrechtelijke Analyses is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

belemmerd werd en dat de richtlijnen tot het wegnemen van deze belemmeringen hebben bijgedragen (hetgeen moet worden aangenomen zolang de bestaande richtlijnen niet worden vernietigd), geldt weliswaar dat de gemeenschapswetgever in beginsel over een ruime discretionaire bevoegdheid beschikt, maar eveneens dat op grond van artikel 5 derde alinea van het EG-Verdrag het optreden van de Gemeenschap niet verder mag gaan dan gezien de nagestreefde doelstellingen nodig is. Ik zou mij gelet op het evenredigheidsbeginsel kunnen voorstellen dat volstaan moet worden met een kaderrichtlijn die uitgaat van minimumharmonisatie. Aan de andere kant beschikken de Europese instellingen conform de overwegingen van het Hof van Justitie over een ruime discretionaire bevoegdheid en lijdt het geen twijfel dat door minimumharmonisatie, zoals ook hiervoor werd opgemerkt, vaak weinig terechtkomt van het daadwerkelijk bevorderen van de werking van de interne markt. Dit argument overheerst naar mijn mening. Ik zou dan ook geneigd zijn te denken dat artikel 95 van het EG-Verdrag de Gemeenschapswetgever wel een machtiging verleent om, ter bundeling van de bestaande sectorspecifieke richtlijnen, ofwel een kaderrichtlijn die uitgaat van maximumharmonisatie, ofwel een verordening, aan te nemen.

Beantwoording in zijn algemeenheid van de vraag of artikel 95 van het EG-Verdrag ook een voldoende rechtsbasis vormt voor de derde door de Europese Commissie voorgestelde maatregel – het uitvaardigen van niet-sectorspecifieke (lees: alomvattende) instrumenten op het gebied van het Europees contractenrecht – is lastig, omdat het op dit moment (nog) niet duidelijk is in welke vorm deze maatregel (eventueel) gestalte zal krijgen. Ik zal daarom onderstaand voor verschillende scenario's nagaan of een succesvol beroep kan worden gedaan op artikel 95. Voor de duidelijkheid vermeld ik dat ik er daarbij van uit ga dat zo een instrument op enigerlei wijze bindend is of, anders geformuleerd, op enigerlei wijze te beschouwen is als een besluit (in ruime zin) van de Europese Unie.[31] Een eerste, zij het niet erg waarschijnlijke, mogelijkheid bestaat erin dat de Europese Commissie een alomvattend instrument voorstelt dat van toepassing is op alle grensoverschrijdende alsook niet-grensoverschrijdende (nationale) transacties. Artikel 95 van het EG-Verdrag biedt voor dit scenario zonder meer geen rechtsbasis, omdat verschillen in de nationale rechtsstelsels ten aanzien van niet-grensoverschrijdende overeenkomsten er niet toe kunnen leiden dat het vrije verkeer belemmerd wordt. Een meer voor de hand liggend scenario is dat een niet-sectorspecifiek instrument beperkt

31 Het is namelijk niet uitgesloten dat een (eventueel) alomvattend instrument op een vergelijkbare wijze als de Principles of European Contract Law wordt gepresenteerd. In dat geval zou (mogelijkerwijs) geen noodzaak bestaan voor een rechtsbasis.

Dit artikel uit Vermogensrechtelijke Analyses is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

zal zijn tot grensoverschrijdende transacties.[32] Wil de Gemeenschapswetgever in dit verband een succesvol beroep kunnen doen op artikel 95, dan is op grond van de arresten Arnold André en Swedish Match in de eerste plaats vereist dat er 'verschillen [zijn] tussen de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten die de fundamentele vrijheden belemmeren en daarmee de werking van de interne markt rechtstreeks beïnvloeden', dan wel dat er sprake is 'van toekomstige belemmeringen van het handelsverkeer ten gevolge van een heterogene ontwikkeling van de nationale wetgevingen, maar dat het ontstaan van die belemmeringen waarschijnlijk moet zijn en de betrokken maatregel ertoe moet strekken die belemmeringen te voorkomen'. Het eerste element is hier met name van belang (het contractenrecht van de lidstaten wijkt immers reeds af). De hamvraag is dus of de bestaande verschillen in het contractenrecht van de lidstaten tot problemen (die de interne markt rechtstreeks beïnvloeden) aanleiding geven.[33] Niet geheel toevallig was dit ook een van de vragen die de Europese Commissie stelde in zijn Mededeling van 2001. De reacties van de respondenten zijn hier dus van belang.[34]

Wat opvalt in de reacties, is dat maar weinig concrete voorbeelden van problemen door de bestaande diversiteit worden gegeven en dat doorgaans slechts in algemene zin wordt aangegeven dat diversiteit van recht een belemmering is voor de grensoverschrijdende handel omdat kennis over het andere recht ontbreekt. Dat geldt in elk geval voor de reacties van het Europees Parlement en van de Raad van de Europese Unie. Hetzelfde geldt voor de reacties van de overheden. Ook zij stellen dat er kosten zijn verbonden aan contracteren in een ander land en dat dit met name een probleem vormt voor het midden- en kleinbedrijf. Concrete voorbeelden ontbreken echter grotendeels. Interessant is de reactie van de Britse regering. Die stelt dat het verschil tussen Engels en Schots recht geen problemen oplevert binnen het Verenigd Koninkrijk en dat het een veel betere en proportionelere oplossing zou zijn om de kennis over andere stelsels te vergroten dan om de nationale rechtsstelsels te harmoniseren:

> '[S]olutions that seek greater convergence of those laws [...] may create as many problems as they solve. They would also be extremely difficult to achieve because of the major legal, political and cultural sensitivities

32 Mededeling 2004, o.c., annex II, p. 19 e.v. Vergelijk eveneens Hesselink, Naar een coherenter Europees contractenrecht?, p. 2086 e.v. en Smits, Kornet & Hardy, Naar een Gemeenschappelijk Referentiekader voor het Europees contractenrecht, p. 1005.

33 Deze vraag staat ook centraal in J. Smits (red.), The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives, Groningen 2005.

34 Zie uitgebreider Smits & Hardy, De toekomst van het Europees contractenrecht, p. 828 e.v.

Dit artikel uit Vermogensrechtelijke Analyses is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

are involved, and would divert resources from key priorities like completing the mutual recognition agenda of the Tampere Conclusions.'

De reacties van het bedrijfsleven zijn nogal uiteenlopend, maar een meerderheid van de vertegenwoordigers van industrie, detailhandel en andere bedrijfsorganisaties lijkt sceptisch over het nut van harmonisatie. In de eerste plaats omdat daarmee de rol van het (privaat)recht wordt overschat: andere belemmeringen, zoals een andere cultuur van zaken doen, zijn belangrijker en als het recht al een belemmering is, zijn bijvoorbeeld fiscaalrechtelijke verschillen belangrijker dan privaatrechtelijke. In de tweede plaats ook omdat bedrijven gebaat zijn bij zo weinig mogelijk verandering: zij regelen hun zaken zelf en zijn ingesteld op de huidige rechtsstelsels.
Op basis van de reacties van respondenten kan ik niet anders dan concluderen dat de huidige diversiteit van het contractenrecht de fundamentele vrijheden *niet* belemmert en daarmee de interne markt *niet* rechtstreeks beïnvloedt. Daarmee zou artikel 95 van het EG-Verdrag als rechtsbasis voor alomvattende wetgeving van de baan zijn.[35] Ik maak daarbij wel een kanttekening. De door het Hof van Justitie geformuleerde vereisten hebben (nog steeds) een enigszins open karakter, zodat men, zoals enkele rechtsgeleerden ook hebben gedaan,[36] (mijns inziens: met enige moeite) zou kunnen beweren dat de bestaande verschillen in het contractenrecht van de lidstaten de interne markt wel rechtstreeks beïnvloeden. Er bestaat dus eigenlijk (nog steeds) enige onduidelijkheid over de vraag wanneer de fundamentele vrijheden nu precies worden belemmerd. Is dit bijvoorbeeld het geval indien gecontracteerd wordt tegen hogere kosten in het buitenland omwille van de thans bestaande diversiteit van het contractenrecht? Of indien uit toekomstige (economische) studies zou blijken dat een divers (grensoverschrijdend) contractenrecht het Europese concurrentievermogen alsook de potentie van forse welvaartswinsten niet ten goede komt? Nee, zou ik geneigd zijn te denken. De formulering van het Hof van Justitie impliceert mijns inziens in beginsel dat slechts indien op een bepaalde markt de intracommunautaire handel praktisch onmogelijk, of althans zeer bemoeilijkt wordt, er reden is om op basis van artikel 95 van het EG-

35 Vergelijk ook Van Gerven, Codifying European Private Law?; W. van Gerven, Coherence of Community and national laws. Is there a legal basis for a European Civil Code?, European Review of Private Law 1997, p. 465 e.v.; W. van Gerven, Bringing (Private) Laws Closer to Each Other at the European Level, ten tijde van het schrijven van deze bijdrage beschikbaar via <http://www.law.kuleuven.ac.be/ccle/pdf/ 2005-01-18_WvG_.Impact_courts_on_private_ law.pdf> en Hesselink, Naar een coherenter Europees contractenrecht?, p. 2092.

36 Bijvoorbeeld B. Lurger, Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrecht in der Europäischen Union, Wenen 2001 en J. Haas, La responsabilité de l'entreprise en Europe, Brussel 2004, p. 114 e.v.

Dit artikel uit Vermogensrechtelijke Analyses is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Verdrag in te grijpen (restrictieve benadering). Aan de andere kant kan het ook niet de bedoeling van het Hof zijn om de Gemeenschapswetgever enkel in uitzonderingsgevallen een mandaat op basis van artikel 95 te verlenen. Het artikel zou anders tot een lege huls verworden. Het gevolg van het voorgaande is een spanningsveld, waarbij in concreto zal moeten worden afgewogen welke van de hiervoor besproken elementen de overhand dient te krijgen. In geval van alomvattende maatregelen op het gebied van het Europees contractenrecht ben ik echter van mening dat artikel 95 niet als rechtsbasis kan fungeren.
Stel nu, los van het voorgaande, dat geconcludeerd zou worden dat de huidige diversiteit de fundamentele vrijheden wel belemmert en bovendien dat een niet-sectorspecifiek instrument (een communautaire maatregel) zou bijdragen tot het wegnemen van de belemmeringen, is de regelgeving dan wel te baseren op artikel 95 van het EG-Verdrag? Ook deze vraag zou ik, gelet op het evenredigheidsbeginsel, ontkennend beantwoorden. Indien bijvoorbeeld de kosten van elders contracteren thans te hoog zijn omdat onvoldoende kennis over buitenlands recht bestaat, dan is de meest voor de hand liggende oplossing om die kennis te vergroten. Het prijsgeven van diversiteit is daarvoor niet nodig. Het argument van proportionaliteit is overigens ook nog om een andere reden van belang: de meeste contracten worden gesloten tussen partijen uit hetzelfde land. De vraag of het proportioneel is om voor het relatief kleine aantal grensoverschrijdende contracten een uniform contractenrecht te creëren lijkt mij grotendeels een retorische vraag.[37]

7 Tot slot: alternatieven

Nu artikel 95 van het EG-Verdrag geen, dan wel een zeer twijfelachtige, rechtsbasis biedt voor alomvattende wetgeving op het terrein van het contractenrecht, doet zich de vraag voor of de Europese Commissie zijn (eventuele) beleidsvoornemen zou kunnen baseren op (een) ander(e) artikel(en) van het EG-Verdrag. In dat verband zou betekenis kunnen toekomen aan de artikelen 65, 94, 153 en 308. Artikel 94 van het EG-Verdrag kan echter enkel worden ingeroepen ter 'aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten welke rechtstreeks van invloed zijn op

37 Aan de andere kant zou men kunnen beweren dat de Gemeenschapswetgever, naar analogie van de bevindingen in Arnold André en Swedish Match, ook op het terrein van het overeenkomstenrecht over een ruime discretionaire bevoegdheid beschikt indien eenmaal aan de eerste twee vereisten van art. 95 van het EG-Verdrag is voldaan. In dat geval zou een vastgestelde maatregel slechts onrechtmatig zijn op grond van het evenredigheidsbeginsel wanneer zij kennelijk ongeschikt is ter bereiking van het door de bevoegde instellingen nagestreefde doel.

Dit artikel uit Vermogensrechtelijke Analyses is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

de instelling of de werking van de gemeenschappelijke markt'. Deze formulering vertoont een dusdanig grote gelijkenis met de gebezigde termen van het Hof van Justitie in Arnold André en Swedish Match ten aanzien van artikel 95, dat ook dit artikel hier af dient vallen. Overigens kunnen op grond van artikel 94 'slechts' richtlijnen worden aangenomen. Van Gerven heeft er verder op gewezen dat ook (huidig) artikel 308 van het EG-Verdrag in dit verband niet als rechtsbasis kan fungeren:

> '[T]he Court has stated in its Opinion 2/94 of 28 March 1996 that the imposition on the Member States of changes which have a constitutional dimension exceeds the limits of Article [308]. It would seem that the imposition of a Civil Code [...] should be regarded as having such a constitutional dimension.'[38]

Artikel 65 van het EG-Verdrag, dat ziet op samenwerking in burgerlijke zaken met grensoverschrijdende gevolgen, is bij nadere lezing (het artikel heeft onder andere betrekking op grensoverschrijdende betekening en kennisgeving van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken, samenwerking bij het vergaren van bewijsmiddelen en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken) evenmin geschikt.[39] Hetzelfde geldt voor artikel 153, dat – nog afgezien van de vraag of het een zelfstandige basis voor optreden verleent – in ieder geval qua toepassingsbereik beperkt is tot consumenten en als zodanig niet kan dienen als basis voor alomvattende wetgeving.[40]
Eigenlijk zijn er maar twee serieuze alternatieven: wijziging van het EG-Verdrag of het opstellen en ratificeren van een apart verdrag. Eerstgenoemd alternatief zou misschien de meest elegante weg naar alomvattende wetgeving zijn. Het benadrukt het grote belang van het project en stelt alle nationale parlementen in staat om er hun zegje over te doen. Nadeel hiervan is echter dat wijziging van het EG-Verdrag instemming vereist van alle lidstaten (voor artikel 95 van het EG-Verdrag is een gekwalificeerde meerderheid voldoende) en de kans dat alle vijfentwintig lidstaten die geven is thans nog zeer klein. Het opstellen van een apart verdrag heeft

38 Van Gerven, Coherence of Community and national laws, p. 468.

39 In soortgelijke zin Van Gerven, Coherence of Community and national laws, p. 469. Zie over dit artikel eveneens J. Isräel, Conflicts of law and the EC after Amsterdam, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2000, p. 81 e.v.

40 Voor de volledigheid vermeld ik dat, mocht art. 153 van het EG-Verdrag een zelfstandig mandaat bevatten voor optreden van de Europese instellingen (hetgeen ik gelet op de formulering van het artikel ten zeerste betwijfel), zij eventueel van belang zou kunnen zijn bij het vervaardigen van een overkoepelend instrument ter bundeling van de reeds bestaande, tot consumentenovereenkomsten beperkte richtlijnen. Vergelijk W. van Gerven, Codifying European Private Law?, 2002 p. 167.

Dit artikel uit Vermogensrechtelijke Analyses is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

dan misschien meer kans van slagen. Aan de andere kant leert de praktijk dat menig voorstel nooit de status van verdrag bereikt en bovendien is de kans dat alle lidstaten een apart verdrag zullen ratificeren eveneens gering. Daarmee lijkt een Europees wetboek voor (grensoverschrijdend) contractenrecht voorlopig van de baan.

*R.R.R. Hardy**

* Robert Hardy is als junior-onderzoeker verbonden aan de Universiteit Maastricht. Ten tijde van het schrijven van deze bijdrage was hij tevens – met financiële ondersteuning van de Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek (NWO) – visiting scholar aan de University of California, Berkeley. Met dank aan prof. mr. J.M. Smits, prof. mr. S.E. Bartels, prof. mr. B. Wessels en prof. mr. M.H. Wissink voor waardevolle opmerkingen bij een eerdere versie van deze bijdrage.